

Neue Zeitschrift für Kartellrecht

Herausgegeben von: Prof. Dr. Thomas Ackermann – RA Prof. Dr. Albrecht Bach – RiBGH Dr. Klaus Bacher – RA Prof. Dr. Rainer Bechtold – Prof. Dr. Florian Bien – RA Dr. Ingo Brinker – Dr. Friedrich Wenzel Bulst – RiEuG Alfred Dittrich – RA Dr. Michael Esser – MinRat Dr. Armin Jungbluth – Prof. Dr. Torsten Körber – VorsRiOLG Prof. Dr. Jürgen Kühnen – RA Dr. Thorsten Mäger – VPräs. b. BKartA Prof. Dr. Konrad Ost – Prof. Dr. Ulrich Schwalbe – Prof. Dr. Heike Schweitzer – RA Dr. Kathrin Westermann

Schriftleitung: Rechtsanwalt Dr. Ulrich Soltész, Brüssel

NZKart

2 2016

Seiten 49–96

4. Jahrgang

10. Februar 2016

Editorial

Johannes Laitenberger, Generaldirektor
Europäische Kommission, Generaldirektion Wettbewerb

Energiepolitik der EU und Wettbewerbspolitik

Die Europäische Union und ihre Mitgliedstaaten setzen sich aktiv für den Übergang zu einer kohlenstoffarmen Wirtschaft in Europa ein. Die COP21-Konferenz in Paris im Dezember 2015 führte zu einem weitgehenden Konsens, die globalen Durchschnittstemperaturen zu begrenzen und die Erhöhung von Treibhausgasemissionen umzukehren. Die EU hat erhebliche Bemühungen unternommen, eine Koalition zur Sicherstellung eines ehrgeizigen Ergebnisses zu formen. Viele konkrete Schritte, die notwendig sind, um den Klimawandel zu begrenzen, basieren auf der europäischen Energiepolitik zur Nutzung erneuerbarer Energiequellen. Europa hat sich zum Ziel gesetzt, bis zum Jahr 2030 mindestens 27 % seines Energiebedarfs durch erneuerbare Energien zu decken. Die Wettbewerbspolitik spielt bei der Erreichung des Ziels eine wichtige Rolle.

Rolle der Wettbewerbspolitik

Die Wettbewerbspolitik hat die Energieziele der EU schon lange Zeit unterstützt. Die Durchsetzung der EU-Wettbewerbsregeln hat dazu geführt, dass die Energiemärkte wesentlich besser arbeiten. Die Ergebnisse der kartellrechtlichen Untersuchung des Energiesektors aus dem Jahr 2007 sind in die Gesetzgebungsvorschläge für das Dritte Energiepaket eingeflossen, das darauf abzielte, die Strom- und Gasmärkte in Europa zu integrieren und den Wettbewerb zu stärken. Präsident Juncker stellte seine Pläne für eine echte Energieunion zu Anfang seines Mandats vor. Die Wettbewerbspolitik ist einer der Politikbereiche, die zu den übergeordneten Zielen und insbesondere zur Energieversorgungssicherheit und zur weiteren Integration der nationalen Energiemärkte beitragen werden.

Durchsetzung der Wettbewerbspolitik

Ein gut funktionierender und wettbewerbsfähiger gesamteuropäischer Markt für Energie ist dafür mit ausschlaggebend. Die Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts wird auch weiterhin dafür sorgen, dass Praktiken von privaten Unternehmen und Subventionen, die EU-Regierungen ge-

währen, nicht dazu führen, dass die Energiemärkte abgeschottet oder der Wettbewerb verfälscht wird. Ein Beispiel ist die durch die neuen Beihilfeleitlinien angetriebene Reform der Förderung erneuerbarer Energien, wodurch die erneuerbaren Energien besser in den Markt integriert werden und somit Wettbewerbsverzerrung minimiert werden. Weitere Beispiele lassen sich in den letzten Fällen zu Strombörsen finden. Strombörsen sind wichtig für offene und wettbewerbsfähige Strommärkte, da sie zuverlässige Preissignale liefern, den grenzüberschreitenden Stromhandel erleichtern und die effektive Integration der nationalen Märkte in Europa fördern. Strombörsen bieten auch eine Plattform, auf der Strom aus erneuerbaren Energien direkt auf den Markt gebracht werden kann. Im Jahr 2014 verbot die Kommission eine Vereinbarung zur Marktaufteilung zwischen den im Wettbewerb stehenden Strombörsen Nordpool Spot mit Sitz in Norwegen und der deutsch-französischen Strombörse EPEX Spot. Im Jahr 2014 hat die Kommission auch diskriminierendes Verhalten der rumänischen Strombörse OPCOM verboten. Vor kurzem, im Dezember 2015, nahm die Kommission Verpflichtungszusagen der Bulgarian Energy Holding – des staatlichen Elektrizitätsunternehmens in Bulgarien – zur Gründung einer liquiden Strombörse an, um künstliche Hindernisse für den Stromhandel zwischen nationalen Märkten zu beseitigen.

Wind-, Sonnen- und andere erneuerbare Energien werden mehr und mehr des europäischen Energiebedarfs decken. Sie werden in den nächsten Jahren staatliche Förderung benötigen, doch wird die Beihilfekontrolle den Mitgliedsstaaten helfen, die Unterstützung kosteneffektiv zu gestalten und die erneuerbaren Energien graduell in den normalen Strommarkt zu integrieren.

Kapazitätsmechanismen

Erneuerbare Energien geben keine gleichbleibenden Elektrizitätsmengen an die Netze ab. Konventionelle Kraftwerke – wie Gas und Kohle – fungieren als Reserve, aber sie müssen ihre Investitionskosten dann normalerweise in Zeiten erwirt-

schaften, wenn Spitzennachfrage herrscht oder wenn erneuerbare Energien nicht verfügbar sind. In diesem schwierigen Investitionsklima werden weniger konventionelle Erzeugungsanlagen gebaut, und dieser Trend dürfte sich auch in Zukunft fortsetzen. Als Ergebnis kann sich das Risiko von Stromausfällen zu Zeiten der Spitzenlast in den kommenden Jahren erhöhen.

Die EU-Länder treffen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass genügend konventionelle Anlagen bereitstehen, um die Volatilität der erneuerbaren Energien auszugleichen. Jedes zweite Land hat Kapazitätsmechanismen eingeführt oder plant, solche einzuführen. Jedoch sind diese Mechanismen sehr unterschiedlich in Europa. Sie sind unkoordiniert und bergen das Risiko, den Wettbewerb im Binnenmarkt zu verfälschen. Um ein umfassendes Bild der Situation zu erhalten, hat die Kommission im April 2015 eine Sektoruntersuchung in 11 EU-Ländern gestartet – die erste, die jemals im Beihilfebereich unternommen worden ist. Die Ergebnisse werden in der zweiten Hälfte des Jahres 2016 veröffentlicht werden. Die ersten Anzeichen sprechen dafür, dass nicht jeder Kapazitätsmechanismus das zugrunde liegende Markt- oder Regulierungsversagen adäquat adressiert.

Als eine Alternative können sich die Preise stärker an den Kosten orientieren, so dass die Verbraucher ihren Verbrauch zu Spitzenzeiten reduzieren damit mehr Investitionen für den Bau von Interkonnektoren und Energiespeichersystemen bereitgestellt werden. Wenn schließlich Kapazitätsmechanismen immer noch als notwendig angesehen werden, sollten sie offen für alle Arten von Kapazität sein, die die Versorgungssicherheit sicherstellen können. Staatliche Förderung sollte in einer offenen, transparenten und wettbewerbsfähigen Weise zugewiesen werden. Parallel dazu wird die Kommission aktiv die Energie- und Umweltleitlinien für staatliche Beihilfen, die im April 2014 angenommen worden sind, umsetzen.

Ausblick

Es gibt wenig Zweifel, dass erneuerbare Energien eine Energiequelle der Zukunft sind, aber wir müssen sicherstellen, dass auch die Grundlagen für ihre wirtschaftliche Nutzung geschaffen werden. Zu diesem Zweck müssen erneuerbare Energien vollständige Marktteilnehmer werden. Die Wettbewerbspolitik kann dazu beitragen, dieses Ziel zu erreichen, wie auch dazu, die Versorgungssicherheit im Rahmen eines integrierten EU-Binnenmarktes zu verbessern. ■

Aufsätze

Dr. Olivier Gänswein, Düsseldorf*

Gesamtschuldnerausgleich unter Kartellbeteiligten: Bestimmung des Haftungsanteils und Verjährung der Ausgleichsansprüche

Kartellschadensersatzverfahren sind auf dem Vormarsch. Eine neue Klagekultur hat sich auch in Deutschland etabliert. So sehen sich beispielsweise die Mitglieder des Luftfracht-Kartells Forderungen in Milliardenhöhe ausgesetzt.

Für die durch ein Kartell verursachten Schäden haften alle Kartellteilnehmer als Gesamtschuldner (§§ 830, 840 BGB). Dies hat der BGH in seiner ORWI-Rechtsprechung ausdrücklich bestätigt. Ein Geschädigter kann daher nach seinem Belieben von jedem Kartellbeteiligten den gesamten Schaden ersetzt verlangen (§ 421 BGB), unabhängig von den konkreten Lieferbeziehungen. Dabei können taktische Erwägungen eine Rolle spielen, wie beispielsweise die Solvenz der Schuldner oder Verjährungsfragen. Als Ausgleich für diese „Willkür“ des Gläubigers kann der in Anspruch genommene Gesamtschuldner im Innenverhältnis Rückgriff nehmen (§ 426 BGB).

Dieser Beitrag setzt sich anhand eines praxisnahen Fallbeispiels (nachfolgend I.) mit zwei aktuellen Problemstellungen des Kartellregresses auseinander, nämlich der Bestimmung des Haftungsanteils unter den Gesamtschuldnern (nachfolgend II.) sowie der Verjährung der Ausgleichsansprüche zwischen den gesamtschuldnerisch haftenden Kartellbeteiligten (nachfolgend III.).

I. Ausgangslage und Fallbeispiel

Zur Verdeutlichung der aufgeworfenen Problematiken soll von folgendem Fallbeispiel ausgegangen werden:

S1 und S2 treffen eine Preisabsprache zu Lasten von G. G nimmt daraufhin S1 in Anspruch. G ist demnach der durch

das Kartell Geschädigte und Gläubiger der Schadensersatzforderung. S1 ist der vorleistende Gesamtschuldner, S2 der Gesamtschuldner, der im Innenverhältnis zum Ausgleich verpflichtet ist.

II. Bestimmung des Haftungsanteils beim Gesamtschuldnerinnenausgleich unter Kartellbeteiligten

Im Hinblick auf die Bestimmung des Haftungsanteils sollen für das Fallbeispiel folgende weitere Annahmen getroffen werden: Der Schaden beträgt EUR 100 Mio. S1 ist ein großer internationaler Konzern und ein gewichtiger Marktteilnehmer mit einem Marktanteil von 50%. Sein Lieferanteil bei G beträgt allerdings lediglich 10%. Der Rest entfällt auf S2, einen kleinen Mittelständler. Dessen Marktanteil liegt bei 20%. Wenn S1 jetzt die gesamten EUR 100 Mio. Schadensersatz an G zahlt, wieviel kann er von S2 zurückverlangen?

Das Gesetz trifft in § 426 Abs. 1 S. 1 BGB eine pauschale Regelung zum Binnenausgleich. Dort heißt es: „Die Gesamtschuldner sind im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen

* Dr. Olivier Gänswein ist Rechtsanwalt/Managing Associate bei Linklaters LLP in Düsseldorf. Der Beitrag basiert auf einem Vortrag anlässlich der Arbeitssitzung der Studienvereinigung Kartellrecht am 3. Dezember 2015 in Bonn. Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten. Der Autor bedankt sich bei Herrn Dr. Wolfgang Deselaers und Frau Prof. Dr. Daniela Seeliger sowie den Mitgliedern der Praxisgruppen Kartellrecht und Litigation bei Linklaters für die Anmerkungen zum Skript und die konstruktiven Diskussionen.

verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist.“ S1 und S2 würden dann jeweils zur Hälfte haften.

Diese Haftung nach Kopfteilen gilt aber nur, soweit nicht „ein anderes bestimmt“ ist. Für den Kartellregress ist daher vorrangig zu erörtern, ob sich aus Vertrag oder Gesetz eine vom Kopfteilprinzip abweichende Regelung der Haftung im Innenverhältnis zwischen den Gesamtschuldnern ergibt.

1. Vertragliche Vereinbarung

Regelungen zu den Haftungsanteilen im Gesamtschuldnerinnenausgleich können sich zunächst aus einer vertraglichen Vereinbarung zwischen den Kartellbeteiligten ergeben. Zwar ist eine solche Regelung zur Haftungsaufteilung als Stabilisierungsabrede regelmäßig nichtig, wenn sie noch während des Kartells getroffen wird.¹ Es bleibt den Kartellbeteiligten aber unbenommen, nachträglich eine Haftungsquote festzulegen. In der Praxis wird hierbei regelmäßig auf den jeweiligen Lieferanteil abgestellt. Auf das Fallbeispiel bezogen würde S1 dann im Innenverhältnis mit EUR 10 Mio. haften, S2 mit EUR 90 Mio.

2. Gesetzliche Ausgleichsregelungen

Sofern die Kartellbeteiligten keine vertragliche Vereinbarung treffen, kann sich „ein anderes bestimmt“ vorrangig aus einer gesetzlichen Ausgleichsregelung ergeben, die – abweichend vom Kopfteilprinzip – eine andere Verteilung der Haftungsquoten vorsieht. Die vorgeschlagenen Lösungsansätze reichen dabei vom vollständigen Ausschluss des Kartellregresses (nachfolgend a) bis zur Haftung allein des Lieferanten (nachfolgend b). Überwiegend wird eine Bestimmung der Haftungsquoten nach dem jeweiligen Mitverschuldensanteil befürwortet (nachfolgend c).

a) *Vollständiger Ausschluss des Kartellregresses?* Vereinzelt geblieben ist die Auffassung, die keinen Kartellregress zulassen will und den in Anspruch genommenen Kartellbeteiligten – auch im Innenverhältnis – voll haften lässt.² Im Ergebnis entspricht dies der Regelung, wie sie im US-amerikanischen Recht gilt. Nach der dort vorherrschenden „no-contribution rule“ ist ein Kartellregress ausgeschlossen.³

Begründet wird die Annahme eines vollständigen Ausschlusses des Kartellregresses mit präventiven Erwägungen. Müsste ein Unternehmen befürchten, den gesamten kartellbedingten Schaden am Ende des Tages alleine zu tragen, würde dies der Abschreckung dienen. Der Gedanke, dass verbotene Geschäfte keinen Rechtsschutz verdienen, finde sich zudem auch im Bereicherungsrecht (§ 817 S. 2 BGB).⁴

Der Ansatz eines vollständigen Ausschlusses des Kartellregresses widerspricht aber bereits der Konzeption der Gesamtschuld im BGB. Mit der Anerkennung eines Binnenausgleichs in § 426 Abs. 1 BGB hat der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, dass er es nicht als angemessen erachtet, dass ausgerechnet der Gesamtschuldner, an den sich der Gläubiger gehalten hat, die volle Last tragen muss.⁵ Die Lösung über eine Analogie zum Bereicherungsrecht vermag überdies auch deswegen nicht zu überzeugen, weil § 817 S. 2 BGB allgemein als nicht analogiefähige Ausnahmegesetzvorschrift angesehen wird.⁶

Der Totalausschluss eines Kartellregresses widerspricht überdies den Anordnungen der Schadensersatzrichtlinie.⁷ Denn nach Art. 11 Abs. 5 SE-RL „*gewährleisten [die Mitgliedstaaten], dass ein Rechtsverletzer von anderen Rechtsverletzern einen Ausgleichsbetrag verlangen kann, dessen Höhe anhand ihrer relevanten Verantwortung für den durch*

die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht verursachten Schaden bestimmt wird.“ Die vom Gesetzgeber bis Ende 2016 in das nationale Recht umzusetzende Schadensersatzrichtlinie hat sich also gerade nicht für den Ansatz entschieden, aus Abschreckungsgründen einen Kartellregress gänzlich zu versagen.

b) *Haftung allein des Lieferanten?* Eine andere Auffassung will im Innenverhältnis allein den Lieferanten haften lassen.⁸ Dies wird damit begründet, dass letztlich derjenige haften soll, der gegenüber dem konkreten Gläubiger vom Kartell profitiert hat.⁹ Auch bei diesem Lösungsansatz ist bereits die normative Herleitung über die überwiegend als nicht analogiefähig angesehene Sonderbestimmung des § 840 Abs. 2 BGB fragwürdig.¹⁰

Die Idee, grundsätzlich allein den Lieferanten für Schäden des Gläubigers haften zu lassen, widerspricht zudem dem Gedanken der deliktischen Gesamtverantwortlichkeit für das Kartell. Neben dem Lieferanten haben auch die anderen Kartellbeteiligten durch ihre das Kartell stabilisierenden Absprachen einen Verursachungsbeitrag für den kartellbedingten Schaden geleistet.¹¹ Im Extremfall würde die alleinige Haftung des jeweiligen Lieferanten dazu führen, dass ein Kartellregress – trotz gemeinsamer Verantwortung für die Schadensentstehung – ausgeschlossen ist.¹² Dies führt zu unbilligen Ergebnissen und widerspricht dem Gedanken eines sachgerechten Schadensausgleichs im Innenverhältnis. Man denke nur an den Fall eines Gebietskartells, in dem jeder Kartellbeteiligte nur Abnehmer in dem ihm zugewiesenen Gebiet beliefert hat. Die Haftung im Innenverhältnis bliebe dann letztlich dem Zufall überlassen, wessen Abnehmer klagefreudiger sind.

c) *Haftungsquoten nach Mitverschuldensanteilen (§ 254 BGB analog).* Die überwiegende Auffassung sieht für die sachgerechte Bestimmung der Haftungsquoten im Innenverhältnis der Gesamtschuldner bei deliktischen Verstößen daher eine Haftung nach Mitverschuldensanteilen analog § 254 BGB vor.¹³ Insofern ist gesetzlich „ein anderes bestimmt“. Für einen Rückgriff auf die subsidiäre Kopfteilregelung bleibt damit kein Raum.

Diese Haftung nach Mitverschuldensanteilen steht auch im Einklang mit den Vorgaben der Schadensersatzrichtlinie, die einen Ausgleich nach der „*relativen Verantwortung*“ vorsieht (Art. 11 Abs. 5 SE-RL).

3. Kriterien zur Bestimmung der Haftungsquote

Die Bestimmung des Haftungsanteils analog § 254 BGB richtet sich in erster Linie danach: „... *inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht*

1 Vgl. Dreher, in FS Möschel, 2001, S. 149, 155 f.

2 Lettl, ZHR 167 (2003), 473, 491 f.; Wurmnest, RIW 2003, 896, 898.

3 US Supreme Court, 451 U.S. 630 (1981) – *Texas Industries, Inc. v. Radcliff Materials*, vgl. hierzu ausführlich Weinhold, Der Gesamtschuldnerausgleich zwischen den Kartellmitgliedern, 2015, S. 69 ff.

4 Lettl, ZHR 167 (2003), 473, 491 f.

5 Staudinger/Looschelders, BGB, Neubearb. 2012, § 426 Rn. 1.

6 Dreher (o. Fn. 1), S. 149, 153 m. w. N.

7 Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014, ABL L 349/1 vom 5.12.2014 (nachfolgend „SE-RL“).

8 Köhler, GRUR 2004, 99 ff.

9 Köhler leitet dies aus einer Analogie zu § 840 Abs. 2 BGB her, vgl. Köhler, GRUR 2004, 99, 101.

10 Vgl. Krüger, WuW 2012, 6, 10.

11 Vgl. Krüger, WuW 2012, 6, 9; Legner, WRP 2014, 1163, 1166.

12 Vgl. auch Krüger, Kartellregress, 2010, S. 57.

13 BGH, NZKart 2015, 101, 102; Palandt/Grüneberg, BGB, 75. Aufl. 2016, § 426 Rn. 15.

worden ist.“ (vgl. § 254 Abs. 1 BGB). Daneben ist auch das Verschulden zu berücksichtigen.¹⁴

a) *Verursachungsbeitrag*. Die Frage nach der Verursachung stellt darauf ab, mit welchem Grad von Wahrscheinlichkeit die jeweiligen Verursachungsbeiträge zur Herbeiführung des schädigenden Erfolgs geeignet waren.¹⁵ Maßgeblich ist damit der Beitrag zur Rechtsgutsgefährdung.¹⁶ Je wahrscheinlicher das Verhalten für den Schadenseintritt war, umso größer der zu tragende Schadensanteil im Innenverhältnis.¹⁷

Der Verursachungsbeitrag ist durch eine Abwägung der Mitwirkungsbeiträge der Gesamtschuldner zu ermitteln. Rechtsprechung zu den beim Kartellregress abzuwägenden Kriterien gibt es bislang noch nicht. Anhaltspunkte lassen sich allenfalls der BGH-Entscheidung in Sachen *Calciumcarbid* entnehmen. Diese setzt sich mit dem Innenausgleich zwischen Mutter und Tochter bei einer gesamtschuldnerisch festgelegten Geldbuße auseinander. Als Kriterien erwog der BGH u. a. die Art des Tatbeitrags, den Anteil am wirtschaftlichen Erfolg, die relative Größe und Finanzkraft sowie den Anteil an den tatbetroffenen Umsätzen.¹⁸ Für das allgemeine Deliktsrecht ist auch der Aspekt der Beuteteilung – also die Gewinnverteilung – als Kriterium erörtert worden.¹⁹

Die Schadensersatzrichtlinie benennt in Erwägungsgrund 37 als mögliche Abwägungskriterien beim Kartellregress den Umsatz, den Marktanteil und die Rolle in dem Kartell – und damit bereits aus der Diskussion bekannte Kriterien. Auch wenn die Schadensersatzrichtlinie erst Ende 2016 umzusetzen ist, dürfte sich ein Richter – wegen der sog. Vorwirkung der Richtlinie – auch jetzt schon bei der Urteilsfindung maßgeblich an deren Vorgaben orientieren.²⁰

aa) *Umsatz*. Die Schadensersatzrichtlinie benennt zunächst den „Umsatz“ als ein Kriterium. Dies hat den Vorteil, dass es sich hierbei um eine verhältnismäßig leicht bestimmbare Größe handelt, die auch allgemein im Kartellrecht als Indikator für wirtschaftliche Leistungsfähigkeit herangezogen wird.

Für die Bestimmung einer am Verursachungsbeitrag orientierten Haftungsquote ist aber jedenfalls der Gesamtumsatz kein geeignetes Kriterium. Dies lässt sich schon daran verdeutlichen, dass der Gesamtumsatz nicht zwingend in Beziehung zum Kartell steht, so beispielsweise bei einem Multi-Produkt-Unternehmen, bei dem nur eine Teilsparte in den Kartellverstoß verwickelt ist.

Sachgerecht ist hier allein die Berücksichtigung des tatbezogenen Umsatzes mit den kartellbefangenen Produkten.²¹ Dafür spricht, dass auch die Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts auf den tatbezogenen Umsatz für die Bestimmung des „Gewinn- und Schadenspotentials“ eines Kartells abstellen.²²

Allerdings sagt eine solche Haftungsverteilung noch nichts über die tatsächliche Verantwortlichkeit für den angerichteten Schaden aus.²³ Wenn im Fallbeispiel S1 eine wesentliche Rolle im Kartell hatte und S2 bloßer Mitläufer war, ist es dann angemessen, S2 überproportional haften zu lassen, nur weil er den höchsten tatbezogenen Umsatz erzielt hat? S1 würde hierdurch weitgehend aus der Haftung entlassen, was seiner Gesamtverantwortlichkeit für das Kartell widerspricht.

bb) *Marktanteil*. Die Schadensersatzrichtlinie benennt weiterhin die Marktanteile als Abwägungsgesichtspunkt. Diese können als Anhaltspunkt für die Kräfteverteilung im Kartell dienen. Denn sie reflektieren die wirtschaftliche Bedeutung

der Kartellbeteiligten und damit abstrakt die Möglichkeit, von Kartellabsprachen zu profitieren.²⁴ Ein Abstellen auf den Marktanteil kommt daher auf den ersten Blick dem Bedürfnis nach Transparenz und Praktikabilität der Haftungsquoten²⁵ entgegen.

Marktanteile sind aber unter Umständen schwer zu bestimmen.²⁶ Außerdem sagt der abstrakte Marktanteil nichts über „Wahrscheinlichkeit“ der Schadensverursachung und damit den konkreten Verursachungsbeitrag aus.

Dies zeigt das Fallbeispiel: S1 hat zwar einen Marktanteil von 50%, beliefert G aber nur in geringem Umfang. Wäre es dann angemessen, S1 mit 50% – also EUR 50 Mio. – für den Schaden von G haften zu lassen, obwohl 90% der kartellbefangenen Lieferungen von S2 kommen?

Ein Abstellen auf die Marktanteile ist zudem dann nicht sachgerecht, wenn die Kartellbeteiligten auf unterschiedlichen Produktmärkten oder geographischen Märkten tätig sind. Legt man hier allein die Marktanteile zugrunde, würde jeder seinen Abnehmern exklusiv haften – ohne Regressmöglichkeit.

cc) *Rolle im Kartell*. Als dritten Aspekt benennt die Schadensersatzrichtlinie die Rolle im Kartell – also den Tatbeitrag. Die Verteilung der Haftungsquote ließe sich beispielsweise danach bemessen, ob ein Gesamtschuldner Initiator, Haupttäter oder Mitläufer des Kartells war. Darüber hinaus lassen sich weitere Verursachungsbeiträge berücksichtigen, seien es Maßnahmen zur inneren Stabilisierung des Kartells oder Maßnahmen nach außen, die dem Fortbestand und Ausbau des Kartells dienen (z.B. Werben weiterer Mitglieder, Verschleierungsmaßnahmen).²⁷

Im Einzelnen ist dieses Kriterium aber schwer zu quantifizieren. Die konkreten Umstände müssten zudem häufig erst noch ermittelt werden. Dezidierte Ausführungen zur Rolle im Kartell sind nicht immer in den Bußgeldbescheiden enthalten – insbesondere fehlen sie häufig in den kurzen Settlementbescheiden. Der Richter im Regressprozess müsste daher wieder in die Sachverhaltsermittlung einsteigen, was den Regress verkompliziert.

b) *Maß des Verschuldens*. Durch die Bezugnahme auf den Rechtsgedanken des § 254 BGB ergibt sich, dass neben den Verursachungsbeiträgen auch das Verschulden zu berücksichtigen ist. Im Einzelfall wäre hierdurch eine Anpassung der Quote denkbar. So schlägt sich beispielsweise die Wiederholungstäterschaft nicht zwangsläufig in den Verursa-

14 Palandt/Grüneberg (o. Fn. 13), § 426 Rn 15.

15 Palandt/Grüneberg (o. Fn. 13), § 254 Rn. 58.

16 Krüger (o. Fn. 12), S. 65.

17 MüKo/Oetker, BGB, 7. Aufl. 2016, § 254 Rn. 109.

18 BGH, NZKart 2015, 101, 103 ff.

19 OLG Hamm, NJW 2002, 1054.

20 Zu weiteren Kriterien wie beispielsweise einer Orientierung an der Höhe der verhängten Bußgelder oder dem kartellbedingten Gewinn vgl. etwa Dreher (o. Fn. 1), S. 149, 157 f.; Legner, WRP 2014, 1163, 1164; Krüger (o. Fn. 12), S. 89 ff.

21 So auch Dreher (o. Fn. 1), S. 149, 158.

22 Bundeskartellamt, Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren vom 25.6.2013, Rn. 10.

23 So auch Dreher (o. Fn. 1), S. 149, 158.

24 Nach dem Vorschlag der US Antitrust Modernization Commission soll dies sogar das primäre Verteilungskriterium sein, vgl. Antitrust Modernization Commission – Report and Recommendations, April 2007, S. 256 (abrufbar unter http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm). Für ein maßgebliches Abstellen auf den Marktanteil auch Kersting, ZWeR 2008, 252, 266.

25 Vgl. Krüger (o. Fn. 12), S. 78.

26 Vgl. Weinhold (o. Fn. 3), S. 154.

27 Siehe zu diesen Aspekten Krüger (o. Fn. 12), S. 80 ff.

chungsbeiträgen nieder. Sie könnte aber als erschwerender Faktor über das Verschulden haftungserhöhend berücksichtigt werden.²⁸

c) *Einführung einer gesetzlichen Vermutungsregel?* In der jüngeren Diskussion ist angeregt worden, eine gesetzliche Vermutungsregel für die Haftungsquote einzuführen und dabei auf den jeweiligen Lieferanteil abzustellen.²⁹ Hierdurch soll Rechtsunsicherheit vermieden werden.

Diese Forderung nach einer Vermutungsregel spiegelt das Bedürfnis wider, in Ermangelung hinreichender Fallpraxis die Vorhersehbarkeit des Regressprozesses zu gewährleisten. Der Sache nach würde hiermit die gesetzliche „Hilfsregel“³⁰ der Haftung nach Kopfteilen durch eine – sachnähere – Hilfsregel ersetzt, mit den hieraus folgenden Konsequenzen für die Beweislastverteilung.³¹

4. Individuelle Bestimmung der Haftungsquoten bei jedem eingeklagten Schadensersatzanspruch vs. allgemeine Haftungsquote für „das Kartell“?

Die zur Bestimmung der Haftungsquote herangezogene Vorschrift zum Mitverschulden (§ 254 BGB) beruht auf einem Zwei-Personen-Verhältnis und geht daher nur von einem Schädiger und einem Geschädigten aus.³² Bei einem Kartell stehen aber regelmäßig mehrere Schädiger einer Vielzahl Geschädigter gegenüber.

Ein praktischer Aspekt, der in der Diskussion bislang noch wenig Beachtung gefunden hat, ist daher die Frage, ob es eine einheitlich zu bestimmende Haftungsquote für „das Kartell“ gibt oder ob die Haftungsquote in Ansehung eines jeden Geschädigten und eines jeden Ausgleichsverhältnisses neu zu bestimmen ist.

Es spricht einiges dafür, dass das Abwägungsergebnis eine einheitliche Quote für „das Kartell“ ergibt: Bei dem zum Ausgleich führenden Kartellverstoß handelt es sich um eine gemeinschaftlich begangene Handlung (§ 830 Abs. 1 S. 1 BGB), d. h. der Tatbeitrag jedes an der Schädigung Beteiligten wird jedem anderen zugerechnet.³³ Darüber hinaus sind jedenfalls die Kriterien der Schadensersatzrichtlinie – Umsatz, Marktanteil und Rolle im Kartell – abstrakte, vom konkreten Schadensfall losgelöste Kriterien.

Prozessual ist eine solche einheitliche Quote aber schwer für alle Regressfälle festzuschreiben. Denn über die Haftungsquote entscheiden in den jeweiligen Regressprozessen unter Umständen verschiedene Richter. Diese sind an die Abwägungen anderer Gerichte nicht gebunden und gewichten womöglich die maßgeblichen Kriterien anders.³⁴

5. Privilegierung des Kronzeugen

Die Frage der Haftungsquote wird zusätzlich durch Bestrebungen der Schadensersatzrichtlinie verkompliziert, bestimmte Schädiger in Haftungsfragen zu privilegieren, so insbesondere den Kronzeugen (vgl. Art. 11 Abs. 4, Abs. 5 S. 2 SE-RL).³⁵ Begünstigt ist dabei nur der „echte“ Kronzeuge, nicht hingegen nachfolgende Kartellbeteiligte, die nach der Bonusregel mit den Kartellbehörden kooperieren.³⁶

Diese rechtspolitisch umstrittene³⁷ Regelung soll den Ausstieg aus dem Kartell nicht nur im Hinblick auf die staatliche Sanktion (Bußgeld), sondern auch im Hinblick auf das *private enforcement* (Schadensersatz) attraktiv machen.³⁸ Dies stützt sich auch auf die – empirisch nicht belegte³⁹ – Erwägung, dass der Kronzeuge vermeintlich exponierter gegenüber Schadensersatzklagen der Abnehmer sei als andere Kartellbeteiligte.

Die Schadensersatzrichtlinie sieht für Kronzeugen eine Privilegierung im Außen- und Innenverhältnis vor. Im Außenverhältnis wird der Kronzeuge nach der Konzeption der Schadensersatzrichtlinie dadurch privilegiert, dass – erstens – eine gesamtschuldnerische Haftung nur gegenüber den unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern (Art. 11 Abs. 4 lit. a SE-RL) besteht und – zweitens – der Kronzeuge gegenüber anderen als seinen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern nur subsidiär haftet (sog. Ausfallhaftung, Art. 11 Abs. 4 lit. b SE-RL).

Im Hinblick auf die Privilegierung des Kronzeugen im Innenverhältnis trifft die Schadensersatzrichtlinie eine differenzierte Regelung.

Beim Innenausgleich bezüglich Schadensersatzforderungen der eigenen unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmer sieht die Schadensersatzrichtlinie eine Haftungsobergrenze auf den durch den Kronzeugen verursachten „Schaden“ vor (Art. 11 Abs. 5 S. 2 SE-RL). Darüber hinaus gelten für den Kronzeugen aber auch die allgemeinen Regeln der Haftung im Innenverhältnis nach der „relativen Verantwortung“ (Art. 11 Abs. 5 S. 1 SE-RL). Die Quote ist daher im Wege einer Art Günstigerprüfung zu ermitteln. Wenn im Fallbeispiel S1 Kronzeuge ist und 10% des Schadens bei G verursacht hat, kann seine konkrete Haftungsquote demnach nicht höher sein als 10%. Selbst wenn bei Abwägung aller Umstände eine höhere Quote gerechtfertigt erscheint, etwa wegen des Marktgewichts oder weil S1 eine wesentliche Rolle im Kartell hatte, wäre die Haftung auf 10% gedeckelt. Sie kann also allenfalls – bei einem geringeren Verursachungsbeitrag – niedriger als der verursachte Schaden ausfallen.⁴⁰

Beim Innenausgleich bezüglich Schadensersatzforderungen anderer Geschädigter (z.B. wegen Umbrella-Pricings) sieht die Schadensersatzrichtlinie eine Haftung des Kronzeugens nach der relativen Verantwortung für „diesen“ Schaden vor (Art. 11 Abs. 6 SE-RL). Teilweise wird diese Bestimmung als weitere Privilegierung gedeutet.⁴¹ Der Sache nach werden

28 Vgl. hierzu und zu weiteren Verschuldenserwägungen *Krüger* (o. Fn. 12), S. 99 f.

29 *Rust*, NZKart 2015, 502, 509; *Kersting/Preuß*, Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU), 2015, Rn. 115. Vgl. auch schon *Krüger* (o. Fn. 12), S. 279, der „zur Förderung der Praktikabilität und damit der Gerechtigkeit des Kartellregresses“ für eine simple und umfassende Sonderregelung anhand einer einzigen und objektiv zu bemessenden Variablen plädiert, z.B. die Absatzzahlen.

30 *Palandt/Grüneberg* (o. Fn. 13), § 426 Rn. 8.

31 Der Schuldner, der eine vom Kopfteilprinzip nach § 426 Abs. 1 S. 1 BGB abweichende Verteilung verlangt, ist für die Tatsachen beweispflichtig, die eine Abweichung rechtfertigen (vgl. *BGH*, NJW 1988, 134). Entsprechend soll auch bei einer gesetzlichen Vermutungsregel eine Beweislastumkehr für abweichende Umstände gelten, vgl. *Rust*, NZKart 2015, 502, 509.

32 *Staudinger/Schiemann*, BGB, Neubearb. 2005, § 254 Rn. 137.

33 Dies gilt gem. § 830 Abs. 2 BGB auch für Anstifter und Gehilfen, die Mittätern gleichstehen.

34 Vgl. zu den prozessualen Schwierigkeiten auch *Krüger* (o. Fn. 12), S. 115 ff.

35 Neben den Kronzeugen sieht die Schadensersatzrichtlinie in Art. 11 Abs. 2 SE-RL auch eine weitere Ausnahme von der gesamtschuldnerischen Haftung für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) vor, vgl. hierzu umfassend *Lettl*, WuW 2015, 692 ff. Des Weiteren hat auch die einvernehmliche Streitbeilegung nach Art. 19 SE-RL Auswirkungen auf den Innenausgleich unter den Gesamtschuldnern, vgl. hierzu *Kersting/Preuß* (o. Fn. 29), Rn. 146 f. und *Makatsch*, CCZ 2015, 127, 131 f.

36 Vgl. Art. 11 Abs. 5 S. 2 SE-RL, der auf den „Erlass der Geldbuße“ abstellt.

37 Vgl. zur Frage der Haftungsprivilegierung des Kronzeugen im Innenausgleich u. a. *Kersting*, ZWR 2008, 252, 266 f.; *Bien*, EuZW 2011, 889, 890; *Dworschak/Maritzen*, WuW 2013, 902, 908 ff.

38 *Krüger* (o. Fn. 12), S. 87.

39 *Krüger*, NZKart, 2013, 483, 485.

40 *Krüger*, NZKart 2013, 483, 485; *Schwenke*, NZKart 2015, 383, 384.

41 Vgl. *Gussone/Schreiber*, WuW 2013, 1040, 1053.

aber lediglich die allgemeinen Grundsätze für anwendbar erklärt – unter spezieller Berücksichtigung der individuellen Verantwortlichkeit des Kronzeugen für Schäden gerade der sonstigen Abnehmer. Daher liegt bei der Ausfallhaftung – wenn und soweit diese greift – im Innenverhältnis beim Gesamtschuldnerausgleich keine Privilegierung mehr vor.⁴²

Die von der Schadensersatzrichtlinie vorgesehene Privilegierung des Kronzeugen wirft die Frage auf, wie der Ausfallbetrag im Kartellregress zu berücksichtigen ist. Nach den Grundsätzen der gestörten Gesamtschuld lässt eine (gesetzlich oder vertraglich) vorgesehene Haftungsprivilegierung im Außenverhältnis grundsätzlich das Ausgleichsverhältnis zwischen den Gesamtschuldnern unberührt.⁴³ Der Konflikt ist über eine Anspruchskürzung zu lösen. Fraglich ist, zu wessen Lasten diese vorzunehmen ist.

Die diskutierten Ansätze bei der gestörten Gesamtschuld sehen eine Lösung zu Lasten des Haftungsbegünstigten, des Geschädigten oder des Mitschädigers vor.⁴⁴ Die Intention der Schadensersatzrichtlinie ist einerseits, die Durchsetzung von Schadensersatzforderungen zu erleichtern. Daneben will die Schadensersatzrichtlinie aber auch den Kronzeugen privilegieren. Damit wäre es nicht vereinbar, entweder den Anspruch des Gläubigers zu kürzen oder aber den privilegierten Kronzeugen im Innenverhältnis trotzdem unbeschränkt haften zu lassen. Daher dürfte die Lösung zu Lasten der anderen Schädiger ausfallen.

6. Fazit zur Haftungsquote

Die Haftungsquote ist aus einer Gesamtschau verschiedener Abwägungskriterien zu ermitteln. Diese stehen nebeneinander, ihr individuelles Gewicht ist fallbezogen vom Richter zu bestimmen. Eine mathematische Formel kann es hier nicht geben. Vielmehr werden sich Leitlinien erst durch die Fallpraxis herausbilden – eine Art Düsseldorfer Tabelle für den Kartellregress. Dies bedeutet aber auch, dass das Einklagen und die Bezifferung der Regressforderung derzeit noch mit erheblichen prozessualen Unsicherheiten behaftet ist. Der Gesetzgeber könnte hier durch Einführung einer Vermutungsregel Abhilfe schaffen.

III. Verjährung der Ausgleichsansprüche im Gesamtschuldnerinnenausgleich

Die Frage der Haftungsquote wird naturgemäß nur dann relevant, wenn der Ausgleichsanspruch im Innenverhältnis zwischen den Gesamtschuldnern noch durchsetzbar und insbesondere noch nicht verjährt ist. Für den Rückgriff des vorleistenden Gesamtschuldners sieht § 426 BGB zwei Möglichkeiten vor: Erstens, einen eigenen – originären – Ausgleichsanspruch zwischen den Gesamtschuldnern (§ 426 Abs. 1 BGB). Zweitens, den Übergang der Gläubigerforderung auf den Kartellbeteiligten, der an den Gläubiger geleistet hat (§ 426 Abs. 2 BGB).

Diese Alternativen stehen nebeneinander.⁴⁵ In beiden Konstellationen droht aber die (frühzeitige) Verjährung des Regressanspruchs.

1. § 426 Abs. 1 BGB

Für die Verjährung des originären Ausgleichsanspruchs nach § 426 Abs. 1 BGB gelten die allgemeinen Regeln – also die dreijährige Verjährungsfrist nach §§ 195, 199 BGB. Diese beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der originäre Ausgleichsanspruch entstanden ist und der vorleistende Gesamtschuldner von den Umständen Kenntnis erlangt hat, oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen, die

den originären Ausgleichsanspruch gegenüber dem ausgleichsverpflichteten Gesamtschuldner begründen (§ 199 Abs. 1 BGB).

a) *Entstehung des originären Ausgleichsanspruchs.* Der originäre Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 BGB existiert in unterschiedlichen Ausprägungen. Er ist zunächst ein Mitwirkungsanspruch, d.h. jeder Gesamtschuldner kann von den anderen Gesamtschuldnern Mitwirkung dahingehend verlangen, dass an den Gläubiger geleistet wird.⁴⁶ Hat einer der Gesamtschuldner geleistet, wandelt sich der Anspruch in einen auf Zahlung gerichteten Ausgleichs- und Rückgriffsanspruch im Innenverhältnis.

Trotz seiner unterschiedlichen Ausprägungen ist § 426 Abs. 1 BGB nach der Rechtsprechung als einheitlicher Anspruch zu begreifen. Er unterliegt daher unabhängig von seiner Ausprägung als Mitwirkungs-, Befreiungs- oder Zahlungsanspruch einer einheitlichen Verjährung.⁴⁷ Maßgeblich ist damit bereits die Begründung des Gesamtschuldverhältnisses und nicht erst die Zahlung an den Gläubiger.

Für den Kartellregress ist dies insbesondere bei Altfällen problematisch. Ausgleichsansprüche unter den Kartellbeteiligten haben in der Vergangenheit in der Praxis eine untergeordnete Rolle gespielt. Es kann daher sein, dass sich der vorleistende Gesamtschuldner erst mit der Inanspruchnahme auf Schadensersatz bewusst wird, dass er Rückgriff gegenüber den anderen Gesamtschuldnern nehmen kann. Dann ist es aber möglicherweise schon zu spät.

Dies verdeutlicht das Fallbeispiel: Unterstellt, die Preisabsprache zwischen S1 und S2 und hierauf beruhende Vertragsabschlüsse mit G fanden im Jahr 2007 statt. Das Bundeskartellamt hat noch im Jahr 2007 ein Ermittlungsverfahren eingeleitet, das 2012 abgeschlossen wurde. Hierdurch wird G auf das Kartell aufmerksam und erhebt 2015, also acht Jahre nach der Preisabsprache, eine Schadensersatzklage gegen S1. S1 zahlt und möchte nunmehr bei S2 Rückgriff nehmen.

Wie dieser durchaus repräsentative Beispielfall zeigt, können zwischen Entstehung der Gesamtschuld und der Schadensersatzklage eines Abnehmers gut und gerne acht Jahre vergehen. Bis der Schadensersatzprozess abgeschlossen ist, vergehen regelmäßig weitere Jahre. Für den Ausgleichsanspruch gilt aber die allgemeine Verjährung von drei Jahren ab Entstehung und Kenntnis. Es besteht somit ein reelles Risiko, dass der originäre Ausgleichsanspruch dann, wenn er relevant wird, bereits verjährt ist.

In Kartellfällen ist diese Verjährungsproblematik bislang noch nicht Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung gewesen. Allerdings hat sich der 7. Zivilsenat des BGH mit der Verjährung des originären Ausgleichsanspruchs zwischen Gesamtschuldnern in einem Haftungsfall betreffend Baumängel befasst. Dabei hat er es explizit abgelehnt, für die Entstehung des originären Ausgleichsanspruchs auf die Zahlung an den Gläubiger abzustellen. Zwar sei im Gesetzgebungsverfahren zur Schuldrechtsmodernisierung noch die Auffassung vertreten worden, dass die Verjährungsfrist erst

⁴² So auch *Legner*, WRP 2014, 1163, 1166.

⁴³ *Erman/L. Böttcher*, BGB, 14. Aufl. 2014, § 426 Rn. 27 f. Nur ausnahmsweise in Fällen der subsidiären Haftung verhindert die Haftungsbeschränkung bereits das Entstehen einer Gesamtschuld, vgl. *MüKo/Bydlinski* (o. Fn. 17), § 426 Rn. 69.

⁴⁴ Vgl. *Palandt/Grüneberg* (o. Fn. 13), § 426 Rn. 18 ff.

⁴⁵ Vgl. *Palandt/Grüneberg* (o. Fn. 13), § 426 Rn. 16.

⁴⁶ *Jauernig/Stürner*, BGB, 15. Auflage 2014, Rn. 14.

⁴⁷ Vgl. *BGH*, NJW 2010, 60.

dann beginne, wenn der Gesamtschuldner an den Gläubiger leiste. Dies habe aber im Gesetz keinen Niederschlag gefunden und verkenne die einheitliche Natur des Ausgleichsanspruchs. Der unter Umständen frühe Verjährungsbeginn sei auch nicht unbillig. Denn der vorleistende Gesamtschuldner sei hinreichend durch das Erfordernis der verjährungsauslösenden Kenntnis geschützt (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB).⁴⁸

b) *Kenntnis von den originären Ausgleichsanspruch begründenden Umständen.* Entscheidend ist somit die Frage, wann ein Gesamtschuldner Kenntnis von den Umständen hat, die den Ausgleichsanspruch im Innenverhältnis begründen. Der 7. Zivilsenat hat dabei in dem zu den Baumängeln entschiedenen Fall eine Kenntnis in mehrfacher Hinsicht für erforderlich gehalten:

- Zum einen muss der ausgleichsuchende Gesamtschuldner Kenntnis von den Umständen haben, die einen Anspruch des Gläubigers gegen ihn und den anderen Gesamtschuldner begründen.
- Zum anderen muss der ausgleichsuchende Gesamtschuldner Kenntnis von den Umständen haben, die die gesamtschuldnerische Haftung begründen.
- Schließlich muss der ausgleichsuchende Gesamtschuldner Kenntnis von den Umständen haben, die eine Ausgleichspflicht unter den Gesamtschuldnern begründen.⁴⁹

Für den Kartellregress ist bislang noch nicht geklärt, wann unter Berücksichtigung dieser Kriterien die verjährungsauslösende Kenntnis anzunehmen ist. Schutz vor der Verjährung des originären Ausgleichsanspruchs bieten sie wohl jedenfalls nicht.⁵⁰

Der Schadensersatzanspruch des Gläubigers setzt einen Kartellverstoß und einen kausalen Schaden voraus. Nach dem BGH ist ausdrücklich Kenntnis allein von den „Umständen“ erforderlich, die eine Ersatzpflicht begründen. Diese sind dem vorleistenden Gesamtschuldner aber regelmäßig bereits mit der Preisabsprache bekannt. Die rechtlich zutreffende Einordnung der Preisabsprache ist damit ebenso wenig erforderlich wie die Kenntnis über die Höhe des kartellbedingten Schadens.

Auch die konkrete Schädigungshandlung und die Person des Schadensersatzgläubigers ist dem vorleistenden Gesamtschuldner jedenfalls im Hinblick auf die Vertragsabschlüsse mit seinen eigenen Abnehmern naturgemäß bekannt. Fraglich könnte allenfalls sein, in welchem Detailgrad der vorleistende Gesamtschuldner Kenntnis von den konkreten Schädigungshandlungen auch des ausgleichsverpflichteten Gesamtschuldners haben muss.

Positive Kenntnis wird jedenfalls dann vorliegen, wenn die Kunden aufgeteilt wurden.⁵¹ Unter dem Gesichtspunkt der grob fahrlässigen Unkenntnis könnte es zudem ausreichend sein, wenn der betroffene Kundenkreis und die Modalitäten der Vertragsabschlüsse den Kartellbeteiligten allgemein bekannt sind. Damit wäre auch in anderen Fällen regelmäßig hinreichende Kenntnis bereits während des Kartells gegeben. Die Verjährung des originären Ausgleichsanspruchs beginnt daher auf der Grundlage der derzeitigen Rechtsprechung wohl bereits während des Kartells zu laufen.⁵²

c) *Verjährungshemmung?* Aspekte der Verjährungshemmung sind in der Praxis für den originären Ausgleichsanspruch nicht relevant.

Die in § 33 Abs. 5 GWB vorgesehene Hemmung während des laufenden Kartellverfahrens bezieht sich ausdrücklich nur auf den kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch, nicht

(auch) auf Ausgleichsansprüche zwischen den gesamtschuldnerisch haftenden Kartellbeteiligten.

Auch die Hemmungstatbestände des BGB (§§ 203 ff. BGB) – insbesondere eine Hemmung durch Rechtsverfolgung (§ 204 BGB) – spielen bislang in der Praxis keine Rolle. Denn dies würde voraussetzen, dass im Fallbeispiel S1 noch während des Kartells oder jedenfalls während der Ermittlungen des Bundeskartellamts Feststellungsklage gegen S2 zur Sicherung seines originären Ausgleichsanspruchs erhebt. Dies könnte aber die Verteidigung im Bußgeldverfahren erschweren. Im Rahmen der Feststellungsklage müsste S1 nämlich auch zu seiner Kartellbeteiligung vortragen, die er gegenüber dem Bundeskartellamt womöglich gerade bestreitet.

d) *Ansätze für eine abweichende Verjährung.* Faktisch besteht somit die Gefahr, dass der originäre Ausgleichsanspruch des § 426 Abs. 1 BGB zwischen den Gesamtschuldnern leer läuft. In dem Fallbeispiel wäre der Anspruch bereits Ende 2010 verjährt und damit fünf Jahre, bevor überhaupt Schadensersatzforderungen geltend gemacht werden.

Um den § 426 Abs. 1 BGB in Kartellfällen nicht völlig ins Leere laufen zu lassen und unbillige Ergebnisse zu vermeiden, werden verschiedene Korrektive erwogen.

Eine Ansicht⁵³ will abweichend von den allgemeinen Grundsätzen aus Billigkeitsgründen nicht schon den Freistellungsanspruch, sondern erst die Fälligkeit des Hauptanspruchs als maßgeblich ansehen. Zur Begründung stützt sich diese Auffassung auf eine Entscheidung des 3. Zivilsenats des BGH, der sich mit einer vergleichbaren Problematik beim Befreiungsanspruch nach § 257 BGB auseinandergesetzt hat.⁵⁴ Diese Vorschrift regelt, dass wer für einen anderen eine Verbindlichkeit eingeht, Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen kann. Auch hier besteht die Gefahr, dass dieser Freistellungsanspruch verjährt, bevor der Hauptanspruch, d. h. die übernommene Verbindlichkeit, überhaupt fällig wird. Der 3. Zivilsenat hielt dies für unbillig. Es sei kaum nachzuvollziehen, dass ohne wirtschaftliche Notwendigkeit prozessuale Maßnahmen zur Sicherung der Rückgriffsansprüche ergriffen würden.⁵⁵

Diese Erwägungen ließen sich auch auf den Kartellregress übertragen.⁵⁶ Auch hier müsste der vorleistende Gesamtschuldner frühzeitig seine Ausgleichsansprüche sichern, noch bevor überhaupt klar ist, ob er jemals auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird. Dies könnte zu einer Welle präventiver Feststellungsklagen führen.

Eine andere Auffassung sieht den Gesetzgeber in der Pflicht, für einen gerechten Interessenausgleich zu sorgen, insbesondere auch um die von der Richtlinie vorgesehene Möglichkeit des Gesamtschuldnerausgleichs im Innenverhältnis nicht praktisch unmöglich zu machen.⁵⁷ In Anlehnung an Erwägungen im Rahmen der Schuldrechtsreform könnte für den Gesamtschuldnerausgleich ein eigener Hemmungstatbestand geschaffen werden, dass Ausgleichsansprüche zwischen den Gesamtschuldnern frühestens sechs Monate nach dem

48 Vgl. zum ganzen BGH, NJW 2010, 60, 61.

49 Vgl. BGH, NJW 2010, 60.

50 Ausführlich hierzu Petrasincu, NZKart 2014, 437 ff.

51 Vgl. Petrasincu, NZKart 2014, 437, 439.

52 Auch unter Berücksichtigung der für die Kenntnis relevanten Personen folgt regelmäßig kein späterer Verjährungsbeginn, vgl. hierzu Petrasincu, NZKart 2014, 437, 440.

53 Petrasincu, NZKart 2014, 437, 440.

54 BGH, NJW 2010, 2197, 2199.

55 BGH, NJW 2010, 2197, 2199.

56 Petrasincu, NZKart 2014, 437, 440.

57 Schwenke, NZKart 2015, 383, 389 f.

rechtskräftigen Abschluss eines Schadensersatzverfahrens verjähren.⁵⁸

Eine weitere Möglichkeit wäre schließlich, die Verjährungsregeln unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten einzuschränken. Der faktische Anspruchsverlust bei der Verjährung wird dadurch gerechtfertigt, dass der vorleistende Gesamtschuldner die Forderung rechtzeitig hätte geltend machen können. Während des Kartells und auch während des laufenden Ermittlungsverfahrens ist es unter dem Gesichtspunkt der Selbstbelastung einem Gesamtschuldner aber nicht zuzumuten, Feststellungsklage zur Sicherung der Ausgleichsansprüche zu erheben. Darüber hinaus gibt es Fälle, in denen die kartellrechtliche Beurteilung nicht eindeutig ist. Graubereiche, wie beispielsweise der Informationsaustausch, sind zunehmend Gegenstand kartellbehördlicher Ermittlungen und Bußgelder. Die Einordnung als Kartellverstoß erfordert hier eine umfassende rechtliche Analyse der Inhalte und der wettbewerblichen Auswirkungen. Auch die Rechtsprechung hat anerkannt, dass ausnahmsweise Tatsachenkenntnis dann nicht reicht, wenn es sich um eine unübersichtliche oder zweifelhafte Rechtslage handelt.⁵⁹

Insofern bietet es sich an, *de lege lata* für die verjährungsauslösende Kenntnis der Umstände, aus denen sich die gesamtschuldnerische Haftung ergibt, auf die Rechtskraft des Bußgeldbescheides abzustellen. Dafür spricht zudem, dass erst mit Abschluss des Bußgeldverfahrens der Verstoß mit Bindungswirkung auch für die Zivilgerichte feststeht (§ 33 Abs. 4 GWB). Eine solche Lösung ließe auch die einheitliche Natur des Ausgleichsanspruchs unberührt. Mittelfristig wäre es jedoch zu begrüßen, wenn der Gesetzgeber klare Regelungen schaffen würde, um einen Gleichklang der Verjährung der Ansprüche im Außen- und Innenverhältnis sicherzustellen.

2. § 426 Abs. 2 BGB (i.V.m. § 33 Abs. 3 GBW)

Weitere Anspruchsgrundlage für einen Ausgleich zwischen den Kartellbeteiligten ist der nach § 426 Abs. 2 BGB kraft Gesetzes übergehende Gläubigeranspruch. Diese Vorschrift ordnet an, dass mit der Befriedigung des Gläubigers durch einen Gesamtschuldner die Ausgangsforderung des Gläubigers nicht erlischt, sondern für den Zweck des Rückgriffs dem leistenden Gesamtschuldner erhalten bleibt.⁶⁰

Damit der ausgleichsverpflichtete Gesamtschuldner durch diese Legalzession nicht schlechter gestellt wird, kann er gegenüber dem vorleistenden Gesamtschuldner alle Einwendungen erheben, die er einer Inanspruchnahme durch den Gläubiger hätte entgegenhalten können (§§ 412, 404 BGB), also auch die Verjährung.

Dies hat erhebliche Bedeutung in der Praxis. Ausgangspunkt für die Betrachtung von Verjährungsaspekten ist der Grundsatz der Einzelwirkung (§ 425 Abs. 2 BGB). Hiernach ist die Verjährung des Schadensersatzanspruchs des Gläubigers im Verhältnis zu jedem Gesamtschuldner getrennt zu bestimmen; die Schadensersatzansprüche des Gläubigers gegen die jeweiligen Gesamtschuldner können somit unterschiedlich verjähren.

Dabei spielen die verjährungsauslösende Kenntnis und Aspekte der Verjährungshemmung eine Rolle.

a) *Verjährungsauslösende Kenntnis.* Da es sich um den übergangenen Schadensersatzanspruch handelt, ist für den Verjährungsbeginn die Kenntnis des Gläubigers des Schadensersatzanspruchs – im Fallbeispiel also die Kenntnis von G – maßgeblich.

Insofern gelten noch die allgemeinen Regeln (§§ 195, 199 BGB), d.h. die dreijährige Verjährungsfrist. Mit der Schadensersatzrichtlinie muss diese auf (mindestens) fünf Jahre hochgesetzt werden (Art. 10 Abs. 3 SE-RL).

Wann diese hinreichende Kenntnis vorliegt, ist naturgemäß von den Umständen des Einzelfalles abhängig und bislang noch nicht höchstrichterlich geklärt. Regelmäßig werden die Abnehmer erst durch Presseberichte anlässlich der Durchsuchung oder dem Erlass des Bußgeldbescheides auf ein Kartell aufmerksam. Ob dies für den Verjährungsbeginn ausreichend ist, wird von den Instanzgerichten unterschiedlich beurteilt:

Das *KG Berlin* hat im Fall „Berliner Transportbeton“ eine Berichterstattung in der Presse anlässlich der Durchsuchung mehrerer Kartellbeteiligter nicht als ausreichend angesehen. Das Gericht führte aus, es gebe – auch unter Kaufleuten – keinen Erfahrungssatz, dass der Inhalt von Pressemitteilungen stets zeitnah von den Betroffenen zur Kenntnis genommen werde. Es bestehe zudem keine allgemeine Pflicht, die Presse zu verfolgen. Ob die Presseberichterstattung inhaltlich ausreichende Kenntnis verschafft, konnte das *KG Berlin* damit ausdrücklich offenlassen.⁶¹

Anders hat dies das *OLG Düsseldorf* im Fall „Zementkartell“ beurteilt. Das Gericht erachtete die Pressemitteilung des Bundeskartellamts und die darüber hinaus breit gestreute Berichterstattung in der deutschen Presse über das mit „Rekordgeldbußen“ abgeschlossene Verfahren für ausreichend, um verjährungsauslösende Kenntnis zu den anspruchsbegründenden Tatsachen und den Anspruchsgegnern zu verschaffen.⁶²

Möglicherweise liegt die verjährungsauslösende Kenntnis des Gläubigers aber auch erst mit der Einsicht in den Bußgeldbescheid vor. Auf dieser Linie liegt das *LG Nürnberg-Fürth* in einem Schadensersatzprozess betreffend das „Kaffeeröster-Kartell“. Das Gericht hielt die allgemein gehaltenen Berichte in der Presse nicht für ausreichend. Diese erwähnten weder sämtliche Kartellbeteiligten noch die konkret betroffenen Produkte. Eine Klage „ins Blaue hinein“ sei einem Geschädigten nicht zuzumuten. Hinreichende Kenntnis der anspruchsbegründenden Tatsachen habe daher erst mit Einsichtnahme in den Bußgeldbescheid vorgelegen.⁶³

Mit der Schadensersatzrichtlinie wird der an die Kenntnis anzulegende Maßstab beim Schadensersatzanspruch weiter verschärft. Die dann fünfjährige Verjährung beginnt erst mit Beendigung der Zuwiderhandlung und Kenntnis von der „Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht“ – es braucht also mehr als bloße Tatsachenkenntnis.⁶⁴ Auch dies könnte dafür sprechen, dass zukünftig die bloße Presseberichterstattung nicht mehr ausreicht.

Dies kann für die Frage des Rückgriffs erhebliche Konsequenzen haben, wie das Fallbeispiel verdeutlicht. Unter-

58 *Schwenke*, NZKart 2015, 383, 389 f.

59 Vgl. etwa *BGH*, NJW-RR 2005, 1148, 1149 m. w. N.

60 *BGH*, NJW 1991, 98.

61 Zum ganzen *KG Berlin*, NJOZ 2010, 536, 537 f. Ebenso *LG Berlin*, WuW 2014, 1240, 1247: „Allein die Berichterstattung der Presse über die Ermittlungen der Kommission verschaffte der Klägerin nicht die zur Begründung der Klage erforderlichen Informationen über den Zeitraum und die Dauer des Kartells, sowie seine Funktionsweise.“

62 *OLG Düsseldorf*, NZKart 2015, 201, 202.

63 *LG Nürnberg-Fürth*, Urteil vom 17.12.2014, Az: 3 O 10182/13, S. 15 (nicht veröffentlicht). Ebenso *Schulte/Just/Staebe*, Kartellrecht, 2012, § 33 GWB Rn. 57; *Bürger/Aran*, NZKart 2014, 423, 425.

64 *Haus/Serafimova*, BB 2014, 2883, 2888; *Staubler/Scharper*, NZKart 2014, 346, 349; *Pohlmann*, WRP 2015, 546, 549.

stellt, das Verfahren gegen S2 wurde im Jahre 2010 mit einem Settlement abgeschlossen. Das Verfahren gegen S1 wird erst 2012 mit einem Langbußgeldbescheid abgeschlossen. In beiden Fällen hat das Bundeskartellamt unmittelbar nach Verfahrensabschluss eine ausführliche Pressemitteilung herausgegeben. G hat 2012 Einsicht in die Bußgeldbescheide genommen und erhebt 2015 eine Schadensersatzklage gegen S1. Wenn S1 zahlt, kann er dann noch Rückgriff bei S2 aus dem übergegangenem Schadensersatzanspruch nehmen?

Lässt man für die verjährungsauslösende Kenntnis die Pressemitteilung genügen, dann verjährt der Schadensersatzanspruch von G gegen S2 nach geltendem Recht schon Ende 2013 – drei Jahre nach dem Verfahrensabschluss 2010. Der Schadensersatzanspruch geht auf S1 aber erst im Jahr 2015 im Wege der Legalzession über. Der Anspruch wäre damit wertlos. S2 könnte sich gegenüber S1 erfolgreich auf Verjährung berufen. Stellt man hingegen darauf ab, dass G erst mit Einsicht in den Bußgeldbescheid im Jahr 2012 hinreichende Kenntnis gehabt hat, verjährt der Schadensersatzanspruch erst Ende 2015.

b) *Hemmung der Verjährung und Maßnahmen zur Sicherung des Rückgriffsanspruchs.* Bei § 426 Abs. 2 BGB sind weiterhin Aspekte der Verjährungshemmung zu beachten. Hat im Fallbeispiel S1 gegen den Bußgeldbescheid Einspruch eingelegt, wird hierdurch nach dem GWB die Verjährung der Schadensersatzansprüche bis zum Abschluss des Einspruchsverfahrens gehemmt. Die Verjährung beginnt erst wieder sechs Monate nach rechtskräftigem Abschluss des Bußgeldverfahrens zu laufen (§§ 33 Abs. 5 GWB i. V. m. § 204 Abs. 2 S. 1 BGB).

Im Verhältnis G-S2 endet hingegen – wegen des Grundsatzes der Einzelwirkung – die Verjährungshemmung bereits mit Verfahrensabschluss 2010. Unterstellt, dass G bei Verfahrensabschluss hinreichende Kenntnis von dem Anspruch gegen S2 hatte, verjährt der Anspruch bereits Ende 2013. Er ist dann für den Kartellregress von S1 wertlos.

S1 als vorleistender Gesamtschuldner kann dies auch nicht durch einseitige Maßnahmen verhindern.

Die Erhebung einer Feststellungsklage zur Verjährungshemmung (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB) kommt nicht in Betracht. Denn die Klage kann nur von dem Berechtigten – also dem Anspruchsinhaber – erhoben werden.⁶⁵ Vor Befriedigung des Gläubigers ist der vorleistende Gesamtschuldner aber noch nicht Inhaber des Schadensersatzanspruchs. Eine Feststellungsklage des vorleistenden Gesamtschuldners wäre daher mangels Aktivlegitimation abzuweisen.

Ob die Verjährung auch ohne Mitwirkung des Gläubigers durch den vorleistenden Gesamtschuldner im Wege einer Drittfeststellungsklage gehemmt werden kann, ist ungeklärt. Nach dem BGH kann Gegenstand einer Feststellungsklage zwar nicht nur ein Rechtsverhältnis zwischen den Prozessparteien selbst sein, sondern auch ein solches zwischen einer Prozesspartei und einem Dritten, falls dieses zugleich für die Rechtsbeziehungen der Parteien untereinander von Bedeutung ist und der Kläger ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Klärung hat.⁶⁶ Sofern noch keine Schadensersatzklage erhoben worden ist (und der zum Schadensersatz berechnete Dritte und der mutmaßliche Umfang seines Schadensersatzanspruchs damit noch gar nicht näher bekannt ist), dürfte es aber bereits schwierig sein, den Tenor der Drittfeststellungsklage hinreichend bestimmt zu fassen. Auch wenn, wie im Fallbeispiel, bereits eine Schadensersatzklage

gegen S1 erhoben wurde (und G als potentiell schadensersatzberechtigter Dritte damit hinreichend bestimmbar feststeht), ist die Möglichkeit einer Drittfeststellungsklage jedenfalls aus dem Gesichtspunkt des erforderlichen Feststellungsinteresses fraglich. Denn im Zeitpunkt der Erhebung der Drittfeststellungsklage ist noch nicht hinreichend sicher, ob der Schadensersatzanspruch jemals auf S1 übergeht; dies wäre nur dann der Fall, wenn und soweit S1 den G befriedigt.

Eine Verjährungshemmung ist schließlich auch durch Streitverkündung möglich. Wird im Fallbeispiel S1 von G verklagt, könnte S1 dem S2 den Streit verkünden (§ 204 Abs. 1 Nr. 6 BGB). Dies muss aber zu einem Zeitpunkt erfolgen, in dem der Schadensersatzanspruch gegen S2 noch nicht verjährt ist. Es hängt also davon ab, wann G Klage erhebt. Unter Umständen ist es dann für eine verjährungshemmende Streitverkündung zu spät. Ohnedies setzt eine Verjährungshemmung durch Streitverkündung die Verfolgung eigener Ansprüche voraus.⁶⁷ Es ist insofern unklar, ob durch Streitverkündung im Verhältnis S1-S2 auch die Verjährung bezüglich des erst aufgrund der Legalzession nach § 426 Abs. 2 S. 1 BGB auf S1 übergehenden Schadensersatzanspruchs gehemmt wird.⁶⁸

Die Vereinbarung einer vertraglichen Verjährungshemmung schließlich setzt eine Einigung zwischen den Gesamtschuldnern voraus. Wenn S2 als ausgleichsverpflichteter Gesamtschuldner einen Verjährungsvorteil hat, wird er sich nicht auf eine solche Vereinbarung einlassen.

3. § 852 BGB (i. V. m. § 426 Abs. 2 BGB) als „Rettungsanker“?

Einen Ausweg aus dieser Verjährungsfalle bietet *de lege lata* unter Umständen der Restschadensersatzanspruch des § 852 BGB. Hierbei handelt es sich um eine Vorschrift aus dem Recht der unerlaubten Handlung, die erst in jüngerer Zeit verstärkte Beachtung findet.⁶⁹

Ein Schuldner kann hiernach auch nach Verjährung des Schadensersatzanspruchs den erlangten Vorteil herausverlangen – und zwar nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung.⁷⁰

Vom Umfang bleibt § 852 BGB allerdings hinter dem eigentlichen Schadensersatzanspruch zurück. Denn er erfasst nur den sog. Verletzererfolg, also den Gewinn mit den kartellbefangenen Produkten. Ein weitergehender Schaden (z. B. Preisschirmschaden) kann nicht abgeschöpft werden.⁷¹

Zum anderen droht auch § 852 BGB in Kartellfällen regelmäßig leer zu laufen, da der Anspruch kenntnisunabhängig 10 Jahre ab Entstehung des Schadensersatzanspruchs verjährt (§ 852 S. 2 BGB). Ob die Verjährungshemmung nach § 33 Abs. 5 GWB auch auf § 852 BGB Anwendung findet,

65 Vgl. Staudinger/Habermann, BGB, Neubearb. 2014, § 204 Rn. 7.

66 Vgl. u. a. BGH, NJW 1982, 1703, 1704 sowie Zöller/Greger, ZPO, 31. Aufl. 2017, § 256 Rn. 3 b m. w. N.

67 Erman/J. Schmidt-Rantsch (o. Fn. 43), § 204 Rn. 19; Bamberger/Roth/Henrich, BGB 3. Aufl. 2012, § 204 Rn. 28.

68 Für eine weite Interpretation wohl Vollkommer, NJW 1986, 263, 264. Ebenso weist der BGH in NJW-RR 2015, 1058, 1059 ausdrücklich auf die Legalzession nach § 426 Abs. 2 BGB hin.

69 Vgl. instruktiv hierzu Bernhard, NZKart 2014, 432 ff.

70 Nach allgemeiner Auffassung wird § 852 BGB dabei als bloße Rechtsfolgenverweisung in das Bereicherungsrecht verstanden, die den ursprünglichen Anspruch bestehen lässt und lediglich in seinem Umfang auf die beim Schädiger entstandene Bereicherung (§§ 818, 819 BGB) beschränkt, vgl. Staudinger/Hager, BGB, Neubearb. 2015, § 852 Rn. 17 m. w. N.

71 Bernhard, NZKart 2014, 432, 435.

ist noch ungeklärt. Gegen eine Anwendbarkeit spricht, dass § 33 Abs. 5 GWB allein auf den Schadensersatzanspruch nach § 33 Abs. 3 GWB verweist. Andererseits hat auch der Anspruch aus § 852 BGB deliktsrechtlichen Charakter⁷² und ist eine bloße verjährungsrechtliche Sonderregelung für Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung.⁷³ Wegen dieses Charakters als bloße „Rechtsverteidigung gegenüber der Einrede der Verjährung“⁷⁴ spricht einiges dafür, die Verjährungshemmung auch auf den § 852 BGB zu erstrecken.

4. Fazit zu den Ausgleichsansprüchen

Es besteht ein erhebliches Risiko, dass die Ausgleichsansprüche im Gesamtschuldnerinnenverhältnis wegen Verjährung leerlaufen. Der originäre Ausgleichsanspruch (§ 426 Abs. 1 BGB) verjährt wohl auf Grundlage der derzeitigen Rechtsprechung oftmals bereits während des Kartells oder im Ermittlungsverfahren. Verjährungshemmende Maßnahmen kommen in der Praxis nicht in Betracht. Im Hinblick auf den übergegangenen Schadensersatzanspruch (§ 426 Abs. 2 BGB) richtet sich die Verjährung nach dem Verhalten des Gläubigers. Der vorleistende Gesamtschuldner hat es nicht in der Hand, die Verjährung zu hemmen. Der Kartellregress

wird also faktisch ausgehebelt und der in Anspruch genommene Gesamtschuldner läuft Gefahr, allein auf dem Schaden sitzenzubleiben.

Aus Gründen der Vorsicht könnten Gesamtschuldner daher dazu übergehen, frühzeitig prozessuale Maßnahmen zur Hemmung der Verjährung der Ausgleichsansprüche zu ergreifen, obwohl unsicher ist, ob und in welchem Umfang eine Inanspruchnahme tatsächlich erfolgt. Um einer hierdurch bedingten unnötigen Inanspruchnahme der Gerichte vorzubeugen, ist eine Anpassung der Verjährung im Außen- und Innenverhältnis anzustreben. Dies könnte *de lege lata* durch eine restriktive Interpretation der verjährungsauslösenden Kennntnis erfolgen. *De lege ferenda* wäre es wünschenswert, wenn der Gesetzgeber mit der 9. GWB-Novelle für einen Gleichlauf der Verjährungsfristen sorgt und die Verjährung der Ausgleichsansprüche unter den Gesamtschuldnern erst mit Befriedigung des Gläubigers beginnen ließe. ■

72 Vgl. Erman/G. Schiemann (o. Fn. 43), § 852 Rn. 2.

73 Staudinger/Hager, BGB, Neubarb. 2015, § 852 Rn. 3.

74 BGH, NJW 1978, 1377, 1378.

Björn Christian Becker, Würzburg*

Faktische Bindungswirkung kartellbehördlicher Zusagenentscheidungen zu Gunsten von follow-on-Schadensersatzklägern

Das Urteil des Tribunal de commerce de Paris im Fall DKT v. Eco-Emballages als Türöffner für private Schadensersatzklagen?

Der nachfolgende Beitrag beschäftigt sich mit drei Besonderheiten im Rahmen einer kartellrechtlichen follow-on-Schadensersatzklage: In seinem Urteil vom 30.3.2015 misst das Tribunal de commerce de Paris einer vorangegangenen Zusagenentscheidung der Autorité de la concurrence faktische Bindungswirkung zu. Außerdem arbeitet das Gericht mit einer Schadensvermutung, die noch über die Bestimmungen der neuen Richtlinie zu Kartellschadensersatzklagen hinausgeht. Schließlich wendet das Gericht bei der Schadensberechnung die dem französischen Recht eigene *Théorie de la perte d'une chance* an.

I. Einleitung

Private Schadensersatzkläger haben im Bereich des Kartellrechts traditionell einen schweren Stand. Der Nachweis eines Kartellverstoßes stellt mangels Zugriffs auf wichtige interne Dokumente des potentiellen Schädigers eine hohe Hürde dar. Für follow-on-Klagen wurde mit Art. 16 VO 1/2003 für Entscheidungen der Kommission und mit § 33 Abs. 4 GWB für Entscheidungen nationaler Kartellbehörden eine Erleichterung geschaffen. Die von diesen Vorschriften ausgehende rechtliche Bindungswirkung ist jedoch nicht einschlägig, wenn das der Klage vorausgegangene behördliche Verfahren mit einer Zusagenentscheidung (Art. 9 VO 1/2003 bzw. § 32 b GWB) abgeschlossen worden ist. Nach ganz herrschender Ansicht sind Ausführungen der Kartellbehörde zu

einem Kartellverstoß des Adressaten nicht bindend, da sie lediglich auf wettbewerbsrechtlichen Bedenken im Rahmen einer vorläufigen Beurteilung basieren.¹ In der Folge bleibt die Tür zum Schadensersatz für private Dritte, die sich durch den Adressaten einer Zusagenentscheidung geschädigt sehen, zumeist geschlossen. Zwar wird in der Literatur davon ausgegangen, dass von Zusagenentscheidungen insoweit eine „faktische“ Bindungswirkung ausgeht, als dass sich der Richter im follow-on-Schadensersatzprozess in aller Regel an der kartellrechtlichen Beurteilung der Behörde orientiere

* Björn Christian Becker ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für globales Wirtschaftsrecht, internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Bürgerliches Recht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg (Prof. Dr. Florian Bien). Dort promoviert er derzeit zum Thema „Schadensersatz trotz Zusagenentscheidungen? Die Folgen der Zunahme an Zusagenentscheidungen für private follow on-Schadensersatzkläger im Kartellrecht“ (Arbeitstitel).

1 S. Erw.-gr. 13 und 22 der VO 1/2003; Regierungsbegründung zur 7. GWB-Novelle, BT-Drucks. 15/3640, S. 51 f.; Temple Lang, ECLR 2003, S. 347, 350; Klees, Europäisches Kartellverfahrensrecht, § 6 Rn. 131; Saitzek, Verpflichtungszusagen, S. 217, 238 f.; Krefse, WRP 2014, S. 1261, 1265; Grünberger, in: Möschel/Bien, S. 135, 162; Meßßen, Schadensersatz EU-Kartellrecht, S. 110; Kahlenberg/Neuhaus, EuZW 2005, S. 620; Hossenfelder/Lutz, WuW 2003, S. 118, 123; Schmidt, BB 2003, S. 1237, 1242; Hirsbrunner/Rhomberg, EWS 2005, S. 61, 64; De Bronett, ZWeR 2012, S. 157, 200; Ritter, in: Immengal/Mestmäcker EU, VO (EG) 1/2003 Art. 16 Rn. 3; Rehlinger, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff § 33 Rn. 54; a. A. nur Ballasch, Verpflichtungszusage des Ligaverbandes, S. 153 ff.; einschränkend Gruber, EWS 2005, S. 310, 312 ff.; ders. wbl 2004, S. 1, 9.

und einen Widerspruch dazu vermeiden werde.² In der deutschen Gerichtspraxis kommt eine solche Bindungswirkung jedoch bisher nicht zum Tragen. Soweit ersichtlich wurde einzig vom LG Frankfurt³ Schadensersatz nach einer Zusagenentscheidung zugesprochen. Dieses Urteil bildet jedoch wohl insoweit einen Sonderfall, als dass hier der Sachverhalt – anders als sonst – kaum streitig war.⁴ Außerhalb dieses Urteils hatte sich bisher noch kein deutsches Gericht mit einer auf einer Zusagenentscheidung aufbauenden Schadensersatzklage zu beschäftigen. Praktiker berichten allerdings von Fällen, in denen die Parteien sich im Anschluss an eine Verpflichtungszusage außergerichtlich auf die Zahlung von Schadensersatz geeinigt haben.⁵

In Frankreich war eine solche, auf eine Verpflichtungszusage gestützte *follow-on*-Klage nun erstmals erfolgreich. In seinem Urteil vom 30. März 2015 spricht das *Tribunal de commerce de Paris* einem privaten Dritten Schadensersatz zu, nachdem die französische Wettbewerbsbehörde, die *Autorité de la concurrence*, gegen die beklagten Unternehmen eine Zusagenentscheidung erlassen hatte.⁶ Das Urteil betrifft nicht nur die Frage, wie eine Zusagenentscheidung im Rahmen der Urteilsbegründung zu berücksichtigen ist (dazu Punkt V.1.), sondern auch Probleme der Schadensberechnung (dazu Punkt V.2.). Insbesondere ist das Urteil ein Anwendungsbeispiel für die im französischen Recht vorherrschende *Théorie de la perte d'une chance* (dazu Punkt V.2.b)).

II. Der Sachverhalt⁷

Die Klägerin, DKT International (im Folgenden: DKT), ist ein französisches Unternehmen, das mit recycelbarem Hausmüll aus Plastik handelt. DKT sah sich als Opfer von Behinderungspraktiken der in der Branche etablierten Unternehmen Eco-Emballages und Valorplast. Eco-Emballages wurde von der öffentlichen Hand zur Entlastung der französischen Kommunen im Jahre 2004 damit beauftragt, die Müllabfuhr sowie das Recycling zu organisieren und zu beaufsichtigen. Valorplast ist ein Abnehmer von Plastikmaterialien, der die aufgekauften Abfälle an Recyclinggesellschaften weiterverkauft. Zwischen Valorplast und Eco-Emballages existieren vielfältige Verbindungen. Unter anderem ist Valorplast am Kapital von Eco-Emballages beteiligt. Eco-Emballages beteiligt sich auf Grund bestehender vertraglicher Verpflichtungen an den laufenden Kosten sowie an den Transportkosten von Valorplast.

Eco-Emballages erneuerte im Jahr 2004 ihren Vertrag mit den zuständigen Behörden. Dieser neue Vertrag war auf eine Laufzeit von sechs Jahren angelegt und stellte den Kommunen drei Möglichkeiten der Wiederverwertung von Plastikabfällen zur Wahl: Die Kommunen konnten die Plastikabfälle entweder zu einem Einheitspreis an Valorplast verkaufen oder einen Preis mit einer der Gesellschaften aushandeln, die Mitglieder eines der professionellen Abfallverwertungsverbände (FNADE und FEDEREC) sind oder – drittens – den Weiterverkauf ihrer Abfälle selbst organisieren, ggf. unter Zuhilfenahme spezialisierter vermittelter Händler. In diesem letzten Bereich wollte DKT operieren und stand somit in direkter Konkurrenz zu Valorplast.

Nach Erkenntnis des *Tribunal de commerce de Paris* bevorzugte Eco-Emballages das Unternehmen Valorplast in vielfältiger Weise gegenüber DKT und anderen konkurrierenden Unternehmen. Auf eine Einordnung in eine der im Zusammenhang mit Art. 102 AEUV bekannten Fallgruppen verzichtet das *Tribunal* in seiner Urteilsbegründung. Lediglich

in der Pressemitteilung zur Entscheidung der *Autorité de la concurrence* ist von „Diskriminierungen“ die Rede.⁸ Unter anderem versprach Eco-Emballages den Kommunen Unterstützungszahlungen für den Fall, dass sie ihre Abfälle vollständig an Valorplast oder an die den beiden großen Abfallverwertungsverbänden (FNADE und FEDEREC, s.o.) angehörenden Unternehmen lieferten. Für die Lieferung an dritte Unternehmen wie DKT waren solche Unterstützungszahlungen dagegen nicht vorgesehen. Nach Erkenntnissen der *Autorité de la concurrence* konnte Eco-Emballages mit den Unterstützungszahlungen die Entscheidung der Kommunen für einen bestimmten Abnehmer des eingesammelten Abfalls beeinflussen. Zudem betrieb Eco-Emballages ein System, in dessen Rahmen das Unternehmen eine Art Unbedenklichkeitsbescheinigungen („lettres de non-objection“) ausstellte, ohne die ein Abfallhändler kaum eine Chance auf Geschäftsbeziehungen mit den Kommunen hatte. Dieses System wurde von der *Autorité de la concurrence* als intransparent und nicht hinreichend objektiv kritisiert. DKT hatte eine solche Bescheinigung nicht erhalten. Des Weiteren informierte Eco-Emballages Valorplast konstant über den Verhandlungsstand bei der Neugestaltung des Vertrages mit den Kommunen, wodurch die Verhandlungsposition von Valorplast gegenüber den Kommunen gestärkt wurde.

III. Verfahren

DKT reichte am 13.3.2006 bei der *Autorité de la concurrence* Beschwerde ein und beantragte die Eröffnung eines Verfahrens mit dem Ziel, eventuelle Absprachen sowie missbräuchliche Verhaltensweisen von Valorplast und Eco-Emballages nachzuweisen. Am 27. September 2010 erließ die *Autorité de la concurrence* eine Zusagenentscheidung⁹ gegen Valorplast und Eco-Emballages. Die Adressaten hatten weitreichende Verpflichtungszusagen angeboten.¹⁰

- 2 Temple Lang, ECLR 2003, S. 347, 350; Klees, Europäisches Kartellverfahrensrecht, § 6 Rn. 131; Saitzek, Verpflichtungszusagen, S. 240 ff.; Kahlenberg/Neuhaus, EuZW 2005, S. 620, 622; Sura, in Langen/Bunte, Art. 9 VO 1/2003 Rn. 13; Ritter, in Immenga/Mestmäcker EU, VO (EG) 1/2003 Art. 9 Rn. 31; Bornkamm, in Langen/Bunte, § 32 b GWB Rn. 27.
- 3 LG Frankfurt, Urt. v. 3.6.2015, 2-03 O 324-14 – *Bahnstrom* (n.v.).
- 4 Der Schadensersatzanspruch der Klägerin basierte auf diskriminierenden Rabatten, die aus einem unstreitigen Preisblatt der Beklagten klar hervorgingen. Auf Ausführungen aus der Zusagenentscheidung der Kommission (Kommission v. 18.12.2013, COMP/AT. 39678 – *Deutsche Bahn I* und COMP/AT.39731 – *Deutsche Bahn II*) musste in der Urteilsbegründung folglich nicht zurückgegriffen werden.
- 5 Telefonische Auskunft der Rechtsanwältin Dr. Johannes Zöttl und Dr. Alex Petrasincu (Düsseldorf) im November 2014.
- 6 Tribunal de commerce de Paris, Urt. v. 30.3.2015, RG n° 2012000109 – *DKT c. Eco-Emballages et Valorplast*.
- 7 Die folgende Sachverhaltswiedergabe basiert teilweise auch auf der Darstellung durch die *Autorité de la concurrence*, Décision n° 010-D-29 v. 27.9.2010 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Eco-Emballages et Valorplast dans le secteur de la reprise et de la valorisation des déchets d'emballages ménagers plastiques, abrufbar unter <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/10d29.pdf>; siehe außerdem die in englischer Sprache verfügbare Pressemitteilung der *Autorité de la concurrence* v. 27.9.2010 zur selben Entscheidung, abrufbar unter http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=368&id_article=1480.
- 8 S. Pressemitteilung v. 27.9.2010 zur Décision n° 010-D-29, abrufbar unter http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=368&id_article=1480.
- 9 *Autorité de la concurrence*, décision n° 010-D-29 v. 27.9.2010 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Eco-Emballages et Valorplast dans le secteur de la reprise et de la valorisation des déchets d'emballages ménagers plastique, abrufbar unter <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/10d29.pdf>.
- 10 Tribunal de commerce de Paris, Urt. v. 30.3.2015, RG n° 2012000109, S. 2 – *DKT c. Eco-Emballages et Valorplast*; im Einzelnen sind die Verpflichtungszusagen an die Zusagenentscheidung angefügt, siehe *Autorité de la concurrence*, décision n° 010-D-29 v. 27.9.2010, S. 27 ff.

DKT beantragte am 21.2.2011 und am 14.3.2011 beim *Tribunal de commerce de Paris*, Eco-Emballages und Valorplast gesamtschuldnerisch wegen Verdrängungsmissbrauchs auf Leistung von Schadensersatz in Höhe von EUR 2.374.072 zu verurteilen.¹¹

IV. Die Entscheidung des *Tribunal de commerce de Paris* vom 30. März 2015

Das *Tribunal* hebt in seiner Entscheidung mehrfach hervor, dass die Entscheidung der *Autorité de la concurrence* ausdrücklich keine Feststellung eines Wettbewerbsverstosses beinhalte. Die Zusagen von Eco-Emballages und Valorplast seien für verbindlich erklärt worden, um bloße Wettbewerbsbedenken der *Autorité de la concurrence* auszuräumen. Jedoch sei es DKT unbenommen, selbst den Nachweis eines Wettbewerbsverstosses zu führen.¹² Wie dies DKT im Einzelnen gelungen ist, lässt sich der Urteilsbegründung des *Tribunal de commerce de Paris* leider nicht entnehmen. Das *Tribunal* beschränkt sich überwiegend darauf, aus dem Bescheid der *Autorité de la concurrence* zu zitieren. Im Ergebnis nimmt es die dort getroffenen Feststellungen als gegeben hin. In ihrer Entscheidung habe die *Autorité de la concurrence* bereits die jeweils marktbeherrschenden Stellungen von Valorplast – auf dem Markt für das Einsammeln und den Weiterverkauf von recycelbaren Plastikabfällen – und Eco-Emballages – auf dem Markt für die Koordinierung und Durchführung der Müllabfuhr – festgestellt. So habe Valorplast seit 2006 u. a. 72% der Abnahmemengen an Plastikhaushaltsabfällen von den französischen Kommunen abgenommen, was etwa 67% der Bevölkerung umfasse. Im Jahre 2007 habe Valorplast 28 Millionen Euro an 1070 Kommunen ausgezahlt unter garantierter Abnahme von 144 400 Tonnen und bei konstanter Erhöhung in den Folgejahren. Damit verfüge Valorplast über einen erheblichen Abstand zu den nächsten Konkurrenten.¹³ Zur beherrschenden Stellung von Eco-Emballages äußert sich das *Tribunal* nicht im Detail. Aus den Ausführungen der *Autorité de la concurrence* geht allerdings hervor, dass Eco-Emballages sogar eine Monopolstellung auf dem Markt für das Organisieren der Abfuhr von Haushaltsabfällen einnimmt. Durch Beschluss vom 30. Dezember 2004 wurde das Unternehmen staatlich beauftragt, in ganz Frankreich die Abfuhr von Verpackungsabfällen zu organisieren, um die Kommunen zu entlasten.¹⁴

Die Kartellbehörde habe bereits darauf hingewiesen, dass ein Zwischenhändler wie DKT keine Chance habe, sich auf dem Markt für das Einsammeln und den Weiterverkauf von recycelbaren Plastikabfällen durchzusetzen. Nach Auffassung der Behörde sei es durchaus möglich, dass dies zu einem großen Teil aus dem zwischen Eco-Emballages und den Kommunen abgeschlossenen Vertrag resultiere, der die Kommunen verpflichte, jeweils nur ein Unternehmen für die gesamte Vertragsdauer mit dem Einsammeln von Plastikmüll zu beauftragen.¹⁵

Das *Tribunal* kommt daher zu dem Ergebnis, dass die Praktiken von Eco-Emballages und Valorplast als wettbewerbswidrig einzuordnen seien und einen Verstoß zum Nachteil von DKT darstellen. Die Bestimmung Art. 102 AEUV lege einem marktbeherrschenden Unternehmen eine besondere Verantwortung auf, den Wettbewerb durch sein Verhalten nicht zu beeinträchtigen oder zu verfälschen. In diesem Fall hätten sich Eco-Emballages und Valorplast darauf verständigt, DKT vom Wettbewerb zu verdrängen. Daraus folge ein Schadensersatzanspruch von DKT sowohl hinsichtlich der vom *Tribunal* nicht näher präzisierten „tatsächlich erlittenen Verluste“ – gemeint ist damit offenbar eine Art *damnum*

emergens – als auch hinsichtlich des entgangenen Gewinns (*lucrum cessans*), der vom *Tribunal* auf insgesamt EUR 350.000 festgesetzt wird.¹⁶

V. Bewertung

1. Zur Würdigung der Zusagenentscheidung der *Autorité* durch das *Tribunal de commerce de Paris*

Das französische Kartellrecht kannte bis vor kurzem keine rechtliche Bindungswirkung von Entscheidungen der nationalen Kartellbehörde wie sie etwa § 33 Abs. 4 GWB anordnet. Lediglich für die 2014 neu eingeführte *Action de groupe* der französischen Verbraucherverbände gilt, dass die bestandskräftige Entscheidung eines Wettbewerbsverstosses durch eine nationale oder europäische Wettbewerbsbehörde eine unwiderlegliche Vermutung im nachfolgenden Zivilprozess zur Folge hat.¹⁷ Erst im Rahmen der Umsetzung des Art. 9 Abs. 1 der neuen Richtlinie zu Kartellschadenersatzklagen¹⁸ wird – jedenfalls in Bezug auf Entscheidungen der französischen *Autorité de la concurrence* – eine vergleichbare Bindungswirkung allgemein Einzug ins französische Kartellrecht halten.¹⁹

Das Entscheidungsinstrumentarium der französischen Kartellbehörden ist jedoch dem der deutschen und europäischen Kartellbehörden sehr ähnlich. Auch im französischen Recht ergeht eine Zusagenentscheidung gemäß Art. L. 464-2 *Code de commerce* ohne die Feststellung eines Kartellverstosses. Sie basiert genauso wie im Fall einer Entscheidung gemäß Art. 9 VO 1/2003 oder § 32c GWB lediglich auf wettbewerbsrechtlichen Bedenken.²⁰ Dies hebt auch die *Autorité de la concurrence* in der dem Urteil des *Tribunal de commerce de Paris* zugrundeliegenden Zusagenentscheidung hervor.²¹ In einer Mitteilung vom 2. März 2009 führt die *Autorité de la concurrence* aus, dass der Erlass einer Zusagenentscheidung keine Feststellungen enthalte, inwieweit die Vorwürfe gegen das Unternehmen begründet sind. Sie äußere sich in ihrer Entscheidung nicht zur Frage der zivilrechtlichen Haftung des Adressaten. Gleichzeitig betont die *Autorité* aber auch, dass eine Zusagenentscheidung nicht vor einer späteren Verfolgung vor Gericht schützt.²² Die Ausgangssituation für private Dritte, die erwägen, ob sie gegen

11 *Tribunal de commerce de Paris*, Ur. v. 30.3.2015, RG n° 2012000109, S. 2 f. – DKT c. *Eco-Emballages et Valorplast*; siehe Art. 1382 und 1382 *Code civil*, L. 420-1 und L. 420-2 *Code de commerce*.

12 *Tribunal de commerce de Paris*, Ur. v. 30.3.2015, affaires 2011017303 und 2011023307, S. 2, 13 – DKT.

13 S. im Einzelnen *Autorité de la concurrence*, décision n° 010-D-29 v. 27.9.2010, Rn. 21; *Wachsmann/Zacharie*, *Concurrences* 3-2015, S. 79, 80.

14 *Autorité de la concurrence*, décision n° 010-D-29 v. 27.9.2010, Rn. 7.

15 *Tribunal de commerce de Paris*, Ur. v. 30.3.2015, RG n° 2012000109, S. 13 f. – DKT c. *Eco-Emballages et Valorplast*.

16 *Tribunal de commerce de Paris*, Ur. v. 30.3.2015, RG n° 2012000109, S. 14 ff. – DKT c. *Eco-Emballages et Valorplast*.

17 S. Art. L. 423-17 Abs. 2 *Code de consommation*, dazu *Bien*, *NZKart* 2014, S. 507, 509.

18 Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, Abl. L 349/1.

19 S. Art. 9 der Richtlinie; *Wachsmann/Zacharie*, *Concurrences* 3-2015, S. 79, 80; zur Umsetzung der Richtlinie ins französische Recht siehe *Amaro*, *Concurrences* 2-2015, S. 21.

20 S. auch *Cour de Cassation*, Ur. v. 12.5.2015, pourvoi n° V 14-10.792, S. 5 – *Cogent*; *Wachsmann/Zacharie*, *Concurrences* 3-2015, S. 79, 80.

21 *Autorité de la concurrence*, décision n° 010-D-29 v. 27.9.2010, Rn. 65, 87.

22 S. auch *Communiqué de procédure* du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, abrufbar unter http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=260&id_article=911 (auch in englischer Sprache verfügbar), Rn. 43.

den Adressaten einer Zusagenentscheidung klagen, ist in Frankreich wie in Deutschland insoweit sehr ähnlich.

In der französischen Literatur zeigte man sich zum Teil überrascht, wie explizit das *Tribunal de commerce de Paris* sein Urteil auf die Ausführungen der *Autorité de concurrence* in der Zusagenentscheidung stützt.²³ In der Tat nimmt das *Tribunal* – obwohl der prima facie-Charakter einer Zusagenentscheidung betont wird – einen Großteil der Ausführungen der Behörde als gegeben hin, wie etwa zur marktbeherrschenden Stellung von Eco-Emballages und Valorplast. Die *Autorité de la concurrence* hat sich in ihrer Entscheidung mit der Stellung von Eco-Emballages und Valorplast auf dem relevanten Markt beschäftigt und sich im Wesentlichen der Marktabgrenzung für die relevanten Produktmärkte angeschlossen, die die Kommission in früheren Entscheidungen²⁴ vorgenommen hat.²⁵ Insgesamt fallen die Ausführungen des *Tribunals* zur Begründung des gemeinschaftlichen Missbrauchs der beherrschenden Stellungen von Valorplast und Eco-Emballages sehr knapp aus.²⁶ Scheinbar hielt es das *Tribunal* nicht für nötig, über die Zusagenentscheidung der *Autorité de la concurrence* hinausgehende Nachforschungen anzustellen. Angesichts des vorläufigen Charakters der behördlichen Ausführungen in einer Zusagenentscheidung erscheint das Vorgehen des *Tribunals* insoweit nicht unproblematisch. Vor dem Hintergrund, dass die Annahme eines Missbrauchs einer beherrschenden Stellung grundsätzlich ausführliche Nachforschungen erfordert, vermag die Entscheidung, mit der das *Tribunal* ohne wesentliche eigene Begründung die entsprechenden Verstöße feststellt, in der Tat zu erstaunen.²⁷ Allerdings trägt das *Tribunal* damit auch dem Umstand Rechnung, dass auf nationaler wie auf europäischer Ebene vermehrt Fälle außerhalb von Hardcore-Kartellen mit dem Instrument der Zusagenentscheidung abgeschlossen werden.²⁸ Dabei ergehen Zusagenentscheidungen nicht überwiegend in Fällen mit unklarer Sach- oder Rechtslage, sondern vielmehr in erster Linie aus verfahrensökonomischen Gesichtspunkten.²⁹ Besonders deutlich hat dies der frühere Generaldirektor der GD Wettbewerb der Kommission *Italianer* zum Ausdruck gebracht: Wenn sich die Europäische Kommission dazu entschlief, ein eingeleitetes Verfahren nicht ohne förmliche Entscheidung einzustellen, bedeute dies, dass nach Ansicht der Kommission ein „schlüssiger Fall“ vorliege und man sich auf eine Verbotsentscheidung zubewege. Der Erlass einer Zusagenentscheidung hänge dann allein davon ab, ob die betroffenen Unternehmen Verpflichtungszusagen anbieten und ob die Kommission diese akzeptiere.³⁰ Man darf also davon ausgehen, dass die Kommission beim Erlass einer Zusagenentscheidung regelmäßig von einem tatsächlichen Kartellrechtsverstoß des Adressaten ausgeht. Unterbreitet ein Unternehmen Verpflichtungszusagen, sieht die Kommission darin die Möglichkeit zu einem schnellen und effektiven Weg, ein Verfahren abzuschließen. Den prozessökonomischen Vorteilen stehen Nachteile aus Sicht derjenigen, die durch das kartellrechtswidrige Verhalten des Entscheidungsadressaten einen Schaden erlitten haben, entgegen. Wie einleitend ausgeführt³¹ wird ihnen der Nachweis eines Kartellverstoßes mangels rechtlicher Bindungswirkung von Zusagenentscheidungen schwer fallen.³² Liegt aber ein „schlüssiger Fall“ vor, müssen potentiell Geschädigte auch die Möglichkeit haben, ihren Schaden ersetzt zu bekommen. Es ist dann Aufgabe der Gerichte einzuschätzen, inwieweit ein solcher Fall vorliegt. Das *Tribunal de commerce de Paris* hat den vorliegenden Fall offensichtlich als hinreichend schlüssig eingeschätzt, um den Ausführungen der Behörde in der Zusagenentscheidung folgen zu können.

Eine stärkere Berücksichtigung von Zusagenentscheidungen im Rahmen privater Schadensersatzklagen wird oft mit dem Argument kritisiert, dass das Instrument der Zusagenentscheidung dadurch aus Sicht der betroffenen Unternehmen an Attraktivität einbüße, da der Schutz vor *follow-on*-Klagen verloren geht.³³ Dagegen lässt sich aber einwenden, dass viele weitere Vorteile dieser Entscheidungsform erhalten bleiben. Das Verfahren einer Zusagenentscheidung ist auch für die betroffenen Unternehmen weitaus weniger aufwendig und schon somit die unternehmenseigenen Ressourcen. Vor allem vermeidet der Adressat unter Umständen ein Bußgeld gegen sich. Zwar sind Zusagenentscheidungen jedenfalls auf der Ebene des Unionskartellrechts nicht für Fälle vorgesehen, in denen ein Bußgeld in Frage kommt.³⁴ Allerdings kann die Kartellbehörde in der Praxis zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens von einem Bußgeld absehen, sodass ein Bußgeld als Damoklesschwert stets über den potentiellen Adressaten einer Zusagenentscheidung schwebt.³⁵ Ferner bleibt dem Adressaten einer Zusagenentscheidung der Reputationsverlust erspart, der mit einer in der Regel öffentlichkeitswirksamen Verbots- oder Bußgeldentscheidung einhergeht. Schließlich fallen die behördlichen Ausführungen in Zusagenentscheidungen in der Regel deutlich knapper aus als in Abstellungsverfügungen oder Bußgeldentscheidungen. Privaten Schadensersatzklägern steht damit ohnehin schon weniger Material zur Begründung ihrer Klage zur Verfügung. Die Behörden nehmen damit aus politischen Gründen Rücksicht auf die Interessen des Adressaten – zu Lasten privater Schadensersatzkläger. Nicht zuletzt angesichts der vom EuGH in *Courage*³⁶ hervorgehobenen Bedeutung des *private enforcements* für die effektive Kartellrechtsdurchsetzung insgesamt erscheint es daher angemessen, dass die nationalen Gerichte privaten Schadensersatzklägern, die ihre Klage auf einer Zusagenentscheidung aufbauen, entgegenkommen.³⁷

Das Urteil des *Tribunal de commerce de Paris* stellt einen ersten begrüßenswerten Schritt in diese Richtung dar. Die

23 S. Wachsmann/Zacharie, *Concurrences* 3-2015 S. 79, 80.

24 Kommission, Entscheidung v. 20.4.2001, 2001/463/EG – *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland AG*, Abl. L 166 v. 21.6.2001, S. 1, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:32001D046>; v. 15.6.2001, 2001/663/EG – *Eco-Emballages*, Abl. L 233 v. 31.8.2001, S. 37, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:32001D0663>.

25 *Autorité de la concurrence*, décision n° 010-D-29 v. 27.9.2010, Rn. 7.

26 Kritisch auch Wachsmann/Zacharie, *Concurrences* 3-2015, S. 79, 80.

27 Wachsmann/Zacharie, *Concurrences* 3-2015, S. 79, 81. Zu berücksichtigen ist, dass am *Tribunal de commerce* ausschließlich Laienrichter (Kaufleute) tätig sind (ähnlich wie die Beisitzer in der KfH, der man im neuen § 95 Abs. 2 Nr. 1 GVG 2013 bewusst die Kompetenz für Schadensersatzklagen im Bereich des Kartellrechts entzogen hat, näher zur Neuregelung *Bien*, ZWeR 2013, 448, 467 ff.). Dies mag erklären, warum die Vorgehensweise des *Tribunal de commerce de Paris* einen Juristen kaum zu überzeugen vermag.

28 S. etwa die Statistiken bei Wils, *Ten Years of commitment decisions under Article 9 of Regulation 1/2003: Too much of a good thing?*, *New frontiers of antitrust Concurrences* 6th International Conference, Paris am 15.6.2015, online abrufbar unter <http://ssrn.com/author=456087>, S. 3 f.

29 Kling, *Rechtskontrolle von Netzentgelten*, 2014 (?), S. 79.

30 *Italianer*, Redemanuskript 11.12.2013, S. 3 ff.

31 Oben I.

32 S. z. B. die Stellungnahmen Dritter im Rahmen des Art. 27 Abs. 4 VO 1/2003 in Kommission v. 18.12.2013, COMP/AT.39678 – *Deutsche Bahn I* und COMP/At.39731 – *Deutsche Bahn II*, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39731/39731_800_7.pdf, Rn. 72.

33 So Wachsmann/Zacharie, *Concurrences* 3-2015, S. 79, 81.

34 S. ErwG 13 S. 4 zur VO 1/2003

35 *Kahlenberg/Neuhaus*, EuZW 2005, S. 620, 621.

36 EuGH, Urt. v. 20.9.2001, Rs. C-453/99 – *Courage*, Slg. 2001, I-6297, Rn. 27; s. auch *Kreße*, WRP 2014, S. 1261, 1265; *Meeßen*, Schadensersatz EU-Kartellrecht, S. 60, 105.

37 S. sogleich unten.

mitgliedstaatlichen Gerichte können hierauf aufbauen. Wünschenswert für nachfolgende Urteile wäre eine ausführlichere Begründung als die des Urteils des *Tribunal de commerce de Paris*. So wäre es sinnvoll, die notwendigen Beweiserleichterungen klar von der Frage der rechtlichen Bindungswirkung abzugrenzen.

Eine alternative Möglichkeit, Schadensersatzklagen nach Erlass einer Zusagenentscheidung zu erleichtern, ist die Berücksichtigung der Ausführungen der Kartellbehörde im Wege des Anscheinsbeweises.³⁸ In der deutschen Rechtsprechung zum Kartelldeliktsrecht wird bereits auf Vermutungen und Anscheinsbeweise bezüglich Tatsachen, die nicht von der rechtlichen Bindungswirkung umfasst sind, zurückgegriffen. Das OLG Karlsruhe schloss etwa aus einer Bußgeldentscheidung auf einen Anscheinsbeweis, dass sich das bebußte Quotenkartell preisstigernd auswirkt hat und dass das konkrete Geschäft zwischen Klägerin und Beklagter kartellbefangen war.³⁹ Nach einem Urteil des OLG Düsseldorf ist nach einer Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts zu vermuten, dass sich das kartellrechtswidrige Verhalten des Adressaten auch nach Abschluss der letzten Tatsacheninstanz fortsetzt, sofern sich das Geschäftsverhalten nicht erkennbar geändert hat.⁴⁰ Das KG Berlin hatte schließlich über eine *follow-on*-Schadensersatzklage zu entscheiden, die auf einem Kartellordnungswidrigkeitenbescheid des Bundeskartellamtes aufbaute. In diesem wurde der Beklagte als Kartellteilnehmer benannt, ohne selbst Adressat des Bescheides zu sein. Daraus folgert das KG Berlin einen Anscheinsbeweis, dass der benannte Dritte Kartellteilnehmer war.⁴¹ Im Gegensatz zur rechtlichen Bindungswirkung kann der Beklagte gegen Vermutungen und Anscheinsbeweise Tatsachen vorbringen, die die Ausführungen der Behörde in einer Zusagenentscheidung widerlegen und so den Anschein eines Kartellverstosses erschüttern. Es bestünde für den Beklagten so immer noch die Möglichkeit, das Gericht von seiner Auffassung zu überzeugen.

2. Schadensersatz

a) *Beweis des Schadenseintritts: Vermutung eines Schadens auf Grund wettbewerbswidriger Praktiken.* Vom ursprünglich von DKT beantragten Schadensersatz (2.374.072 Euro) blieb im Ergebnis nicht viel übrig. Zur Ermittlung des Schadensumfangs konnte die Zusagenentscheidung der *Autorité de la concurrence* nicht beitragen, da in dieser nicht geprüft wurde, inwieweit sich die mutmaßlich wettbewerbswidrigen Praktiken von Eco-Emballages und Valorplast tatsächlich auf den Markt auswirkten.⁴² Auch das *Tribunal de commerce* nimmt eine entsprechende Prüfung in der Urteilsbegründung nicht ausdrücklich vor, sondern legt den Schadensersatz nach seinem Ermessen auf insgesamt EUR 350.000 fest. Dieser setzt sich zusammen aus EUR 50.000 für den zwischen 2005 und 2011 tatsächlich erlittenen Schaden, EUR 100.000 für den Reputationsschaden⁴³ sowie EUR 200.000 für die entgangene Chance auf Vertragsabschlüsse mit den Kommunen zwischen Januar 2005 und Ende 2010.⁴⁴ Bzgl. des tatsächlich erlittenen Schadens ist bemerkenswert, dass das *Tribunal* aus den wettbewerbswidrigen Praktiken der Beklagten „notwendigerweise“ auf einen Schaden schließt.⁴⁵ Diese Formulierung kann dahingehend gedeutet werden, dass das *Tribunal* auf Grund der in der Entscheidung der *Autorité de la concurrence* aufgeführten wettbewerbswidrigen Praktiken den Eintritt eines Schadens vermutet. Damit geht das *Tribunal* noch über das von der neuen Richtlinie zu Kartellschadensersatzklagen geforderte Maß hinaus.⁴⁶ Gemäß Artikel 17 Abs. 2 S. 1 der Richtlinie

wird vermutet, dass Zuwiderhandlungen „in Form von Kartellen“ einen Schaden verursachen. Gemäß der Legaldefinition in Art. 2 Nr. 14 der Richtlinie soll diese Vermutung nur im Fall von besonders qualifizierten Absprachen zwischen Wettbewerbern eingreifen. Demgegenüber geht es in dem vom *Tribunal* entschiedenen Fall um Absprachen im Vertikalverhältnis (insbesondere zwischen Eco-Emballages und Valorplast sowie den Beklagten und einer Vielzahl von Kommunen) sowie um den Fall des Ausnutzens der jeweiligen marktbeherrschenden Stellungen durch die Beklagten.⁴⁷ Zusätzlich hervorzuheben ist, dass das *Tribunal* diese Überlegung hier auf Basis einer Zusagenentscheidung anstellt, in der wettbewerbswidrige Praktiken ohnehin nur *prima facie* festgestellt werden.⁴⁸

b) *Haftungsbegründende Kausalität und haftungsausfüllender Tatbestand: Die Théorie de la perte d'une chance.* Die Schadensposition in Höhe von EUR 200.000 basiert auf der dem französischen Recht eigenen – und in der neuen Richtlinie nicht vorgesehenen – *Théorie de la perte d'une chance*. Im Unterschied zur deutschen Rechtsordnung kann im französischen Recht allein der Verlust einer Chance einen Schadensersatzanspruch begründen, wenn nur die Chance hinreichend „réelle et sérieuse“⁴⁹ war.⁵⁰ Der haftungsbegründende Tatbestand beruht folglich nicht auf der kausalen Verletzung eines Rechts, sondern allein auf der Vernichtung einer Chance als solcher.⁵¹ Allein die Chance, beispielsweise einen bestimmten Gewinn zu realisieren, wird haftungsrechtlich geschützt.

Im haftungsausfüllenden Tatbestand gewährt die *Théorie de la perte d'une chance* – anders als das im deutschen Schadensersatzrecht verankerte *Alles-oder-Nichts-Prinzip*⁵² – einen partiellen Ausgleich des Schadens, der sich anhand der entgangenen Chance bemisst.⁵³ Der zu ersetzende Schaden entspricht dem Produkt aus dem Wert des möglichen Gesamtvorteils multipliziert mit der Wahrscheinlichkeit seines

38 So bereits *Temple Lang*, ECLR 2003, S. 347, 350; *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, § 6 Rn. 131; *Saitzek*, Verpflichtungszusagen, S. 240 ff.; *Kahlenberg/Neuhaus*, EuZW 2005, S. 620, 622; *Sura*, in *Langen/Bunte*, Art. 9 VO 1/2003 Rn. 13; *Ritter*, in *Immenga/Mestmäcker* EU, VO (EG) 1/2003 Art. 9 Rn. 31; *Bornkamm*, in *Langen/Bunte*, § 32 b GWB Rn. 27.

39 OLG Karlsruhe, Urt. v. 31.7.2013, 6 U51/12 (Kart.), NZKart 2014, S. 366, 367.

40 OLG Düsseldorf, Urt. v. 9.4.2014, VI-U (Kart) 10/12, NZKart 2014, S. 280, 281 – *Schadensersatzpflicht der Lottogesellschaft*.

41 S. KG Berlin, Urt. v. 1.10.2009, 2 U 10/03 Kart, WuW DE-R, S. 2773, amtlicher Leitsatz Nr. 2 – *Berliner Transportbeton*.

42 *Wachsmann/Zacharie*, *Concurrences* 3-2015, S. 79, 81.

43 Ein detailliertes Eingehen auf den Posten des Reputationsschadens würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen.

44 *Tribunal de commerce de Paris*, Urt. v. 30.3.2015, RG n° 2012000109, S. 16 – *DKT c. Eco-Emballages et Valorplast*; *Wachsmann/Zacharie*, *Concurrences* 3-2015, S. 79, 81. Schließlich werden Valorplast und Eco-Emballages zu weiteren EUR 50.000 Ersatz für die Rechtsverfolgungskosten von DKT gemäß Art. 700 CPC verurteilt.

45 *Tribunal de commerce de Paris*, Urt. v. 30.3.2015, RG n° 2012000109, S. 15 – *DKT c. Eco-Emballages et Valorplast*; „Attendu, qu'un préjudice s'infère nécessairement de ces pratiques“.

46 *Chagny*, *Revue de jurisprudence commerciale* 2015, S. 444, 445.

47 *Tribunal de commerce de Paris*, Urt. v. 30.3.2015, RG n° 2012000109, S. 14 f. – *DKT c. Eco-Emballages et Valorplast*; siehe auch *Chagny*, *Revue de jurisprudence commerciale* 2015, S. 444, 445.

48 S. dazu bereits oben.

49 *Cour de Cassation*, *Chambre Civile 1*, Urt. v. 1.4.1965, *Bulletin Civil I* 530.

50 S. hierzu *Meeßen*, *Schadensersatz EU-Kartellrecht*, S. 441 ff.; *Fleischer*, *JZ* 1999, S. 766, 770.

51 *Graziano*, *Thomas Kadner*, *Loss of a chance in European Private Law „All or Nothing“ or Partial Liability in Cases of Uncertain Causation*, *ERPL* 6-2008, S. 1017, 1029; vgl. *Bien*, *ERPL* 2008, S. 1095, 1097.

52 *Bien*, *ERPL* 2008, S. 1095, 1096.

53 *Graziano*, *ERPL* 6-2008, S. 1017, 1030, S. a. *Cour de cassation*, *Chambre civile 1*, Urt. v. 9.4.2002, *Bulletin Civil I* 116.

Eintritts.⁵⁴ Abgesehen von dem hier besprochenen Urteil kam die *Théorie de la perte d'une chance* im Rahmen des französischen Kartellrechts bislang in den Entscheidungen Mors/Labinal⁵⁵, BMW France v. SARL Rotative Typo Offset Imprimeries⁵⁶ und Vérimedia v. Médiametrie et al.⁵⁷ zur Anwendung.⁵⁸ Im vorliegenden Urteil ordnet das *Tribunal* die Chance auf Vertragsabschlüsse mit den Kommunen offensichtlich zwar als realistisch ein, folgt jedoch nicht den von DKT aufgestellten Prognosen für die Gewinnmargen. Das *Tribunal* geht von einer Nettomarge von EUR 20 pro Tonne aus und kommt so zu dem in der Höhe vom Klägerantrag abweichenden Ergebnis.⁵⁹ Auf welcher Basis das *Tribunal* zu diesem Referenzwert kommt, ist aus der Urteilsbegründung leider ebenso wenig ersichtlich wie die konkrete Wahrscheinlichkeit für Vertragsabschlüsse von DKT mit den Kommunen, sodass es schwer fällt, die Berechnung dieses Schadenspostens nachzuvollziehen. Überzeugender ist insoweit die Urteilsbegründung des *Cour d'appel de Paris* im Fall Mors/Labinal⁶⁰. Dort wurden der tatsächliche Anteil des Klägers auf dem relevanten Markt (25%) und ein hypothetischer Marktanteil, der ohne einen Kartellverstoß der Beklagten erreicht worden wäre (50-70%), gegenübergestellt.⁶¹ Im vorliegenden Fall konnte DKT das *Tribunal* jedenfalls nicht von seiner Berechnung hinsichtlich der *perte d'une chance* überzeugen. Es kann im Einzelfall selbst für Experten sehr schwierig sein, die konkrete Wahrscheinlichkeit und deren Wert zu bestimmen.⁶² Letztlich hängen die Chancen des Klägers auf dem relevanten Markt im Wettbewerbsrecht nicht nur von einem vermeintlichen Kartellverstoß ab, sondern von einer Vielzahl weiterer wirtschaftlicher Faktoren. Im deutschen Deliktsrecht wurde einer anteiligen Haftung auf Grund des Verlusts einer Chance bisher kaum Bedeutung zugemessen.⁶³ Im soweit ersichtlich bisher einzigen deutschen Fall hat ein Architekt Schadensersatz für seinen unberechtigten Ausschluss von einem Architektenwettbewerb verlangt.⁶⁴ In letzter Instanz wies der BGH die Klage jedoch ab. Ein Schadensersatz des Architekten kommt nach dem Urteil des BGH nur in Betracht, wenn der Architekt beweisen kann, dass er einen Preis gewonnen hätte, hätte man ihn nicht (rechtswidrig) von der Teilnahme ausgeschlossen.⁶⁵ Einen konkreten Ansatz im Gesetz bietet insoweit nur § 126 GWB, der einem in einem Vergabeverfahren unterlegenen Bieter einen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens zuspricht, wenn er bei rechtmäßiger Wertung der Angebote durch den Auftraggeber eine „echte Chance“ auf den Zuschlag gehabt hätte. Jedoch bezweckt diese vergaberechtliche Sondervorschrift nach herrschender Meinung nicht die Kompensation des Verlusts einer Chance als solche, sondern lediglich eine Absenkung der Beweisanforderungen an die Kausalität zwischen Verfahrensfehler und Nichtberücksichtigung des Anspruchstellers beim Zuschlag.⁶⁶ Andererseits zeigen sich die Vorteile der *Théorie de la perte d'une chance* vor allem dort, wo der volle Nachweis der Kausalität grundsätzlich kompliziert ist. Dies wiederum ist gerade im Wettbewerbsrecht der Fall, wo der Kläger regelmäßig vor großen Beweisschwierigkeiten steht.⁶⁷ In Fällen, in denen die Kausalität eines Schadens fraglich ist, neigen die Parteien nicht selten zu außergerichtlichen Verhandlungen, im Rahmen derer sie sich auf partielle Kompensation des Schadens einigen – unabhängig davon, ob die jeweilige Rechtsordnung einen Ersatz entgangener Chancen anerkennt oder nicht.⁶⁸ Insoweit wird im Kartellrecht dem Ansatz der *Théorie de la perte d'une chance* zum Teil ein nicht unerhebliches Potential im *private enforcement* zugesprochen.⁶⁹ Wenn die Parteien im Rahmen von außergerichtlichen Kompensationsverhandlungen im Nachhinein dazu bereit sind, anteilige Schadenskompensationen zu akzeptieren, könnte dies möglicherweise

auch eine Option für die Vertragsverhandlungen darstellen. Die Vereinbarung pauschalierter Schadensersatzklauseln für den Fall der Beteiligung einer der Vertragsparteien an wettbewerblichen Absprachen hat sich jedenfalls in Vergabeverfahren bereits durchgesetzt.⁷⁰ Solche Klauseln dienen dazu, den schwierigen Nachweis eines Schadens für Kunden eines Kartellanten zu mindern.⁷¹ Gegenüber der *Théorie de la perte d'une chance* ist eine solche Schadenspauschalierung jedoch ein starres Konstrukt. Möglicherweise wäre es für beide Parteien noch interessensgerechter, (auch) eine Klausel für einen anteiligen Schadensersatz in Fällen unsicherer Kausalität in den Vertrag mit aufzunehmen. Eine solche Lösung würde eine größere Flexibilität bedeuten und so einigen im Zusammenhang mit § 309 Nr. 5 a) BGB geäußerten Bedenken begegnen.⁷² Für den potentiellen Schadensersatzkläger würden sich angesichts der Beweisschwierigkeiten bei kartellrechtlichen Schadensersatzklagen die Chancen vergrößern, überhaupt eine Kompensation zu erhalten. Gleichermaßen würde möglicherweise die Motivation des Klägers sinken, den Beklagten auf den vollen Betrag zu verklagen, womit das Risiko hoher Kompensationszahlungen für den Beklagten sänke.

VI. Fazit

Das Urteil des *Tribunal de commerce de Paris* öffnet – wenn wohl auch nur einen Spaltbreit – die Tür zu einer Stärkung des *private enforcements* im Bereich des Kartellrechts bezüglich *follow-on*-Schadensersatzklagen nach Zusagenentscheidungen. Das *Tribunal* gibt sich einerseits insoweit klägerfreundlich, als dass es (1.) einer Zusagenentscheidung eine faktische Bindungswirkung zuteilwerden lässt, (2.) aus kartellrechtswidrigem Verhalten der Beklagten auch über die in Art. 2 Nr. 14 der Richtlinie zu Kartellschadensersatzklagen genannten Fälle hinaus auf das Vorliegen eines Scha-

54 Meeßen, Schadensersatz EU-Kartellrecht, S. 442.

55 Cour d'appel de Paris, Urte. v. 30.9.1998, teilw. abgedruckt in *Revue de la concurrence et de la consommation* 2000, S. 14, 27 f.

56 Cour d'appel de Versailles, Urte. v. 11.9.1997, *Bulletin rapide de droit des affaires* 98-1, S. 14.

57 Cour d'appel de Versailles, Urte. v. 24.6.2004, N° de RG 2002-07434, abrufbar unter <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&cidTexte=JURITEXT000006944785&fastReqId=709267047&fastPos=1>.

58 Ausführlich zu diesen Entscheidungen Meeßen, Schadensersatz EU-Kartellrecht, S. 443 f.

59 Tribunal de commerce de Paris, Urte. v. 30.3.2015, RG n° 2012000109, S. 15 – DKT c. *Eco-Emballages et Valorplast*.

60 Cour d'appel de Paris, Urte. v. 30.9.1998, teilw. abgedruckt in *Revue de la concurrence et de la consommation* 2000, S. 14, 27 f.

61 Meeßen, Schadensersatz EU-Kartellrecht, S. 442.

62 Graziano, ERPL 6-2008, S. 1017, 1038; Meeßen, Schadensersatz EU-Kartellrecht, S. 444.

63 Für die Möglichkeit des Ersatzes verlorener Gewinnchancen in Ausschreibungs- und Wettbewerbsfällen (gemeint im Sinne eines *Contests*) demgegenüber Fleischer, JZ 1999, S. 766, 769 ff.

64 BGH, Urte. v. 23.9.1982, III ZR 196/80, NJW 1983, S. 442.

65 BGH, Urte. v. 23.9.1982, III ZR 196/80, NJW 1983, S. 442, 444; Zurückverweisung an die Vorinstanz; siehe dazu auch *Bien*, ERPL 2008, S. 1095, 1102; Fleischer, JZ 1999, S. 766, 767 f.

66 *Bien*, ERPL 2008, S. 1095, 1101 m. w. N.; a. A. Fleischer, JZ 1999, S. 766, 771.

67 S. bereits oben.

68 Graziano, ERPL 6-2008, S. 1017, 1039.

69 So Meeßen, Schadensersatz EU-Kartellrecht, S. 444.

70 S. etwa LG Mannheim, Urte. v. 4.5.2012, 7 O 436/11 Kart, WuW DE-R, S. 3584, 3587 – *Feuerwehrfahrzeuge*, bestätigt durch OLG Karlsruhe, Urte. v. 31.7.2013, 6 U51/12 (Kart.), NZKart 2014, S. 366. Die Wirksamkeit solcher Pauschalierungsklauseln in AGBs ist allerdings umstritten. Dagegen etwa LG Potsdam, Urte. v. 22.10.2014, 2 O 29/14, NZKart 2015, 152; ausführlich zu dieser Problematik etwa Müller-Graff/Kainer, WM 2013, S. 2149 ff. einerseits, Thomas/Bleier, KSzW 2015, S. 261 ff. andererseits.

71 Thomas/Bleier, KSzW 2015, S. 261, 267.

72 Thomas/Bleier, KSzW 2015, S. 261, 264 f.

dens schließt und (3.) die *Théorie de la perte d'une chance* zur Begründung eines Schadensersatzes zur Anwendung bringt. Andererseits weicht der letztlich zugesprochene Schadensersatz ganz erheblich vom Klägerantrag ab. Es wird sich zeigen, ob andere mitgliedstaatliche Gerichte die Tür noch weiter öffnen werden. Angesichts des letzten Endes geringen Erfolges der Klage von DKT ist es fraglich, ob potentiell

geschädigte Unternehmen überhaupt daran interessiert sind, durch die Tür zu gehen und das entsprechende Prozessrisiko auf sich zu nehmen. Mit einiger Spannung kann das zweitinstanzliche Urteil der *Cour d'appel* erwartet werden. Möglicherweise gibt die *Cour* in ihrer Urteilsbegründung einen tieferen Einblick in die Motive, die zu ihrer Entscheidung führen. ■

Kurze Beiträge

Dr. Raoul Hoffer, Wien*

Beurteilung vertikaler Preisabsprachen in Österreich nach der „Spar“-Entscheidung

Mit der „Spar“-Entscheidung¹ beendet der österreichische Oberste Gerichtshof als Kartellobergericht (KOG) die Diskussion betreffend etwaiger Grauzonen für vertikale Preisabstimmungen bzw. Preiskommunikation im österreichischen Lebensmitteleinzelhandel (LEH). Die betreffenden Verhaltensweisen von Spar werden vom KOG als klar kartellrechtswidrig gesehen. Zentral sind hier die Aussagen des KOG zu Meistbegünstigungsklauseln und „Hub-and-Spoke“-Abreden. Insbesondere bei ersterem könnte der Entscheidung eine weit über den Anwendungsfall des Einzelhandels hinausgehende Bedeutung zukommen. Mit der Verzehnfachung der Geldbuße gegenüber dem erstinstanzlichen Beschluss werden überdies neue Maßstäbe im österreichischen Geldbußensystem gesetzt.

I. Einleitung

In den letzten Jahren kam es in Österreich vermehrt zu Hausdurchsuchungen im Zusammenhang mit sogenannten „Hub-and-Spoke“-Absprachen im stark konzentrierten österreichischen LEH. Unter Hub-and-Spoke-Absprachen oder Sternverträgen versteht man ein Bündel an vertikalen Preisabsprachen zwischen mehreren Abnehmern und einem gemeinsamen Lieferanten, der als Schnittstelle zwischen den Wettbewerbern auf der nachgelagerten Handelsstufe fungiert. Betroffen waren hier insbesondere die beiden großen österreichischen LEH-Ketten, REWE und Spar. Untersucht wurden auch deren Lieferanten, insb. aus den Bereichen Milchprodukte, Bier und nichtalkoholische Getränke (v.a. Fruchtsäfte und Mineralwasser). Neben dem LEH waren in den letzten Jahren jedoch auch andere Branchen Untersuchungen der Wettbewerbsbehörden wegen etwaiger Vertikalabsprachen ausgesetzt; z. B. die Elektronikbranche und der Baustoffhandel. Fast alle der auf die Hausdurchsuchungen folgenden Bußgeldverfahren wurden durch sogenannte „Settlements“ abgeschlossen. Dabei handelt es sich um eine vergleichsweise Einigung zwischen dem jeweiligen Unternehmen und den österreichischen Wettbewerbsbehörden, Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) und Bundeskartellanwalt, die das Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht (KG) dann in einem verkürzten Verfahren per Beschluss formalisiert. Die meisten in diesem Zusammenhang verhängten Geldbußen waren relativ gering: Sie bewegten sich zum größten Teil deutlich unter EUR 1 Mio.² Lediglich in dem Settlement-

Verfahren gegen REWE wurde die nicht unerhebliche Geldbuße von EUR 20,8 Mio. festgelegt.³

Umso gespannter war man daher auf die Entscheidung des KOG im Bußgeldverfahren gegen den REWE-Konkurrenten Spar.

II. Vorgeschichte der Spar-Entscheidung und Sachverhalt

Nach den oben genannten Hausdurchsuchungen, stand Spar vor derselben Entscheidung wie Konkurrent REWE, entweder ein Settlement einzugehen oder die Rechtssache vor dem Kartellgericht auszufechten und entschied sich für letzteres.

Das KG als Erstgericht stellte fest, dass Spar über einen Zeitraum zwischen Juli 2002 und zumindest Oktober 2012 die Endverkaufspreise (Kurant- wie Aktionspreise) mit Lieferanten abgestimmt hatte. Diese vertikalen Preisbindungen seien horizontal abgesichert worden, indem Spar über die besagten Lieferanten die Endverkaufspreise der Mitbewerber, wie etwa der REWE-Gruppe, beeinflusst haben soll. Während sich die Preisabsprachen nach den Ermittlungen der BWB auf 17 Produktgruppen bezogen haben sollen, widmete sich das konkrete Verfahren ausschließlich der Preismanipulationen bei Molkereiprodukten. Spar soll laut KG starken Druck auf die Lieferanten ausgeübt haben, sodass diese die von Spar anvisierten Endverkaufspreise bei ihren Abnehmern mittels „Preisempfehlungen“ durchsetzten. Dieses Preispflegesystem, das u. a. durch Nachweis von Kassenbons der Mitbewerber kontrolliert worden sein soll, hätte zum Ziel gehabt, aggressive Aktionspreispraktiken auszuschalten und die Preise zu stabilisieren, um preisaktive Mitbewerber von Marktanteilsgegewinnen abzuhalten. Das Erstgericht verhängte eine Geldbuße von EUR 3 Mio., deren

* Dr. Raoul Hoffer, ist Partner bei Binder Grösswang Rechtsanwälte GmbH in Wien.

1 KOG, Beschl. v. 8.10.2015, 16 Ok 2/15 b (16 Ok 8/15 k) – *Spar*, abgedruckt in diesem Heft auf S. 92. Im Folgenden beziehen sich alle Randnummern ohne weitere Angabe auf diese Entscheidung.

2 Vgl. z. B. KG, Beschl. v. 2.7.2015, 26 Kt 9/15 – *Zielpunkt* (LEH, Geldbuße EUR 562.500); sowie KG, Beschl. v. 23.4.2014, 26 Kt 19/14 – *Media-Saturn* (Elektronikeinzelhandel, EUR 1,2 Mio.).

3 Wobei hier mehrere Produktgruppen erfasst waren, insb. Bier und Molkereiprodukte; KG, Beschl. v. 13.5.2013, 25 Kt 29/30 – *REWE*.

Höhe es aus der Geldbuße im Settlement-Verfahren gegen REWE abgeleitet hatte.⁴

Begleitet wurde die Auseinandersetzung durch Vorwürfe von Spar, dass die BWB im Rahmen der Hausdurchsuchungen ungerechtfertigter Weise „Spionagesoftware“ gegen Spar verwendet hätte. Mit diesen „Nebenansprüchen“ hat sich Spar letzten Endes auch nicht durchgesetzt.⁵

Das KOG hat in seiner Entscheidung eine Reihe von kartellrechtlichen Themen angesprochen. Im Folgenden sollen die Aussagen des KOG, dass sowohl Meistbegünstigungsklauseln als auch Hub-and-Spoke-Absprachen kartellrechtswidrig sind, näher analysiert werden. Zudem soll kurz auf die Verzehnfachung der vom Erstgericht festgelegten Geldbuße von EUR 3 Mio. auf EUR 30 Mio. eingegangen werden. Eine derartige Erhöhung gab es in der Geschichte der österreichischen Kartellgerichtsbarkeit bisher nicht. Es handelt sich auch um die höchste kartellrechtliche Einzelgeldbuße, die je in Österreich verhängt wurde.⁶

III. Bisherige Rechtsprechung des KOG zu Hub-and-Spoke-Absprachen

Die vorliegende Entscheidung ist der erste materiell-rechtliche Beschluss des KOG zum Komplex der Hub-and-Spoke-Absprachen. Im Vorfeld gab es bisher nur erstinstanzliche Entscheidungen – allerdings, wie vorher erwähnt, jeweils im Rahmen von Settlements, die daher insofern nicht aussagekräftig waren. Zudem gab es Entscheidungen des KOG im Zusammenhang mit verfahrensrechtlichen Aspekten von Hausdurchsuchungen, die Hub-and-Spoke-Absprachen betrafen.⁷ Aus diesen konnte daher allenfalls indirekt auf eine etwaige kritische Einschätzung des KOG betreffend derartige Absprachen geschlossen werden.⁸

IV. Preisempfehlungen und Meistbegünstigungsklauseln

Zunächst stellt das KOG klar, dass auch „vereinbarte Preisempfehlungen“⁹ verboten sein können. So können etwa Preisbindungen durch Nachfrager von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst sein, wenn dadurch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird.¹⁰ Eine derartige Form einer solchen verbotenen Preisbindung seien sogenannte Meistbegünstigungsklauseln. Eine Meistbegünstigungsklausel („Most-Favoured-Customer-Clause“ – MFC) liege vor, wenn ein Abnehmer seinem Lieferanten auferlege, dass dieser seine Waren und Dienste an andere Abnehmer nicht zu günstigeren Preisen verkaufen dürfe.¹¹ Hierdurch würde der Anbieter in seiner Preisfestsetzung rechtlich beschränkt, was einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV begründe.¹²

Diese Festlegung des KOG geht in ihrer Allgemeinheit weit über den Anwendungsbereich von Preisbindungen im LEH hinaus. Tatsächlich sind MFCs in vielerlei Arten von Verträgen üblich. Zwar wurden in letzter Zeit MFCs im Zusammenhang mit Hotelbuchungsplattformen auch durch das deutsche Bundeskartellamt (BKartA) als problematisch identifiziert und gegenüber HRS¹³ und Booking¹⁴ untersagt und sind auch Gegenstand weiterer Untersuchungen des BKartA sowie der Europäischen Kommission (EuK).¹⁵ Allerdings wurde in den genannten Fällen jeweils davon ausgegangen, dass es sich um besondere Konstellationen gehandelt habe und daher MFCs nicht generell unzulässig seien: Beispielsweise wurde im Zusammenhang mit HRS die ungebührlich Erhöhung der Markttransparenz durch die betreffenden Klauseln und die damit verbundene Festlegung eines marktweiten Mindestpreises thematisiert.¹⁶

Die nun getroffene Aussage des KOG über die grundsätzliche Kartellrechtswidrigkeit von Meistbegünstigungsklauseln ist allgemeiner Natur und als solche wohl auch generell zu verstehen. Das wird in der Entscheidung allerdings ohne weitere Erörterung der vielschichtigen rechtlichen und ökonomischen Effekte von MFCs festgehalten.¹⁷ Dies ist vor allem im Hinblick auf die Diskussion, ob und inwiefern MFCs in gewissen Konstellationen sogar wettbewerbsfördernde Effekte zukommen könnten,¹⁸ ein bemerkenswerter Umstand. Auch auf die Frage, ob und inwiefern MFCs in den Anwendungsbereich der Vertikal-GVO fallen können, wurde nicht thematisiert, sind solche Klauseln für sich genommen doch noch keine Kernbeschränkung i. S. d. Art 4 lit. a der Vertikal-GVO.¹⁹ Eine Auseinandersetzung mit diesem Thema wäre wünschenswert gewesen. Für den Bereich der Anwendung des österreichischen Kartellrechts bedeutet diese Aussage des KOG somit einen Paradigmenwechsel, da nun wohl davon auszugehen ist, dass Meistbegünstigungsklauseln grundsätzlich als kartellrechtswidrig zu betrachten sind und nur in Sonderkonstellationen einer Rechtfertigung zugänglich sind.

V. Vertikale Preisabsprachen – Hub-and-Spoke Absprachen

Das KOG geht dann auf vertikale Preisabsprachen im Speziellen ein und stellt zunächst fest, dass diese aufgrund ihres vermeintlich hohen Potentials negativer Auswirkungen auf

4 Vor Rn. 1.

5 Verwaltungsgerichtshof, Beschl. v. 21.1.2015, Ro 2014/04/0063.

6 In der Sache „Lift- und Fahrtreppenkartell“ (16 Ok 5/08) wurden Geldbußen von insg. EUR 75,4 Mio. verhängt, allerdings über fünf Unternehmen zu jeweils unterschiedlichen Teilen.

7 Z. B. KOG, Beschl. v. 5.3.2013, 16 Ok 1/13; KOG, Beschl. v. 26.11.2013, 16 Ok 5/13.

8 KOG, Beschl. v. 26.11.2013, 16 Ok 5/13: „In rechtlicher Hinsicht ist festzuhalten, dass es Umstände geben mag, unter denen eine vertikale Preisbindung keinen Verstoß gegen Art. 101 AEUV bzw. das KartG bewirkt, so etwa bei Vorliegen der Ausnahmebestimmung des Art. 101 Abs. 3 AEUV und bei ganz bestimmten Varianten von Preisabsprachen, nämlich Höchstpreisvereinbarungen. Dass hier solche ausnahmsweisen Umstände vorliegen, ist allerdings nicht erwiesen.“

9 Bei Preisempfehlungen ist eine Vereinbarung insb. dann anzunehmen, wenn eine Zustimmung des Händlers vorliegt; Vgl. auch BWB, Standpunkt zu vertikalen Preisbindungen (abrufbar unter: www.bwb.gv.at), in welcher hohe Anforderungen an die Unverbindlichkeit von Preisempfehlungen gestellt werden.

10 Rn. 5.4.2.

11 Vgl. zur Definition von Meistbegünstigungsklauseln Zimmer, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 1 GWB Rn. 367.

12 Rn. 5.4.3.

13 BKartA Beschl. v. 20.12.2013, B 9-66/10 Rn. 249 ff. – HRS Bestpreis-klausel; bestätigt durch OLG Düsseldorf, Urte. v. 9.1.2015, VI – Kart 1/14 (V), NZKart 2015, 148.

14 Pressemitteilung des BKartA v. 23.12.2015.

15 Diese betreffen etwa Amazon E-Books und deren Tochtergesellschaft Audible; s. dazu Pressemitteilung der Europäischen Kommission v. 11.6.2015 „Kartellrecht: Kommission leitet förmliche Untersuchung der E-Book-Vertriebsvereinbarungen von Amazon ein“; sowie Pressemitteilung des BKartA v. 16.11.

16 BKartA Beschl. v. 20.12.2013, B 9-66/10 Rn. 231.

17 Rn. 5.4.4. ff.

18 Wie etwa die Lösung des Trittbrettfahrerproblems, gesteigerter Qualitätswettbewerb sowie die Steigerung der Markttransparenz und damit einhergehender Such- und Vergleichskosten senkung der Verbraucher; vgl. hierzu Tamke, Kartellrechtliche Beurteilung der Bestpreis-klauseln von Internetplattformen, WuW 2015, 594, 598; Walter, ZWeR 2015, 157, 162; Hamelmann/Haucap/Wey, Die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von Meistbegünstigungsklauseln auf Buchungsplattformen am Beispiel von HRS, ZWeR 2015, 245, 259 f., die der Lösung der Trittbrettfahrerproblematik kritisch gegenüberstehen.

19 Vgl. Leitlinien für vertikale Beschränkungen der Europäischen Kommission v. 19.5.2010, 2010/C 130/01, Rn. 48, wo MFCs nur als ein Mittel zur Unterstützung vertikaler Preisbindungen genannt werden. Vgl. auch Walter, ZWeR 2015, 157, 160; sowie Bahr, in Langen/Bunte, a. a. O., Nach § 2 GWB Rn. 332.

den Wettbewerb²⁰ – insb. auf der (Einzel-)Handelsebene – offenkundige Wettbewerbsbeschränkungen seien. Es handle sich um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung, die stets spürbar sei. Daher könne der Nachweis wettbewerbswidriger Wirkungen unterbleiben. Zumal die mittelbare oder unmittelbare Festsetzung der An- und Verkaufspreise als Beispieltatbestand in Art. 101 Abs. 1 AEUV genannt sei, ergebe sich, dass es sich bei (vertikalen) Preisabsprachen um *Per-se*-Kartellverstöße handle.²¹

Im Folgenden geht das KOG auf die Frage ein, ob es sich bei Sternverträgen (Hub-and-Spoke Absprachen) auch um horizontale oder nur um vertikale Vereinbarungen handelt. Es stellt dabei darauf ab, ob durch ein Bündel koordinierter Vertikalverträge eine (horizontale) Vereinbarung zwischen den Beteiligten bezweckt oder zumindest bewirkt wurde und bejaht dies im konkreten Fall. Dies sei – laut KOG – mit Verweis auf die deutsche Literatur insb. dann anzunehmen, wenn entweder die Wirksamkeit des Einzelvertrages nach dem Willen der Beteiligten von den übrigen Verträgen abhängig sei, die parallelen Bindungen nach der Zielsetzung der Beteiligten also nur im Zusammenwirken sinnvoll seien, oder ob sie auf horizontaler Abstimmung zwischen den gebundenen Unternehmen beruhen. Der Zweck der Vertikalverträge müsse dabei nicht in der horizontalen Abstimmung liegen, es reiche bereits aus, wenn die Vertikalverträge so gestaltet seien, dass man das vertikale Vertragsverhältnis gar nicht eingehen könne, ohne einer horizontal wirkenden Abstimmung zuzustimmen, denn auch zu Art. 101 Abs. 1 AEUV sei anerkannt, dass ein Bündel vertikaler Vereinbarungen einen vertraglichen Rahmen schaffen könne, der eine horizontale Vereinbarung darstelle.²² Dem Einwand der Antragsgegnerin, dass es sich um eine neuartige Kategorie eines kartellrechtlichen Verstoßes handle, die nicht unter das Kartellverbot falle, verwarf das KOG.

Das Ergebnis der materiell-rechtlichen Beurteilung von Hub-and-Spoke Absprachen durch das KOG war grosso modo zu erwarten gewesen. Mitunter war gerade diese Einschätzung der Grund, weshalb die meisten derartigen Verfahren in Österreich durch Settlements beendet wurden. Interessant ist es aber, dass sich das KOG nicht mit den betreffenden „Grauzonen“ und Abgrenzungen zu zulässigem Verhalten auseinandersetzt,²³ denn gerade vertikale Vereinbarungen sind wettbewerbspolitisch ambivalent.²⁴ In diesem Zusammenhang sei u. a. die differenzierte Diskussion erwähnt, unter welchen Umständen eine noch kartellrechtlich zulässige „unverbindliche Preisempfehlung“ vorliegt.²⁵ Es sei auch auf die Stellungnahme der BWB zu vertikalen Preisabsprachen vom Juli 2014 hingewiesen, wobei in gewissen Fällen Preisbindungen (z.B. bei Aktionen) oder zumindest vertiefte Preiskommunikationen als kartellrechtlich erlaubt angesehen wurden.²⁶

VI. Geldbußenbemessung

Nach § 29 Z. 1 lit. a bzw. lit. d KartG ist bei einem vorsätzlichen oder fahrlässigen Verstoß gegen § 1 KartG bzw. gegen Art. 101 AEUV eine Geldbuße von bis zu 10% des Gesamtumsatzes der beteiligten Unternehmen des letzten Geschäftsjahres zu verhängen.

1. Neubemessung der Geldbuße in der Entscheidung

In Anlehnung an die LL Geldbußen²⁷ der EuK führt das KOG aus, dass die optimale Höhe der Geldbuße für einen materiell-rechtlichen Wettbewerbsverstoß der Betrag des erlangten Gewinns zuzüglich einer Marge, die garantiert, dass

die Zuwiderhandlung nicht Folge eines rationalen Kalküls ist, sei. Seiner bisherigen Judikaturlinie getreu verweist das KOG darauf, dass es sich bei der Bußgeldbemessung nicht um das Ergebnis einer bestimmten Rechenoperation handle, sondern eine Ermessensentscheidung sei, bei der alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen seien. In der Folge kommt das KOG jedoch zu dem Schluss, dass das EU-Geldbußensystem und damit auch die LL Geldbußen nicht ohne weiteres heranzuziehen seien, sondern nur insofern als die Wertung nach den österreichischen Normen mit jenen nach den LL Geldbußen vergleichbar sei.²⁸ Mit Bezug auf das deutsche Recht merkt das KOG weiter an, dass die im § 29 KartG vorgesehene Obergrenze von 10% nicht bloß als Kapungsgrenze zu verstehen sei, sondern als Strafraum, innerhalb dessen sich das Kartellgericht bei der Bemessung der Geldbuße zu orientieren habe.²⁹ In weiterer Folge lehnt das KOG die Heranziehung der Geldbuße aus dem Settlement-Verfahren gegen REWE als Maßstab für die Geldbuße im konkreten Verfahren ab. Zum einen, da das KG in einem Settlement-Verfahren die von der BWB beantragte Höhe der Geldbuße nicht überschreiten dürfe,³⁰ und zum anderen, weil Settlement-Verfahren einer Überprüfung durch das KOG entzogen seien. Schließlich könne das Settlement mit REWE auch deshalb nicht als Vergleichsmaßstab herangezogen werden, als in diesem Fall zusätzlich andere Produktgruppen betroffen waren.³¹

Unter Heranziehung der Schwere (Kernverstoß), der Dauer (10 Jahre), des Verschuldensgrades und der Finanzkraft des betroffenen Konzerns bewertet das KOG den Kartellrechtsverstoß jedenfalls als deutlich überdurchschnittlich.³² Das KOG zieht dann den gesamten konsolidierten Konzernumsatz von Spar für das Jahr 2013 in der Höhe von EUR 8,67 Mrd. heran, wovon über EUR 400 Mio. auf Molkereiprodukte entfallen. Es stellt fest, dass die bisher verhängte Geldbuße in der Höhe von EUR 3 Mio. lediglich 0,0346% des Gesamtumsatzes entspreche und somit zu niedrig sei, um die gebotene Abschreckungswirkung zu entfalten. Die Festsetzung der Geldbuße in dieser Höhe wäre nur dann angemessen, wenn man davon ausgehen könne, dass der potentielle Nutzen des festgestellten Kartellverstoßes in jedem Jahr des Verstoßes unter EUR 300.000, in 10 Jahren somit unter EUR 3 Mio. gelegen hätte, was nach Einschätzung des KOG

20 Kritisch Wollmann/Herzog, in Bornkamm/Montag/Säcker, MüKoEuWettbR, 2. Aufl. 2015, Art. 101 Fn. 793: „Beim derzeitigen Stand der wettbewerbsökonomischen Forschung lässt sich nicht sagen, dass es einen allgemeinen Erfahrungssatz gibt, wonach vertikale Preisbindungen ihrer Natur nach schädlich für das Funktionieren des Leistungswettbewerbs sind. Vielmehr bedarf es hier einer stark situationsbezogenen Analyse“.

21 Rn. 5.5.3.

22 Rn. 5.7.4.

23 S. Thyri, KOG zu vertikalen Preisabstimmungen mit „horizontaler Absicherung“ / Bußgeldrahmen, *ecolx* 2016, 65, 66, der die vom KOG eingenommene Position bei der Bewertung der Kartellrechtswidrigkeit von Vertikalabsprachen als zu streng bewertet, so dass die die Gefahr von „false positives“ in der Rechtswidrigkeitsprüfung bestehe.

24 Vgl. zu Preisbindungen Kasten, *Vertikale (mindest-)Preisbindung im Licht des „more economic approach“*, *WuW* 2007, 997, 998.

25 Vgl. etwa Zimmer, in Immenga/Mestmäcker, a. a. O., Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 277; sowie Wollmann/Herzog, in MüKoEuWettbR, a. a. O., Art. 101 AEUV Rn. 255.

26 BWB, Standpunkt zu vertikalen Preisbindungen.

27 Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (ABl. C 210/2006, S. 2 ff. – „LL Geldbußen“).

28 Rn. 6.5.1.

29 Rn. 6.5.3.

30 Vgl. § 36 Abs. 2 KartG.

31 In diesem Zusammenhang kritisiert das KOG auch die bisherige Settlement-Praxis – s. Rn. 6.6.1. f.

32 Rn. 6.8.2.

„lebensfremd“ wäre. Das Höchstgericht setzte daher –ohne nähere Begründung– eine Geldbuße von EUR 30 Mio. fest (etwa 3,5% der gesetzlich möglichen Obergrenze von EUR 867 Mio.).

2. Würdigung

Mit dieser exorbitanten Erhöhung auf das Zehnfache der ursprünglich verhängten Geldbuße setzt das KOG neue Maßstäbe im kartellgerichtlichen Geldbußensystem Österreichs, gab es doch noch keine Geldbußenerhöhung durch das KOG in solchem Ausmaß. Dies wiegt umso schwerer, als Gegenstand der Entscheidung nur eine Produktgruppe war und somit noch 16 Produktgruppen offen sind. Das KOG erteilt damit aber auch allen Spekulationen eine Absage, dass es sich bei der bisherigen Praxis der betreffenden Unternehmen im LEH um eine rechtliche Grauzone handeln könnte. Vielmehr kommt durch die Höhe der Geldbuße der vom KOG in diesem Zusammenhang angenommene Unwertgehalt³³ und auch die Einschätzung des KOG, dass dieser von den betreffenden Unternehmen durchaus abschätzbar war, zum Ausdruck.

Überraschend ist dennoch die Art und Weise der „Berechnung“ der Geldbuße: Nachdem das KOG die Berechnungsmethode nach dem EU-Geldbußensystem, insb. nach den LL Geldbußen der EuK, für diesen Fall ablehnt und als Kriterien den Verschuldensgrad, die Schwere und die Dauer des Verstoßes heranzieht, ist eine detaillierte Berechnung der Geldbuße unter jeweiliger Heranziehung dieser Aspekte aus der Entscheidung nicht erkennbar. Vielmehr ist der Betrag von

EUR 30 Mio., den das KOG dann festlegt, das Ergebnis einer relativ freien Ermessensentscheidung. Vergleicht man dies mit der bisherigen Rspr. des KOG in Geldbußensachen, so stellt man fest, dass in der Vergangenheit zumindest eine Berechnung der ersten Instanz Gegenstand einer detaillierten Nachprüfung durch das KOG war, was viel zur Nachvollziehbarkeit beigetragen hat. So stellte das KOG etwa in seinem *Liftkartell*-Beschluss die Bußgeldbemessung des Erstgerichtes ausführlich dar und kam unter detaillierter Würdigung der jeweils angeführten Erschwerungs- und Milderungsgründe schlussendlich zu demselben nachvollziehbaren Ergebnis wie das Erstgericht.³⁴

VII. Fazit

Die „Spar“-Entscheidung des KOG verdeutlicht wie problematisch Preiskommunikation und Preisbindungen im Einzelhandel aus Kartellrechtssicht sein können. Das erhebliche Strafmaß, mit dem das KOG in diesem Fall vorgeht, verdeutlicht, dass die Argumentation mit „Grauzonen“, die man sozusagen straffrei „austesten“ kann, nicht immer zielführend ist. Leider lässt die Begründung der Entscheidung (insbesondere bzgl. der Festsetzung der Geldbuße) noch einige Fragen offen, deren Beantwortung für zukünftige Fälle von Wert gewesen wäre. ■

³³ S. auch Rn. 5.8.3. sowie 6.8.2.

³⁴ Vgl. KOG, Beschl. v. 8.10.2008, 16 Ok 5/08; vgl. auch KOG, Beschl. v. 12.9.2007, 16 Ok 4/07.

Entscheidungen

Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH)

1 Zum Verhältnis der Kronzeugenmodelle der Union und der Mitgliedstaaten

Art. 101 AEUV, Art. 23 VO 1/2003

1. Die Bestimmungen des Unionsrechts, insbesondere Art. 101 AEUV und die Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln [101 AEUV] und [102 AEUV] niedergelegten Wettbewerbsregeln, sind dahin auszulegen, dass die im Rahmen des Europäischen Wettbewerbsnetzes beschlossenen Instrumente, insbesondere das Kronzeugenregelungsmodell dieses Netzes, für die nationalen Wettbewerbsbehörden nicht verbindlich sind.

2. Die Bestimmungen des Unionsrechts, insbesondere Art. 101 AEUV und die Verordnung Nr. 1/2003, sind dahin auszulegen, dass zwischen dem Antrag auf Erlass der Geldbuße, den ein Unternehmen bei der Europäischen Kommission eingereicht hat oder im Begriff ist einzureichen, und dem für dasselbe Kartell bei einer nationalen Wettbewerbsbehörde eingereichten Kurzantrag kein rechtlicher Zusammenhang besteht, der diese Behörde verpflichtet, den Kurzantrag im Licht des Antrags auf Erlass der Geldbuße zu beurteilen. Ob der Kurzantrag dem bei der Kommission gestellten Antrag inhaltlich genau entspricht oder nicht, ist hierbei ohne Belang.

Ist der inhaltliche Umfang des bei einer nationalen Wettbewerbsbehörde gestellten Kurzantrags enger als der des bei der Kommission gestellten Antrags auf Erlass der Geldbuße, so ist diese nationale Behörde nicht verpflichtet, die Kommission oder das Unternehmen selbst zu kontaktieren, um sich zu vergewissern, ob dieses Unternehmen das Vorliegen konkreter Beispiele für rechtswidrige Verhaltensweisen auf dem Sektor festgestellt hat, der angeblich vom Antrag auf Erlass der Geldbuße, nicht aber vom Kurzantrag umfasst ist.

3. Die Bestimmungen des Unionsrechts, insbesondere Art. 101 AEUV und die Verordnung Nr. 1/2003, sind dahin auszulegen, dass sie eine nationale Wettbewerbsbehörde nicht daran hindern, unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens einen Kurzantrag auf Erlass der Geldbuße eines Unternehmens entgegenzunehmen, das bei der Kommission keinen Antrag auf vollständigen Erlass, sondern auf Ermäßigung der Geldbuße gestellt hat. (Tenor des im Vorabentscheidungsverfahren ergangenen Urteils)

EuGH, Urteil v. 20.1.2016 – C-428/14 – DHL Italien

Zum Sachverhalt: Die italienische Kartellbehörde hat u. a. gegen zwei italienische Konzerngesellschaften von DHL Geldbußen mit der Begründung verhängt, dass sie unter Verstoß gegen Art. 101 AEUV an einem Kartell auf dem Sektor der internationalen Straßenverkehrsdiens-te von und nach Italien beteiligt waren. DHL hatte am 5.6.2007 bei der Kommission einen Kronzeugenantrag gestellt; am 24.9.2007 gewährte die Kommission DHL daraufhin einen bedingten Erlass der Geldbuße für den gesamten Sektor des internationalen Frachtverkehrs,

also für den See-, Luft- und Straßenfrachtverkehr. Die Kommission beschloss aber im Juni 2008, nur den Teil des Kartells zu verfolgen, der die Frachtdienste im internationalen Luftverkehr betraf (vgl. dazu das Urteil des EuG vom 7.10.2014, T-534/11, NZKart 2015, 54, das den Bußgeldbeschluss gegen Schenker betrifft). DHL reichte bei der italienischen Kartellbehörde am 12.7.2007 auf der Grundlage der italienischen Kronzeugenregelung einen „Kurzantrag“ auf Erlass der Geldbuße ein. In diesem Antrag lieferte DHL Informationen, die sich nach Ansicht der italienischen Kartellbehörde nur auf den Sektor des internationalen See- und Luftfrachtverkehrs bezogen, nicht aber auf den Straßenfrachtverkehr. Die Behörde ist der Auffassung, dass nicht der Kronzeugenantrag von DHL, sondern der Antrag der Firma Schenker vom 5.11.2007 erstmals Informationen über den Straßenfrachtverkehr in Italien enthielt. In ihrer Entscheidung vom 15.6.2011 ging die Kartellbehörde davon aus, dass Schenker das erste Unternehmen gewesen sei, das in Italien einen Kronzeugenantrag hinsichtlich des Straßenfrachtverkehrs gestellt habe. Gegen Schenker wurde deswegen, anders als gegen DHL, keine Geldbuße verhängt. DHL focht diese Entscheidung vor dem zuständigen Verwaltungsgericht an; dieses wies die Klage ab. Dagegen legte DHL Rechtsmittel zum Consiglio di Stato (dem italienischen Staatsrat) ein. Sie machte insbesondere geltend, dass die Entscheidung der Kartellbehörde gegen die Grundsätze verstoße, die sich aus der Bekanntmachung über die Zusammenarbeit und dem ECN-Kronzeugenregelungsmodell ergäben. Der Consiglio di Stato legte dem EuGH Fragen zum Verhältnis der EU- und nationalen Kronzeugenregelungen vor.

Zur Einordnung: Das Urteil ist wichtig für das Verhältnis der bei der Kommission und bei den Mitgliedstaaten eingereichten Kronzeugenanträge.

Aus den Gründen: Die erste Frage des vorliegenden Gerichts geht dahin, ob das Unionsrecht dahin auszulegen ist, dass das ECN-Kronzeugenregelungsmodell für die nationalen Wettbewerbsbehörden verbindlich ist:

[30] Nach ständiger Rechtsprechung soll mit dem in Kapitel IV der Verordnung Nr. 1/2003 eingerichteten Mechanismus der Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden eine kohärente Anwendung der Wettbewerbsregeln in den Mitgliedstaaten gewährleistet werden (vgl. in diesem Sinne Urteile X, C-429/07, EU:C:2009:359, Rn. 20, und Tele2 Polska, C-375/09, EU:C:2011:270, Rn. 26).

[31] Gemäß dem 15. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 1/2003 bilden die Kommission und die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten gemeinsam ein Netz von Behörden, die die Wettbewerbsregeln der Union in enger Zusammenarbeit anwenden. Im Hinblick hierauf ist in Ziff. 1 der Bekanntmachung über die Zusammenarbeit ausgeführt, dass dieses Netz ein Diskussions- und Kooperationsforum für die Anwendung und Durchsetzung der Wettbewerbspolitik der Union darstellt.

[32] Hieraus ergibt sich, dass das ECN, mit dem die Diskussion und die Zusammenarbeit bei der Durchführung der Wettbewerbspolitik gefördert werden soll, nicht befugt ist, rechtsverbindliche Regelungen zu erlassen.

[33] Der Gerichtshof hat in diesem Zusammenhang bereits entschieden, dass weder die Bekanntmachung über die Zusammenarbeit noch die Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen (ABl. 2006, C 298, S. 17, im Folgenden: Kronzeugenregelung) für die Mitgliedstaaten verbindlich sind (vgl. Urteil Pfeiderer, C-360/09, EU:C:2011:389, Rn. 21).

[34] Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Bekanntmachung über die Zusammenarbeit und die Kronzeugenregelung, die im Rahmen des ECN erlassen wurden, im Jahr 2004 bzw. 2006 in der Reihe „C“ des Amtsblatts der Europäischen Union veröffentlicht wurden, in der, anders als in

der Reihe „L“ des Amtsblatts, keine rechtlich verbindlichen Rechtsakte, sondern nur Informationen, Empfehlungen und Stellungnahmen betreffend die Union veröffentlicht werden (Urteile Polska Telefonia Cyfrowa, C-410/09, EU:C:2011:294, Rn. 35, und Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, Rn. 30).

[35] Folglich können diese Mitteilungen keine Verpflichtungen für die Mitgliedstaaten begründen.

[36] Was insbesondere die Kronzeugenregelung angeht, die innerhalb der Union den Unternehmen, die mit der Kommission oder mit den nationalen Wettbewerbsbehörden zusammenarbeiten, um rechtswidrige Kartelle aufzudecken, zugute kommt, ist festzustellen, dass weder die Bestimmungen des AEU-Vertrags noch die Verordnung Nr. 1/2003 eine gemeinsame Kronzeugenregelung vorsehen (Urteil Pfeiderer, C-360/09, EU:C:2011:389, Rn. 20). Mangels eines zentralisierten Systems auf Unionsebene für die Entgegennahme und Beurteilung von Anträgen auf Kronzeugenbehandlung in Bezug auf Verstöße gegen Art. 101 AEUV bestimmt die nationale Wettbewerbsbehörde die Behandlung solcher an sie gerichteter Anträge nach Maßgabe des Rechts des Mitgliedstaats, dem sie angehört.

[37] Ferner bezieht sich die Kronzeugenregelung nur auf Kronzeugenprogramme, die von der Kommission durchgeführt werden (Urteil Pfeiderer, C-360/09, EU:C:2011:389, Rn. 21).

[38] In diesem Rahmen ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof bereits entschieden hat, dass das ECN-Kronzeugenregelungsmodell keine verbindliche Wirkung gegenüber den Gerichten der Mitgliedstaaten hat (Urteil Pfeiderer, C-360/09, EU:C:2011:389, Rn. 22).

[39] DHL ist allerdings der Ansicht, dass diese Rechtsprechung nur auf die nationalen Gerichte und nicht auf die nationalen Wettbewerbsbehörden abziele. Das vom Gerichtshof in der Rechtssache Pfeiderer (C-360/09, EU:C:2011:389) gefundene Ergebnis sei nur durch den Umstand gerechtfertigt gewesen, dass die in Rede stehenden Bestimmungen nicht unmittelbar wirksam seien und somit von den nationalen Gerichten in Zivil- oder Verwaltungsrechtsstreitigkeiten nicht angewendet werden könnten.

[40] Diesem Vorbringen kann nicht gefolgt werden.

[41] Da die Mitgliedstaaten nach Art. 35 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1/2003 nationale Gerichte als nationale Wettbewerbsbehörden bestimmen können, könnte zum einen die einheitliche Anwendung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten gefährdet sein. Der verbindliche Charakter des ECN-Kronzeugenregelungsmodells würde nämlich je nach der – gerichtlichen oder administrativen – Natur der nationalen Wettbewerbsbehörden der verschiedenen Mitgliedstaaten variieren.

[42] Zum anderen hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass das von der Kommission mittels der Kronzeugenregelung eingeführte Kronzeugenprogramm für die Mitgliedstaaten nicht verbindlich ist (Urteil Kone u. a., C-557/12, EU:C:2014:1317, Rn. 36). Diese Feststellung gilt auch für das ECN-Kronzeugenregelungsmodell.

[43] Ferner ändert der von DHL vorgebrachte Umstand, wonach sich die nationalen Wettbewerbsbehörden zur Beachtung der in der Bekanntmachung über die Zusammenarbeit genannten Grundsätze förmlich verpflichtet haben, im Hinblick auf das Unionsrecht weder den rechtlichen Stellen

wert dieser Bekanntmachung noch den des ECN-Kronzeugenregelungsmodells.

Die zweite Frage geht dahin, ob die nationale Kartellbehörde verpflichtet ist, einen bei ihr eingereichten Kronzeugen-„Kurzantrag“ im Lichte des bei der Kommission eingereichten ausführlicheren Antrags auf Erlass der Geldbuße zu beurteilen:

[54] Das System der Kronzeugenregelungen beruht auf dem Grundsatz, wonach die Wettbewerbsbehörden das Unternehmen, das seine Beteiligung an einem Kartell anzeigt, von der Zahlung der Geldbuße befreit, wenn es als erstes Informationen übermittelt, aufgrund deren insbesondere ein Verstoß gegen Art. 101 AEUV festgestellt werden kann.

[55] Nach Ziff. 38 der Bekanntmachung über die Zusammenarbeit gilt jedoch in Ermangelung eines unionsweiten Systems vollständig harmonisierter Kronzeugenprogramme ein bei einer bestimmten Behörde gestellter Antrag auf Kronzeugenbehandlung nicht als Antrag auf Kronzeugenbehandlung bei einer anderen Behörde. Wie in Rn. 36 des vorliegenden Urteils festgestellt wurde, bestimmt sich nämlich die Behandlung eines Antrags auf Kronzeugenbehandlung nach dem Recht jedes Mitgliedstaats.

[56] Im Hinblick hierauf weist Rn. 1 des ECN-Kronzeugenregelungsmodells darauf hin, dass es im Interesse der Unternehmen liegt, bei allen Wettbewerbsbehörden, die für die Anwendung von Art. 101 AEUV in dem von der Zuwiderhandlung betroffenen Gebiet zuständig sind und gegebenenfalls als gut geeignet angesehen werden, gegen die fragliche Zuwiderhandlung vorzugehen, eine Kronzeugenbehandlung zu beantragen.

[57] Des Weiteren steht es den nationalen Wettbewerbsbehörden frei, Kronzeugenregelungen zu erlassen, und jede dieser Regelungen ist nicht nur im Verhältnis zu den anderen nationalen Regelungen, sondern auch zur Kronzeugenregelung der Union eigenständig.

[58] Die Koexistenz und die Eigenständigkeit, die somit die Beziehungen zwischen der Kronzeugenregelung der Union und den Kronzeugenregelungen der Mitgliedstaaten kennzeichnen, sind Ausdruck des durch die Verordnung Nr. 1/2003 errichteten Systems paralleler Zuständigkeiten der Kommission und der nationalen Wettbewerbsbehörden.

[59] Hieraus ergibt sich, dass es im Fall eines Kartells, dessen wettbewerbswidrige Auswirkungen möglicherweise in mehreren Mitgliedstaaten auftreten und die folglich das Tätigwerden verschiedener nationaler Wettbewerbsbehörden und der Kommission nach sich ziehen können, im Interesse des Unternehmens liegt, das wegen seiner Beteiligung am betreffenden Kartell an einer Kronzeugenregelung teilhaben möchte, Anträge auf Erlass der Geldbuße nicht nur bei der Kommission zu stellen, sondern auch bei den nationalen Wettbewerbsbehörden, die möglicherweise für die Anwendung von Art. 101 AEUV zuständig sind.

[60] Die Eigenständigkeit der Kronzeugenregelungen muss sich notwendigerweise auf die verschiedenen bei der Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden gestellten Anträge auf Erlass der Geldbuße erstrecken, da diese integraler Bestandteil dieser Regelungen sind. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass sich die Eigenständigkeit dieser Anträge unmittelbar aus dem Umstand ergibt, dass auf Unionsebene kein einheitliches System der Selbstanzeige von Unternehmen besteht, die unter Verstoß gegen Art. 101 AEUV an Kartellen beteiligt sind. Aus dieser Eigen-

ständigkeit ändert es im Übrigen nichts, dass die verschiedenen Anträge denselben Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht zum Gegenstand haben.

[61] Das behauptete Vorliegen eines rechtlichen Zusammenhangs zwischen dem bei der Kommission gestellten Antrag auf Erlass der Geldbuße und dem bei den nationalen Wettbewerbsbehörden gestellten Kurzantrag, der diese Behörden dazu verpflichten soll, den letztgenannten Antrag im Licht des Antrags auf Erlass der Geldbuße zu beurteilen, würde die Eigenständigkeit der verschiedenen Anträge und folglich den Sinn und Zweck des Systems der Kurzanträge selbst in Frage stellen. Dieses System beruht nämlich auf dem Grundsatz, wonach es auf Unionsebene keinen einheitlichen Antrag auf Kronzeugenbehandlung oder einen parallel zu „akzessorischen“ Anträgen gestellten „Hauptantrag“ gibt, sondern Anträge auf Erlass der Geldbuße, die bei der Kommission gestellt werden, und Kurzanträge, die bei den nationalen Wettbewerbsbehörden gestellt werden, deren Beurteilung ausschließlich Sache der Behörde ist, an die diese Anträge gerichtet sind.

[62] In jedem Fall verpflichtet keine Bestimmung des Unionsrechts in Kartellangelegenheiten die nationalen Wettbewerbsbehörden dazu, einen Kurzantrag im Licht eines bei der Kommission gestellten Antrags auf Erlass der Geldbuße auszulegen, unabhängig davon, ob dieser Kurzantrag dem bei der Kommission gestellten Antrag inhaltlich genau entspricht oder nicht.

[63] Was ferner die eventuelle Verpflichtung der nationalen Wettbewerbsbehörde anbetrifft, die Kommission oder das Unternehmen, das bei ihr einen Kurzantrag gestellt hat, zu kontaktieren, wenn dieser Antrag einen engeren inhaltlichen Umfang hat als der Antrag auf Erlass der Geldbuße, ist darauf hinzuweisen, dass – wie der Generalanwalt in Nr. 78 seiner Schlussanträge ausgeführt hat – eine solche Verpflichtung die Pflicht der Antragsteller auf Kronzeugenbehandlung zur Zusammenarbeit, die einer der Pfeiler jeder Kronzeugenregelung ist, abschwächen könnte.

[64] Unter diesen Umständen ist es Sache des Unternehmens, das bei den nationalen Wettbewerbsbehörden die Behandlung nach der Kronzeugenregelung beantragt, sich zu vergewissern, dass keiner seiner Anträge Unsicherheiten hinsichtlich seines Umfangs aufweist, und dies umso mehr, als – wie in Rn. 62 des vorliegenden Urteils ausgeführt wurde – die nationalen Wettbewerbsbehörden nicht verpflichtet sind, einen Kurzantrag im Licht eines bei der Kommission gestellten Antrags auf Erlass der Geldbuße zu beurteilen.

[65] Nur diese Auslegung, die auf der Verpflichtung für das Unternehmen beruht, die nationalen Wettbewerbsbehörden zu informieren, wenn sich herausstellt, dass die tatsächliche Tragweite des Kartells von der bei diesen Behörden oder bei der Kommission erklärten abweicht, ist geeignet, sicherzustellen, dass die Eigenständigkeit der verschiedenen Kronzeugenregelungen gewahrt wird.

[66] Wenn nämlich die den nationalen Wettbewerbsbehörden zur Verfügung stehende bloße Möglichkeit, sich an die Unternehmen, die Kurzanträge bei ihnen eingereicht haben, zu wenden, um ergänzende Informationen zu erhalten, durch eine Verpflichtung ersetzt würde, diese Unternehmen oder die Kommission zu kontaktieren, wenn diese Anträge einen engeren inhaltlichen Umfang haben als die bei der Kommission gestellten Anträge auf Erlass der Geldbuße, würde unter den betreffenden Anträgen eine Hierarchie geschaffen, was

gegen das von der Verordnung Nr. 1/2003 vorgesehene dezentralisierte System verstieße.

Die dritte Frage betrifft das Verhältnis eines „Kurzantrages“ bei einer nationalen Kartellbehörde zu einem umfassenderen Kronzeugenantrag bei der Kommission:

[74] Der dieser Vorlagefrage zugrunde liegende Zweifel des vorlegenden Gerichts ist darauf zurückzuführen, dass nach dem ECN-Kronzeugenregelungsmodell der Rückgriff auf das System der Kurzanträge auf Erlass der Geldbuße auf nationaler Ebene dem Unternehmen offenstand, das bei der Kommission einen Antrag auf Erlass der Geldbuße gestellt hatte, während nicht klar war, ob dies auch für Unternehmen galt, die bei der Kommission eine bloße Ermäßigung der Geldbuße beantragt hatten.

[75] Die Möglichkeit für ein Unternehmen, das nicht als erstes einen Antrag auf Erlass der Geldbuße bei der Kommission gestellt hatte und folglich keinen vollständigen Erlass, sondern nur eine Ermäßigung der Geldbuße erhalten konnte, bei den nationalen Wettbewerbsbehörden einen Kurzantrag auf Erlass zu stellen, war im ECN-Kronzeugenregelungsmodell erst nach den im Laufe des Jahres 2012 in dieser Regelung eingeführten Änderungen ausdrücklich vorgesehen.

[76] Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass der Umstand, dass das ECN-Kronzeugenregelungsmodell in seiner Fassung zum Zeitpunkt des Sachverhalts im Ausgangsverfahren nicht ausdrücklich die Möglichkeit vorsah, dass Unternehmen, die bei der Kommission einen Antrag auf Ermäßigung der Geldbuße gestellt hatten, bei den nationalen Wettbewerbsbehörden einen Kurzantrag auf Erlass der Geldbuße stellen, nicht dahin ausgelegt werden kann, dass er diese Behörden daran hindert, unter diesen Umständen einen solchen Kurzantrag entgegzunehmen.

[77] Wie in Rn. 44 des vorliegenden Urteils ausgeführt, sind nämlich die im Rahmen des ECN beschlossenen Instrumente, insbesondere das ECN-Kronzeugenregelungsmodell, für die nationalen Wettbewerbsbehörden nicht verbindlich. Diese fehlende Verbindlichkeit hat zum einen die Wirkung, dass für die Mitgliedstaaten keine Verpflichtung besteht, die Bestimmungen des ECN-Kronzeugenregelungsmodells in ihre Kronzeugenregelungen zu inkorporieren, und zum anderen, dass ihnen auch nicht verboten werden kann, auf nationaler Ebene Vorschriften zu erlassen, die in diesem Regelungsmodell nicht enthalten sind oder von diesem abweichen, solange diese Zuständigkeit unter Beachtung des Unionsrechts, insbesondere des Art. 101 AEUV und der Verordnung Nr. 1/2003, ausgeübt wird.

[78] Die Zuständigkeit, über die die Mitgliedstaaten für die Festlegung ihrer Kronzeugenregelungen verfügen, muss unter Beachtung des Unionsrechts, insbesondere der Verordnung Nr. 1/2003, ausgeübt werden. Insbesondere dürfen die Mitgliedstaaten die Verwirklichung des Unionsrechts nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren und müssen, speziell im Bereich des Wettbewerbsrechts, dafür sorgen, dass die Vorschriften, die sie erlassen oder anwenden, die wirksame Anwendung der Art. 101 AEUV und 102 AEUV nicht beeinträchtigen (Urteile Pfeiderer, C-360/09, EU:C:2011:389, Rn. 24, sowie Kone u. a., C-557/12, EU:C:2014:1317, Rn. 26).

[79] Der Gerichtshof hat bereits entschieden, dass Kronzeugenprogramme nützliche Instrumente sind, um Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht effizient aufzudecken und zu beenden, und damit der wirksamen Anwendung der

Art. 101 AEUV und 102 AEUV dienen (Urteil Pfeiderer, C-360/09, EU:C:2011:389, Rn. 25).

[80] In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die wirksame Anwendung von Art. 101 AEUV einer nationalen Kronzeugenregelung, die die Entgegennahme eines Kurzantrags auf Erlass der Geldbuße eines Unternehmens, das keinen Antrag auf vollständigen Erlass bei der Kommission gestellt hatte, zulässt, nicht entgegensteht.

[81] Vielmehr entspricht ein solcher Ansatz dem der Errichtung des Systems der Anträge auf Kronzeugenbehandlung zugrunde liegenden Sinn und Zweck. Dieses System soll nämlich insbesondere die Aufdeckung von Verhaltensweisen fördern, die gegen Art. 101 AEUV verstoßen, indem den Kartellbeteiligten ein Anreiz gegeben wird, diese anzuzeigen. Folglich zielt es darauf ab, die Einreichung solcher Anträge zu fördern, und nicht darauf, ihre Anzahl zu begrenzen.

[82] So hat der Gerichtshof entschieden, dass die Kronzeugenregelung den Zweck hat, ein Klima der Unsicherheit innerhalb der Kartelle zu schaffen, um sie zu deren Anzeige bei der Kommission zu ermutigen (Urteil LG Display und LG Display Taiwan/Kommission, C-227/14 P, EU:C:2015:258, Rn. 87). Diese Unsicherheit ergibt sich insbesondere daraus, dass nur ein Kartellbeteiligter einen vollständigen Erlass erlangen kann, und dass die Kommission jederzeit auf seine Initiative hin von diesem Kartell erfahren kann.

[83] In diesem Zusammenhang kann nicht ausgeschlossen werden, dass ein Unternehmen, das bei der Kommission nicht als erstes einen Antrag auf Erlass der Geldbuße gestellt hat und folglich nur eine Ermäßigung der Geldbuße erreichen kann, durch die Einreichung eines Kurzantrags auf Erlass möglicherweise als erstes Unternehmen die nationale Wettbewerbsbehörde vom Bestehen des betreffenden Kartells informiert. In einem solchen Fall – sollte die Kommission ihre Untersuchung hinsichtlich desselben Sachverhalts wie des bei der nationalen Behörde angezeigten nicht weiterverfolgen – könnte das betreffende Unternehmen einen vollständigen Erlass nach der nationalen Kronzeugenregelung erhalten.

Anm. d. Schriftltg.: Das vollständige Urteil ist abrufbar unter BeckRS 2016, 80122. ■

2 Zur Zulässigkeit eines Vermietungsverbots in Geschäftsraummietverträgen

Art. 101 AEUV

1. Art. 101 Abs. 1 AEUV ist dahin auszulegen, dass der Umstand, dass ein Geschäftsraummietvertrag über die Vermietung einer Supermarktfäche in einem Einkaufszentrum eine Klausel enthält, die dem Mieter das Recht einräumt, der Vermietung von Gewerbeflächen in diesem Einkaufszentrum durch den Vermieter an andere Mieter zu widersprechen, für sich genommen nicht bedeutet, dass dieser Vertrag eine Einschränkung des Wettbewerbs im Sinne dieser Bestimmung bezweckt.

2. Geschäftsraummietverträge wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden, bezüglich deren sich nach einer vertieften Prüfung des wirtschaftlichen und rechtlichen Gesamtzusammenhangs, in dem sie stehen, sowie der Besonderheiten des betreffenden relevanten Marktes erweist, dass sie erheblich zu einer möglichen Abschottung dieses Marktes beitragen, können als Vereinbarungen angesehen werden, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs im Sinne von

Art. 101 Abs. 1 AEUV „bewirken“. Die Bedeutung des Beitrags des einzelnen Vertrags zu dieser Abschottung hängt u. a. von der Stellung der Vertragspartner auf diesem Markt und der Laufzeit dieses Vertrags ab. (Tenor des im Vorabentscheidungsverfahren ergangenen Urteils)

EuGH, Urteil v. 26.11.2015 – C-345/14 – Mietvertragsklausel

Zum Sachverhalt: Im Ausgangsrechtsstreit, der vor dem Obersten Gerichtshof in Lettland anhängig ist, geht es um eine Klausel in Mietverträgen, die ein lettischer Supermarktbetreiber („Maxima Latvija“) mit den Vermietern abgeschlossen hat. Danach sind diese verpflichtet, für die Vermietung anderer Räume im jeweiligen Einkaufszentrum die Einwilligung des Supermarktbetreibers einzuholen. Der lettische Wettbewerbsrat sieht in dieser Klausel einen Verstoß gegen Art. 11 Abs. 1 Nr. 7 des lettischen Wettbewerbsgesetzes. Nach dem Obersatz in Art. 11 Abs. 1 sind Vereinbarungen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb Lettlands bezwecken oder bewirken, verboten. In Nr. 7 werden als Beispiele dafür Vereinbarungen über Handlungen genannt, durch die der Eintritt eines möglichen Wirtschaftsbeteiligten in einen bestimmten Markt erschwert wird. Der Wettbewerbsrat verhängte eine Geldbuße. Dagegen erhob Maxima Latvija Nichtigkeitsklage beim zuständigen Verwaltungsgericht. Dieses gab dem Wettbewerbsrat Recht. Der Zweck der Mietvertragsklausel bestehe angesichts der Marktmacht von Maxima Latvija auf dem Einzelhandelsmarkt darin, den Wettbewerb zu behindern; es sei deswegen nicht erforderlich, mögliche Auswirkungen auf den Wettbewerb nachzuweisen. Dagegen legten Maxima Latvija Kassationsbeschwerde ein. Der Oberste Gerichtshof geht davon aus, dass Art. 11 Abs. 1 des lettischen Wettbewerbsgesetzes Art. 101 Abs. 1 AEUV entspreche und deswegen wie dieser auszulegen sei. Auf dieser Grundlage hat er das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt.

Zur Einordnung: Das Urteil ist wichtig für die kartellrechtlichen Beurteilung von Wettbewerbsverboten in Mietverträgen über Geschäftsräume.

Aus den Gründen: Der Gerichtshof prüft zunächst die Frage, ob ein Vorlageverfahren angesichts der Tatsache zulässig ist, dass es um die Auslegung eines nationalen Gesetzes geht:

[11] Es ist zu prüfen, ob der Gerichtshof für die Beantwortung der Vorlagefragen zuständig ist. Wie die Augstākā tiesa (Oberster Gerichtshof) in der Vorlageentscheidung ausgeführt hat, betreffen die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Vereinbarungen nämlich einen rein innerstaatlichen Sachverhalt und haben keine Auswirkung auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten. Daher ist Art. 101 AEUV auf den Ausgangsrechtsstreit nicht anwendbar.

[12] Der Gerichtshof hat insoweit wiederholt seine Zuständigkeit für die Entscheidung über Vorabentscheidungsersuchen bejaht, die Vorschriften des Unionsrechts in Fällen betrafen, in denen der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens nicht in den unmittelbaren Anwendungsbereich des Unionsrechts fiel, diese Vorschriften aber durch das nationale Recht, das sich zur Regelung rein innerstaatlicher Sachverhalte nach den im Unionsrecht getroffenen Regelungen richtete, für anwendbar erklärt worden waren. In solchen Fällen besteht nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs nämlich ein klares Interesse der Europäischen Union daran, dass die aus dem Unionsrecht übernommenen Bestimmungen oder Begriffe unabhängig davon, unter welchen Voraussetzungen sie angewandt werden sollen, einheitlich ausgelegt werden, um künftige Auslegungsunterschiede zu vermeiden (vgl. u. a. Urteile Allianz Hungária Biztosító u. a., C-32/11, EU:C:2013:160, Rn. 20, und FNV Kunsten Informatie en Media, C-413/13, EU:C:2014:2411, Rn. 18).

[13] Dies ist nach Ansicht des vorlegenden Gerichts bei Art. 11 Abs. 1 des Wettbewerbsgesetzes der Fall, da diese Bestimmung den wesentlichen Inhalt von Art. 101 Abs. 1 AEUV übernimmt.

Der Gerichtshof fasst seine Rechtsprechung zur bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung zusammen:

[16] Es ist darauf hinzuweisen, dass Vereinbarungen nur dann unter das Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen, wenn sie eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs seit dem Urteil LTM (56/65, EU:C:1966:38) weist der durch die Konjunktion „oder“ gekennzeichnete alternative Charakter dieser Voraussetzung darauf hin, dass zunächst der eigentliche Zweck der Vereinbarung in Betracht zu ziehen ist, wobei die wirtschaftlichen Begleitumstände ihrer Durchführung zu berücksichtigen sind (vgl. u. a. Urteile Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, C-439/09, EU:C:2011:649, Rn. 34 und die dort angeführte Rechtsprechung, sowie Allianz Hungária Biztosító u. a., C-32/11, EU:C:2013:160, Rn. 33).

[17] Wenn feststeht, dass eine Vereinbarung einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt, brauchen ihre Auswirkungen auf den Wettbewerb dementsprechend nicht geprüft zu werden. Lässt jedoch die Prüfung des Inhalts der Vereinbarung keine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen, sind ihre Auswirkungen zu untersuchen, und es müssen, damit sie vom Verbot erfasst wird, Umstände vorliegen, aus denen sich insgesamt ergibt, dass der Wettbewerb tatsächlich spürbar verhindert, eingeschränkt oder verfälscht worden ist (Urteil Allianz Hungária Biztosító u. a., C-32/11, EU:C:2013:160, Rn. 34, vgl. in diesem Sinne Urteile CB/Kommission, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, Rn. 52, und Dole Food und Dole Fresh Fruit Europe/Kommission, C-286/13 P, EU:C:2015:184, Rn. 116).

[18] Der Gerichtshof hat entschieden, dass der Begriff der „bezweckten“ Wettbewerbsbeschränkung eng auszulegen ist und nur auf bestimmte Arten von Koordinierung zwischen Unternehmen angewandt werden kann, die den Wettbewerb hinreichend beeinträchtigen, damit davon ausgegangen werden kann, dass die Prüfung ihrer Auswirkungen nicht notwendig ist (vgl. in diesem Sinne Urteil CB/Kommission, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, Rn. 58). Diese Rechtsprechung liegt darin begründet, dass bestimmte Formen der Kollusion zwischen Unternehmen schon ihrem Wesen nach als schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs angesehen werden können (Urteil CB/Kommission, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, Rn. 50 und die dort angeführte Rechtsprechung).

[19] Insoweit steht fest, dass bestimmte kollusive Verhaltensweisen, wie z. B. diejenigen, die zur horizontalen Festsetzung der Preise durch Kartelle führen, als ihrem Wesen nach geeignet angesehen werden können, negative Auswirkungen auf insbesondere den Preis, die Menge oder die Qualität der Waren und Dienstleistungen zu haben, so dass für die Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV der Nachweis, dass sie konkrete Auswirkungen auf den Markt haben, als überflüssig erachtet werden kann (vgl. in diesem Sinne u. a. Urteil Clair, 123/83, EU:C:1985:33, Rn. 22). Die Erfahrung zeigt nämlich, dass solche Verhaltensweisen Minderungen der Produktion und Preiserhöhungen nach sich ziehen, die zu einer schlechten Verteilung der Ressourcen zulasten insbesondere der Verbraucher führen (Urteil CB/Kommission, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, Rn. 51).

[20] In Anbetracht dieser Rechtsprechung liegt das wesentliche rechtliche Kriterium bei der Ermittlung, ob eine Vereinbarung eine „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkung enthält, daher in der Feststellung, dass eine solche Vereinbarung in sich selbst eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen lässt, die die Annahme rechtfertigt, dass eine Prüfung ihrer Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht erforderlich ist (vgl. in diesem Sinne Urteil CB/Kommission, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, Rn. 57).

Der Gerichtshof begründet sodann, dass die streitige Klausel für sich genommen keine Wettbewerbsbeschränkung „bezweckt“:

[21] Im vorliegenden Fall geht aus den dem Gerichtshof vorgelegten Akten hervor, dass Maxima Latvija mit den Einkaufszentren, mit denen sie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Verträge geschlossen hat, nicht im Wettbewerb steht. Zwar hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass ein Umstand dieser Art keineswegs die Möglichkeit ausschließt, dass eine Vereinbarung eine „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkung enthalten kann (vgl. in diesem Sinne Urteil Allianz Hungária Biztosító u.a., C-32/11, EU:C:2013:160, Rn. 43 und die dort angeführte Rechtsprechung), jedoch ist festzustellen, dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Vereinbarungen nicht zu den Vereinbarungen gehören, bezüglich deren feststeht, dass sie schon ihrem Wesen nach als schädlich für das gute Funktionieren des Wettbewerbs angesehen werden können.

[22] Selbst wenn die im Ausgangsverfahren streitige Klausel möglicherweise eine Einschränkung des Zugangs der Wettbewerber von Maxima Latvija zu bestimmten Einkaufszentren zur Folge hätte, in denen diese Gesellschaft einen Supermarkt betreibt, würde dieser Umstand – sein Vorliegen unterstellt – nicht offensichtlich bedeuten, dass die Verträge, die diese Klausel enthalten, schon aufgrund des Wesens dieser Klausel den Wettbewerb auf dem relevanten Markt, d. h. dem örtlichen Markt des Lebensmitteleinzelhandels, verhindern, einschränken oder verfälschen.

[23] In Anbetracht der wirtschaftlichen Begleitumstände der Durchführung von Vereinbarungen wie den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden würde die Prüfung des Inhalts dieser Vereinbarungen es nämlich im Hinblick auf die vom vorlegenden Gericht übermittelten Akten nicht erlauben, eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs eindeutig festzustellen, die hinreichend wäre, um diese Vereinbarungen als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV ansehen zu können.

Im Folgenden geht es um die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine solche Klausel eine Wettbewerbsbeschränkung „bewirkt“:

[26] Der Gerichtshof hat insoweit entschieden, dass bei der Beurteilung der Wirkungen einer Wettbewerbsvereinbarung der wirtschaftliche und rechtliche Gesamtzusammenhang zu berücksichtigen ist, in dem die Vereinbarung steht und zusammen mit anderen zu einer kumulativen Auswirkung auf den Wettbewerb führen kann (Urteil Delimitis, C-234/89, EU:C:1991:91, Rn. 14 und die dort angeführte Rechtsprechung, sowie Beschluss Unilever Bestfoods/Kommission, C-552/03 P, EU:C:2006:607, Rn. 84).

[27] Im vorliegenden Fall bedeutet die Beurteilung der Auswirkungen der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Verträge auf den Wettbewerb erstens, dass sämtliche Umstände zu berücksichtigen sind, die für den Zugang zum relevanten Markt bestimmend sind, um zu beurteilen, ob ein

Mitbewerber in den Einzugsgebieten, in denen die von diesen Verträgen erfassten Einkaufszentren liegen, wirkliche und konkrete Möglichkeiten besitzt, dort u. a. durch die Belegung von Gewerbeflächen, die sich in anderen Einkaufszentren in diesen Gebieten befinden, oder durch die Belegung anderer Gewerbeflächen außerhalb dieser Einkaufszentren Fuß zu fassen. Hierbei sind u. a. die Verfügbarkeit und die Zugänglichkeit des Gewerbezuges in den betreffenden Einzugsgebieten sowie das Bestehen wirtschaftlicher, administrativer oder rechtlicher Hindernisse zu berücksichtigen, die dem Zugang neuer Mitbewerber zu diesen Gebieten entgegenstehen (vgl. entsprechend Urteil Delimitis, C-234/89, EU:C:1991:91, Rn. 20 und 21).

[28] Zweitens sind die Bedingungen zu beurteilen, unter denen der Wettbewerb auf dem relevanten Markt stattfindet. Hierbei geht es nicht nur um die Zahl und die Größe der auf diesem Markt tätigen Wirtschaftsteilnehmer, sondern auch um den Grad der Konzentration dieses Marktes, die Treue der Verbraucher zu bestehenden Geschäften und die Konsumgewohnheiten (vgl. entsprechend Urteil Delimitis, C-234/89, EU:C:1991:91, Rn. 22).

[29] Nur wenn nach einer vertieften Prüfung des wirtschaftlichen und rechtlichen Gesamtzusammenhangs, in dem die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Verträge stehen, sowie der Besonderheiten des relevanten Marktes festgestellt wird, dass der Zugang zu diesem Markt durch die Gesamtheit aller auf diesem Markt festgestellten gleichartigen Verträge erschwert wird, ist danach zu prüfen, inwieweit diese zu einer möglichen Abschottung dieses Marktes beitragen, wobei nur solche Vereinbarungen verboten sind, die erheblich zu dieser Abschottung beitragen (vgl. entsprechend Urteil Delimitis, C-234/89, EU:C:1991:91, Rn. 23 und 24). Die Bedeutung des Beitrags jedes dieser im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Verträge zu dieser kumulativen Abschottungswirkung hängt von der Stellung der Vertragspartner auf dem betreffenden Markt und der Laufzeit der Verträge ab (vgl. entsprechend Urteil Delimitis, C-234/89, EU:C:1991:91, Rn. 25).

[30] Darüber hinaus ist klarzustellen, dass nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs Art. 101 Abs. 1 AEUV diese Beurteilung nicht auf tatsächliche Auswirkungen der betreffenden Vereinbarung oder Verhaltensweise auf den Wettbewerb beschränkt, sondern auch zur Berücksichtigung ihrer potenziellen Auswirkungen verpflichtet (vgl. in diesem Sinne Urteil Asnef-Equifax und Administración del Estado, C-238/05, EU:C:2006:734, Rn. 50 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Anm. d. Schriftltg.: Das vollständige Urteil ist abrufbar unter BeckRS 2015, 81865. ■

Gericht der Europäischen Union (EuG)

3 Zur Geldbußenbemessung beim Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Art. 102 AEUV, Art. 23 VO 1/2003, Geldbußenleitlinien 2006

1. Die Befugnis zur unbeschränkten Nachprüfung einer Geldbußenentscheidung durch das Gericht hat nur Bedeutung für den Fall, dass ein materieller Rechtsverstoß anzunehmen ist; Gegenstand der Nachprüfung sind dann die Schlussfolgerungen, die aus dem Rechtsverstoß zu ziehen sind. Wenn die Angriffe gegen die Begründung der Bußgeldhöhe durch die Kommission

sich als unrichtig erweisen, hat das Gericht keinen Anlass, die Geldbußenfestsetzung durch die Kommission durch eine eigene Beurteilung zu ersetzen.

2. Die Notwendigkeit, in einer Entscheidung über die Feststellung einer Zuwiderhandlung nach Art. 7 Abs. 1 S. 4 VO 1/2003 zu begründen, dass die Kommission ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Zuwiderhandlung habe, gilt nicht für Bußgeldentscheidungen.

3. Die Kommission ist unter dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs nicht verpflichtet, in den Beschwerdepunkten Ausführungen zur beabsichtigten Höhe der Geldbuße zu machen; es reicht aus, wenn sie ohne Detaillierung darlegt, welche Gesichtspunkte sie bei der Bußgeldbemessung berücksichtigen werde.

4. Die Kommission ist nicht verpflichtet, bei einem Verstoß gegen Art. 102 AEUV die Auswirkungen des rechtswidrigen Verhaltens auf den Markt zu prüfen. Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist genügt, wenn bei der Bemessung der Geldbuße die Dauer und Schwere der Tat entsprechend Ziff. 19 bis 22 der Geldbußenleitlinien von 2006 berücksichtigt worden sind. (Leitsätze der Redaktion)

EuG, Urteil v. 17.12.2015 – T-486/11 – *Orange Polska*

Zum Sachverhalt: Die Kommission hat im Beschluss vom 22.6.2011 gegen *Orange Polska* wegen eines Verstoßes gegen Art. 102 AEUV eine Geldbuße von EUR 127.554.194 verhängt. *Orange Polska* ist Rechtsnachfolgerin der *Telekomunikacja Polska S.A.* (T.P.). Die Kommission war der Auffassung, dass T.P. ihre marktbeherrschende Stellung auf den Großhandelsmärkten für den Breitbandzugang und für den Zugang zur physikalischen Netzwerk-Infrastruktur durch Zugangsverweigerungen an unabhängige Telekommunikationsanbieter (alternative operators, „AOs“) missbraucht habe. *Orange Polska* griff mit ihrer Klage nicht die materiell-rechtliche Beurteilung als Missbrauch an, sondern machte mit einer Vielzahl von Argumenten geltend, dass keine Geldbuße hätte verhängt werden dürfen oder dass diese jedenfalls überhöht sei.

Zur Einordnung: Das Urteil ist von Bedeutung für die Überprüfung eines Bußgeldbeschlusses der Kommission trotz der Befugnis zur unbeschränkten Nachprüfung (Art. 31 VO 1/2003, Art. 267 AEUV) und für die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf die Höhe der Geldbuße.

Aus den Gründen: Das Gericht macht zunächst grundlegende Ausführungen zu seiner Befugnis zur unbeschränkten Nachprüfung:

[64] It is important, however, to note at the outset that, in support of its claim for adjustment, the applicant relies on two pleas in law, the first of which alleges an error of law and of assessment with respect to the calculation of the basic amount of the fine, and the second of which alleges errors of law and of assessment as well as a failure to take account of mitigating circumstances. It is clear that those pleas ask the Court to penalise non-compliance with a legal rule and are thus such, if well founded, as to lead to the partial annulment of the contested decision. They thus fall within the Court's review of legality and not, as such, within its unlimited jurisdiction.

[65] It must be recalled that the unlimited jurisdiction conferred, pursuant to Article 261 TFEU, on the Court by Article 31 of Regulation No 1/2003 empowers the Court – In addition to carrying out a mere review of legality of the penalty, which enables the Court only to dismiss the action for annulment or to annul the contested measure – to substitute its own appraisal for the Commission's and, consequently, to vary the contested measure, even without annulling it, taking into account all the factual circumstances, by amending, in particular, the fine imposed where the question

of the amount of the fine is before it (see, to that effect, judgments of 8 February 2007 in *Groupe Danone v Commission*, C-3/06 P, ECR, EU:C:2007:88, paragraphs 61 and 62; of 3 September 2009 in *Prym and Prym Consumer v Commission*, C-534/07 P, ECR, EU:C:2009:505, paragraph 86; and of 5 October 2011 in *Romana Tabacchi v Commission*, T-11/06, ECR, EU:T:2011:560, paragraph 265).

[66] It is also apparent from the case-law that an action in which the Court is asked to exercise its unlimited jurisdiction with respect to a decision imposing a penalty, a jurisdiction conferred by Article 261 TFEU, but exercised pursuant to Article 263 TFEU, necessarily comprises or includes a request for the annulment, in full or in part, of that decision (see, to that effect, order of 9 November 2004 in *FNICGV v Commission*, T-252/03, ECR, EU:T:2004:326, paragraph 25).

[67] It is therefore only after the Court has finished reviewing the legality of the decision referred to it, in the light of the pleas in law submitted to it and of grounds which, where applicable, it has raised of its own motion, that, in the event that it does not annul the decision in full, it is to exercise its unlimited jurisdiction in order, first, to draw the appropriate conclusions from its findings with respect to the lawfulness of that decision and, secondly, to establish, according to the information which has been brought to its attention (see, to that effect, judgments of 8 December 2011 in *KME Germany and Others v Commission*, C-389/10 P, ECR, EU:C:2011:816, paragraph 131, and 10 July 2014 in *Telefónica and Telefónica de España v Commission*, C-295/12 P, ECR, EU:C:2014:2062, paragraph 213), whether it is appropriate, on the date on which it adopts its decision (judgments of 11 July 2014, *Esso and Others v Commission*, T-540/08, ECR, EU:T:2014:630, paragraph 133; *Sasol and Others v Commission*, T-541/08, ECR, EU:T:2014:628, paragraph 438; and *RWE and RWE Dea v Commission*, T-543/08, ECR, EU:T:2014:627, paragraph 257), to substitute its own assessment for that of the Commission, so that the amount of the fine is appropriate.

[68] Consequently, the pleas put forward by the applicant in support of its claim for adjustment will be examined in the light of its claim for annulment, since, in actual fact, they raise questions of pure legality. If those pleas were to prove well founded, bearing in mind that they are not such as to lead to the annulment in full of the contested decision (see paragraph 64 above), account would be taken of them by way of the Court's unlimited jurisdiction. Similarly, if it followed from the examination of those pleas that a particular complaint, relating, for example, to considerations of fairness (see, to that effect, judgment of 17 December 1959 in *Macchiorlatti Dalmás v High Authority*, 1/59, ECR, EU:C:1959:29, p. 425), could support that claim for adjustment, that complaint would naturally be examined in that way.

Die Klägerin machte geltend, dass die Kommission auch in einer Bußgeldentscheidung nach Art. 7 Abs. 1 S. 4 VO 1/2003 begründen müsse, weshalb sie ein berechtigtes Interesse an der Entscheidung habe:

[75] That provision must be read in the light of the statement of reasons for the Proposal for a Council Regulation on the implementation of the rules on competition laid down in Articles [101 TFEU] and [102 TFEU] and amending Regulations (EEC) No 1017/68, (EEC) No 2988/74, (EEC) No 4056/86 and (EEC) No 3975/87 ('Regulation implementing Articles [101 TFEU] and [102 TFEU]') (OJ 2000 C 365

E, p. 284). The statement of reasons relating to Article 7 explains that in that provision ‘the Commission is empowered to adopt a decision finding an infringement not only when it orders the termination of an infringement or imposes a fine, but also where the infringement has already come to an end and no fine is imposed. In conformity with the case-law of the Court of Justice, however, the power of the Commission to adopt an infringement decision in such circumstances is limited to cases where it has a legitimate interest in doing so. This may be the case where there is a danger that the addressee might re-offend, or where the case raises new issues clarification of which is in the public interest’.

[76] It follows from the above that the Commission must establish the existence of a legitimate interest in finding an infringement where both the infringement has ceased and the Commission does not impose a fine.

[77] That conclusion is consistent with the case-law of the Court cited by the applicant in its pleadings and with more recent case-law which, in essence, acknowledges the existence of a link between, on the one hand, the obligation imposed on the Commission to demonstrate a legitimate interest in finding an infringement and, on the other, the time-limit on its power to impose fines. The Court has held that the time-limit on the Commission’s power to impose fines could not affect its implicit power to find that an infringement had been committed. However, the exercise of that implicit power to adopt a decision establishing an infringement after expiry of the limitation period is conditional on the Commission showing a legitimate interest in making such a finding (judgments of 16 November 2006 in *Peróxidos Orgánicos v Commission*, T-120/04, ECR, EU:T:2006:350, paragraph 18, and of 6 February 2014 in *Elf Aquitaine v Commission*, T-40/10, EU:T:2014:61, paragraphs 282 and 284 to 287).

[78] It follows that the interpretation of Article 7(1) of Regulation No 1/2003 put forward by the applicant, to the effect that the Commission must show a legitimate interest in finding an infringement which occurred in the past, notwithstanding the fact that it is punishing that infringement by a fine, is incorrect. Since that institution is not subject, in that respect, to the obligation to state reasons, the first complaint of the plea in law must be dismissed.

[79] Next, inasmuch as, in the present case, it is undisputed that the Commission’s power to impose fines was not time-barred and that the Commission decided to impose a fine on TP, the applicant claims incorrectly that the Commission erred in law in that it failed to show, in the contested decision, the existence of a legitimate interest in finding an infringement which occurred in the past. The second complaint of the first plea in law must therefore also be rejected.

[80] Consequently, this plea must be dismissed as unfounded, as must, accordingly, the head of claim seeking the annulment in full of the contested decision.

Die Klägerin warf der Kommission vor, diese habe ihre Verteidigungsrechte dadurch verletzt, dass sie in den Beschwerdepunkten nicht im Einzelnen dargelegt habe, wie und mit welchen Gründen sie die Geldbuße bemessen werde:

[90] In that regard, it should be observed that, according to settled case-law, provided that the Commission indicates expressly in the statement of objections that it will consider whether it is appropriate to impose fines on the undertakings concerned and that it also sets out the principal elements of fact and of law that may give rise to a fine, such as the

gravity and the duration of the alleged infringement and the fact that it has been committed intentionally or negligently, it respects the undertakings’ right to be heard. In doing so, it provides them with the necessary elements to defend themselves not only against a finding of infringement but also against the fact of being fined (see judgment of 25 October 2005 in *Groupe Danone v Commission*, T-38/02, ECR, EU:T:2005:367, paragraph 50 and the case-law cited).

[91] Settled case-law further states that so far as the setting of the amount of the fines is concerned, the rights of defence of the undertakings in question are guaranteed before the Commission by virtue of the fact that they have the opportunity to make submissions on the duration, the gravity and the foreseeability of the anti-competitive nature of the infringement. Moreover, undertakings have an additional guarantee, as regards the setting of the amount of the fine, in that the Court has unlimited jurisdiction and may in particular cancel or reduce the fine pursuant to Article 31 of Regulation No 1/2003. The Court has therefore concluded that the Commission was entitled to confine itself to indicating, without further details, in the statement of objections that it would take account of the individual role played by each undertaking in the agreements in question and that the amount of the fine would reflect any aggravating or mitigating circumstances, since the Guidelines on the method of setting fines detail the circumstances which may be regarded as such (see judgment of 27 September 2012 in *Koninklijke Wegenbouw Stevin v Commission*, T-357/06, ECR, EU:T:2012:488, paragraph 217 and the case-law cited).

[92] The arguments raised by the applicant in this plea should be examined in the light of the principles recalled in paragraphs 90 and 91 above.

[93] Before carrying out that examination, it should also be stated, first, that the rules set out in the judgment in *Koninklijke Wegenbouw Stevin v Commission* (cited in paragraph 91 above, EU:T:2012:488) apply to both aggravating and mitigating circumstances. The rule laid down by the Court requires the Commission to state, in the statement of objections, that it will take account of the factors that may affect the final amount of the fine, and that includes both aggravating circumstances and mitigating circumstances.

[94] Secondly, it should be noted that, contrary to what the applicant submits, the principles set out in paragraphs 90 and 91 above were not affected by the entry into force of the Lisbon Treaty or by the statements put forward by the Commission in its notice on best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 [TFEU] and 102 TFEU (OJ 2011 C 308, p. 6).

[95] It is clear from the case-law of the Court of Justice, elaborated in the context of the application of Article 47 of the Charter of Fundamental Rights, that the entry into force of the Lisbon Treaty, incorporating the Charter of Fundamental Rights into European Union primary law, has not substantially changed the content of the right to a fair trial, as it derives inter alia from Article 6 ECHR and as recognised at EU level as a general principle of EU law (see, to that effect, judgment of 3 May 2012 in *Legris Industries v Commission*, C-289/11 P, EU:C:2012:270, paragraph 36 and the case-law cited). Those considerations may be extended to the right to be heard and, more broadly, to the rights of the defence as a whole, relied on by the applicant, to the extent that those rights help to ensure that a fair trial is held.

[96] Moreover, with respect to the notice on best practices, referred to in paragraph 94 above, it is clear that, given the fact that it was published on 20 October 2011, that is to say, several months after the adoption of the contested decision, it is not applicable in this case, pursuant to point 6 of that notice (see, by analogy, judgment of 17 May 2011 in *Elf Aquitaine v Commission*, T-299/08, ECR, EU:T:2011:217, paragraph 148).

[97] With respect to the application of the rules arising from the case-law referred to in paragraphs 90 and 91 above, in the present case, it should be noted, first, that in paragraph 522 of the statement of objections, the Commission stated its intention to impose a fine on TP in respect of an abuse characterised as a refusal to provide services. In the following paragraphs of that document, the Commission indicated that it was of the opinion that the abuse by TP had been committed intentionally or negligently and that TP was aware that its conduct could affect competition in the internal market. Secondly, the Commission stated in paragraph 524 of the statement of objections that, in determining the amount of the fine, it would take account of all the relevant circumstances of the case, in particular the gravity and duration of the infringement, and that it would apply the rules set out in the 2006 Guidelines. With respect to the gravity of the infringement, the Commission stated, in paragraph 528 of the statement of objections, that it would take account of its nature, its actual impact on the market where it was measurable, and the extent of the affected geographic market. With respect to the duration of the infringement, the Commission stated, in paragraph 529 of the statement of objections, that the infringement had started at the latest on 3 August 2005 and that it had not yet ended. Thirdly, the Commission stated, in paragraph 525 of the statement of objections, that the amount of the fine could be affected by a possible taking into account of the aggravating or mitigating circumstances listed in points 28 and 29 of those guidelines.

[98] Furthermore, it is clear from the letter of facts, which is composed of a series of written exchanges between the Commission and TP and which was sent to TP after the hearing, that the Commission provided guidance with respect to the value of sales, as defined in point 13 of the 2006 Guidelines, that it was going to use to calculate the basic amount of the fine.

[99] The items listed in paragraphs 97 and 98 above support the conclusion that, in the present case, the Commission observed the principles set out in paragraphs 90 and 91 above. The arguments put forward by the applicant do not call that conclusion into question.

Die Klägerin beanstandete, dass die Kommission nicht die konkreten Auswirkungen ihres Verhaltens auf den Markt berücksichtigt habe; sie berief sich insoweit auch auf Ziff. 1 A, 1. Abs. der Geldbußenleitlinien 1998:

[163] The 2006 Guidelines, applied by the Commission in order to calculate the amount of the fine imposed in this case, no longer provide for the taking account of the 'actual impact on the market, where this can be measured' during the assessment of the gravity of a particular infringement. According to point 22 of the 2006 Guidelines, in order to decide whether the proportion of the value of sales determined by reference to the gravity should be at the lower end or at the higher end of the scale of up to 30 %, the Commission is to have regard to a number of factors, such as the nature of the infringement, the combined market share of all the parties involved, the geographic scope of the infringement

and whether or not the infringement has been implemented. It is apparent therefrom that, as a general rule, the Commission is not obliged to take into consideration the actual impact of the infringement on the market when determining the proportion of the value of sales established by reference to gravity. However, since the list of factors in point 22 of the guidelines is not exhaustive, the Commission may, if it considers it appropriate to do so, take account of the actual impact of the infringement on the market in order to increase that proportion. In such a case, it is appropriate to consider that the case-law cited in the preceding paragraph also applies in respect of the 2006 Guidelines, so that the Commission must provide specific, credible and adequate evidence making it possible to assess the actual impact that the infringement could have had on competition in that market.

[164] Secondly, it should be noted that the present part of the first plea contains two sets of argument, the first alleging failure to state reasons. By those arguments, the applicant and PIIT submit that the Commission based its assessment of the gravity of the infringement on the actual negative effects that the infringement by TP had on competition and consumers. They claim that, in the contested decision, the Commission merely examined the likely effects of that infringement and therefore did not provide an adequate statement of reasons, having regard to the judgment in *Deltafina v Commission*, cited in paragraph 158 above (EU: T:2010:355, paragraph 248), with respect to the existence of its actual effects. By the arguments grouped together in the second set, the applicant and PIIT seek to demonstrate errors allegedly committed by the Commission in assessing the likely effects of the infringement.

[165] First, as regards the arguments in the first set, it should be recalled that the statement of reasons required under Article 296 TFEU for measures of institutions of the European Union must be assessed by reference to the circumstances of the case, in particular the content of the measure in question, the nature of the reasons given and the interest which the addressees of the measure, or other persons to whom it is of direct and individual concern, may have in obtaining explanations (judgment of 25 June 2014 in *Nexans and Nexans France v Commission*, C-37/13 P, ECR, EU:C:2014:2030, paragraphs 31 and 32).

[166] In the present case, it should be noted that the Commission's assessment of the gravity of the infringement in recitals 899 to 908 of the contested decision is divided into four parts, the first three relating to the nature of the infringement, market share and the geographical scope of the infringement, the fourth being a summary. In recital 906 of the contested decision within that summary, the Commission stated that, in determining the proportion of the value of sales which was to be retained for the purposes of setting the basic amount of the fine, it had taken into account, in particular, the nature of the infringement, its geographical scope, market share, and the fact that the infringement had been implemented.

[167] The passage that the applicant disputes is in recital 902 of the contested decision, which is contained in the part on the assessment of the nature of the infringement. In that part, the Commission stated, first of all, that an abuse of a dominant position in the form of a refusal to provide a service, by TP, had been condemned on numerous occasions both by itself and by the Courts of the European Union (recital 899 of the contested decision). It stated that the product markets in question were of considerable economic

importance and that they played an important role in building the information society, as broadband connections are a factor which conditions the supply of various digital services to end consumers (recital 900). The Commission also took into account the fact that TP was the only owner of a nationwide telecommunications network and that, accordingly, AOs wishing to provide services based on DSL technology were totally dependent on it (recital 901).

[168] In recital 902, the Commission noted the following:

‘Also, as described in section VIII.1, conduct of TP may be deemed abusive and aiming at eliminating competition from the retail market or at least delaying their entry and growth on this market. Also, as indicated in [recital] (892), TP was aware of the fact that its conduct infringes the law. That has a negative impact on the competition and consumers who are faced with high prices, poorer choice and limited number of innovative products.’

[169] The reasons given by the Commission in recitals 899 to 906 of the contested decision leave no room for doubt as to the factors on which the Commission based its assessment of the gravity of the infringement and which are: the nature of the infringement, its geographical scope, the relevant market share held by TP and the implementation of the infringement by TP. Contrary to what the applicant and PIIT argue, the Commission did not state in recital 902 of the contested decision, and neither can it be inferred in any way from that recital, read in the light of the statement of reasons as a whole relating to the gravity of the infringement, that it had taken into account the actual effects of the infringement on the market and on consumers in determining, on the basis of that gravity, the proportion of the value of sales which had to be taken into account for the purposes of fixing the basic amount of the fine. In particular, the sentence referred to by the applicant can only be read as referring, in a general and abstract manner, to the nature of the infringement and to the fact that, to the extent that it was deliberate and was intended to eliminate competition on the retail market or to delay the evolution of that market, it had the capacity to adversely affect competition and consumers.

[170] In that regard, it should be added that the findings made in the first and second sentences of the recital in question, concerning the elimination of competition in the retail market and the intentional nature of the infringement, are illustrated by the reference, first, to section VIII.1 of the contested decision, in which the Commission describes TP’s strategy of seeking to restrict competition at all stages of the procedure for AOs to access its network and, secondly, to recital 892 of the contested decision, in which it provided reasons for its finding that the infringement had been committed intentionally. By contrast, the last sentence of recital 902 contains no reference to section X.4.4 of the contested decision, in which the Commission presented its comments on the likely effects of the infringement.

[171] It follows that the Commission did not take account, in assessing the gravity of the infringement, of the actual effects of TP’s infringement on the relevant markets, nor the likely effects of that infringement, which it examined in section X.4.4 of the contested decision. In accordance with the case-law cited in paragraph 162 above, since the Commission did not take into account the actual effects of the infringement in assessing its gravity, it did not have to show the existence of those effects.

Das Gericht verwirft auch den Einwand der Klägerin, die Geldbuße verstoße gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit:

[176] Furthermore, in order to assess the basic amount of the fine in the light of the principle of proportionality, it should be noted, first, that, according to the case-law of the Court of Justice, the amount of the fine depends not only on the duration, number of incidents and intensity of the anti-competitive conduct, but also on the nature of the infringement, the extent of the market affected and the damage to the economic public order, as well as the relative weight and the market share of the undertakings responsible (see, to that effect, judgment in *KME Germany and Others v Commission*, cited in paragraph 111 above, EU:C:2011:810, paragraphs 96 and 97 and the case-law cited). Secondly, the amount of the fine must also take account of elements such as the deterrent effect of the fine, the undertaking’s conduct and the risk that the infringement poses to the objectives of the Union. Thirdly, the amount of the fine imposed on an undertaking in respect of an infringement relating to competition must be proportionate to the infringement, seen as a whole (see, to that effect, judgment in *Transcatlab v Commission*, paragraph 109 above, EU:T:2011:562, paragraph 189).

[177] Moreover, according to settled case-law, an undertaking in a dominant position has a special responsibility not to allow its conduct to impair genuine, undistorted competition on the internal market. When the existence of a dominant position has its origins in a former legal monopoly, that fact has to be taken into account (judgment of 27 March 2012 in *Post Danmark*, C-209/10, ECR, EU:C:2012:172, paragraph 23).

[178] In view of the abovementioned case-law, the Court considers that, in the present case, in assessing the proportionality of the fine and, more specifically, the proportionality of the basic amount of the fine, it is essential to take account, first, of the fact that the applicant had a dominant position which owed its origin to the former legal monopoly over both the wholesale market for LLU and BSA broadband access, where it was the sole supplier, and on the retail market.

[179] Secondly, as stated in paragraphs 125 to 136 and 146 to 157 above, and although the duration of some of the anticompetitive conduct by TP was shorter than the period of the infringement, TP’s infringement, whose existence is not contested as such, consisted of multiple, flagrant, persistent and intentional breaches of the regulatory framework which required it, as operator with significant market power, to grant AOs unbundled access to its local loop and to related services under transparent, fair and non-discriminatory terms.

[180] Thirdly, it is undisputed that TP was aware of the illegality of its conduct, both in regulatory terms, since proceedings were brought and it was found to be in breach by the decisions of the national regulatory authority, confirmed by the final decisions of the national courts, and in terms of competition law, where its practices were designed to prevent or delay the entry of new entrants into the product markets concerned.

[181] Fourthly, it is clear that the product markets affected by TP’s abusive practices, which are considerable in size, since they extend over the whole territory of one of the largest Member States of the European Union, are markets

of great importance both from an economic point of view and from a social point of view, in that access to broadband internet constitutes the key element of the development of the information society.

[182] It is apparent from recitals 899 to 902, 904 and 905 of the contested decision that the Commission took account of those elements in the assessment of the gravity of the infringement. In those recitals, the Commission stated, first, that an abuse of a dominant position in the shape of a refusal to provide a service, of which TP was accused, had been repeatedly condemned both by the Commission and by the Courts of the European Union. It stated that the product markets in question were of considerable economic importance and that they played a key role in building the information society. The Commission also took account of the fact that TP was the sole owner of the national telecommunications network and that, accordingly, AOs who wished to provide services based on DSL technology were totally dependent on TP. It was furthermore noted that the aim of TP's conduct was to eliminate competition in the retail market, or, at least, to delay the entry of newcomers or the evolution of that market, that that conduct was intentional and that it had had a negative impact on competition and consumers (recitals 899 to 902 of the contested decision). Lastly, the Commission took into account the fact that, throughout the period of the infringement, TP had a dominant position not only on the wholesale market, over which it held a monopoly, but also on retail markets, where its market share ranged between 57 % and 46 % in terms of revenues. The Commission noted in that regard that the difference between TP's market share and that of the AO holding the highest market share after that of TP was considerable. As regards the geographical extent of the market concerned, the Commission indicated that TP's infringement extended over the entire territory of Poland (recitals 904 and 905 of the contested decision).

[183] Those elements, which are not disputed by the applicant, are sufficient to consider that the abuse of a dominant position attributed to TP was a serious infringement.

[184] Furthermore, it should be recalled that, in the context of the application of the 1998 Guidelines, which made a distinction between very serious, serious and less serious infringements, the Court confirmed the Commission's assessment that the implementation of a practice of margin squeezing by an incumbent national telecommunications operator should be classified as a very serious infringement and a flagrant abuse of a dominant position (judgment of 29 March 2012 in *Telefónica and Telefónica de España v Commission*, T-336/07, ECR, EU:T:2012:172, paragraphs 382 to 387). It should be added that the Court confirmed the classification of the infringement at issue as 'very serious' for the entire period of the infringement concerned, even though the Commission acknowledged that the gravity of that infringement was not uniform throughout that period (judgment in *Telefónica and Telefónica de España v Commission*, EU:T:2012:172, paragraphs 417 to 419).

[185] Although the breach of Article 102 TFEU consisting in the use of a margin squeeze is an infringement of a different nature than TP's infringement, which is a refusal to provide services, that infringement may also be considered a flagrant abuse of particular gravity. In *Telefónica and Telefónica de España v Commission*, paragraph 184 above (EU:T:2012:172), the classification of the infringement as very serious was founded, in essence, on three elements, namely

the fact that the applicant could not ignore the illegality of its conduct, the intentional nature of that conduct, and the fact that the incumbent operator had a virtual monopoly on the wholesale market for broadband access and a very strong dominant position in the retail markets. All those elements are present in this case, since neither the intentional and unlawful conduct of TP nor the size of its relevant market share is disputed.

[186] In view of the foregoing, the Court considers that, in the light of the particular gravity of TP's infringement, the Commission did not breach the principle of proportionality by setting at 10 % the proportion of the value of sales retained for the purposes of determining the basic amount of the fine imposed on it pursuant to points 19 to 22 of the 2006 Guidelines.

Die Klägerin machte weiter geltend, dass bußgeldmindernd hätte berücksichtigt werden müssen, dass sie das beanstandete Verhalten sofort nach der Intervention der Kommission beendet habe:

[211] In accordance with the first indent of point 29 of the 2006 Guidelines, the basic amount may be reduced where the Commission finds that there are mitigating circumstances, such as the fact that the undertaking concerned provides evidence that it terminated the infringement as soon as the Commission intervened.

[212] That provision reproduces, in essence, point 3 of the 1998 Guidelines. With respect to that point, the Court held that its purpose was to encourage undertakings to terminate their anti-competitive conduct as soon as the Commission launches an investigation into it (judgment of 13 July 2011 in *Schindler Holding and Others v Commission*, T-138/07, ECR, EU:T:2011:362, paragraph 274).

[213] Moreover, according to the case-law, the termination of the infringement as soon as the Commission intervenes can logically constitute a mitigating circumstance only if there are reasons to suppose that the undertakings concerned were encouraged to cease their anti-competitive conduct by the interventions in question (judgment of 26 September 2013 in *Alliance One International v Commission*, C-679/11 P, EU:C:2013:606, paragraph 80). In other words, for the termination of the infringement to be recognised as a mitigating circumstance, there must be a causal link between the interventions of the Commission and the termination of the infringement concerned.

[214] In the present case, it must be stated, first of all, that TP did not terminate the unlawful conduct immediately after the Commission's first intervention, namely after the inspections at its premises in Warsaw, conducted by the Commission, assisted by the Polish competition authority, from 23 to 26 September 2008. Although TP began to comply, gradually, with its regulatory obligations from the end of 2008, it is apparent from recitals 574 and 577 of the contested decision, and it is not disputed by the applicant, that AOs continued to experience difficulties with access to wholesale BSA and LLU broadband access products, as a result of TP's impugned conduct, and thus well after the signature of the agreement with UKE, which took place on 22 October 2009.

[215] Next, as is clear from recitals 78 and 567 to 571 of the contested decision and point 197 above, and is not disputed by the applicant, the main reason for the signature of the agreement with UKE was to avoid the functional separation proposed by UKE because of TP's persistent disregard

for the regulatory requirements relating to access to its network. In view of that element, the causal link, required by the case-law, between the Commission's inspections and the cessation of TP's infringement cannot be considered established.

[216] Finally, although, as was noted in paragraph 214 above, after the signature of the agreement with UKE, AOs continued to experience difficulties with access to wholesale products for BSA and LLU broadband access, the Commission acknowledged the importance of that agreement and the fact that it had marked a turning point in TP's conduct, by choosing the date of its signature as the date on which the infringement had terminated. Thus, the conclusion of that agreement had a significant impact on the calculation of the fine, in that it stopped the multiplier rate applied according to the duration of the infringement.

Schließlich wurde - ohne Erfolg - geltend gemacht, dass die Kommission die Bereitschaft der Klägerin hätte berücksichtigen müssen, dass sie Verpflichtungszusagen angeboten habe:

[224] Moreover, the Court is of the opinion that the fourth indent of point 29 of the 2006 Guidelines may not reasonably be interpreted as meaning that the mere fact that an undertaking offers to make commitments during an administrative procedure is sufficient in order to establish effective cooperation with the Commission which goes beyond obligations to cooperate and, thus, to secure that undertaking a reduction in the amount of the fine. If that were the case, any undertaking finding itself in the applicant's situation could merely offer to make commitments, regardless of their quality and regardless of whether they facilitate the Commission's task of establishing the infringement, in order to receive a reduction in the amount of the fine. Such an interpretation is contrary to the ratio legis of point 29 of the 2006 Guidelines, which is to encourage undertakings to enter into a close and meaningful cooperation with the Commission.

[225] In the light of the foregoing, the refusal to grant PT the benefit of the mitigating circumstance provided for in the fourth indent of point 29 of the 2006 Guidelines may not be regarded either as a breach of that provision or as an infringement of the principle of proportionality.

Das Gericht fasst seine Auffassung zusammen, dass es trotz seiner Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung keinen Anlass habe, die Geldbuße zu reduzieren:

[226] It should, first of all, be noted that since no irregularity or illegality vitiates the contested decision, the claim for adjustment cannot be accepted in so far as it asks the Court to draw the inference, with respect to the amount of the fine, from those illegalities or irregularities.

[227] Next, it is appropriate to ascertain, in the light of all the evidence in the file, especially that put forward by the applicant, whether the Court should substitute, under its unlimited jurisdiction, a different amount for the fine than that adopted by the Commission, on the grounds that the latter amount is not appropriate.

[228] It is apparent from that examination that, contrary to what the applicant maintains, the manner in which the Commission took account, in the contested decision, of the variations in the duration and intensity of its conduct was appropriate to the circumstances of the case, consistent with the requirements of fairness and devoid of any error or disproportionality.

[229] Moreover, in accordance with the case-law cited in paragraph 67 above, it should be noted that there were no elements unknown to the Commission at the date of the adoption of the contested decision and subsequently brought to the attention of the Court that might justify an adjustment of the amount of the fine.

[230] In those circumstances, the claim for adjustment submitted by the applicant must be rejected as must, consequently, the application in its entirety.

Anm. d. Schriftltg.: Das vollständige Urteil war bei Redaktionsschluss noch nicht bei Beck-online abrufbar. ■

Bundesgerichtshof (BGH)

4 Zur Zulässigkeit des deutschen Pressevertriebssystems

§ 30 Abs. 2 a GWB, Art. 101, 106 Abs. 2 AEUV

a) § 30 Abs. 2 a GWB ist mit Art. 106 Abs. 2 AEUV vereinbar.

b) Der flächendeckende und diskriminierungsfreie Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften ist eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne des Unionsrechts.

c) Der Gesetzgeber hat die Presseverlage und Presse-Grossisten sowie ihre Vereinigungen damit betraut, den flächendeckenden und diskriminierungsfreien Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften im stationären Einzelhandel sicherzustellen und damit unabhängig von den Kosten jede Zeitungs- und Zeitschriftenverkaufsstelle zu beliefern, die darum nachsucht. (Leitsätze des Gerichts)

BGH, Urteil v. 6.10.2015 (zugestellt am 20.1.2016) – KZR 17/14 – Zentrales Verhandlungsmandat

Zum Sachverhalt: Die Klägerin ist die Vertriebsgesellschaft der Bauer-Media Group, die mit einem Marktanteil von ca. 15 % am gesamten Pressemarkt ein führender Zeitschriftenverlag ist. Sie vertreibt ihre Zeitschriften außer über das Abonnement und die direkt belieferten Bahnhofsbuchhändler über die stationären Presse-Einzelhändler, die ihrerseits über Pressegroßhändler (das sog. Presse-Grosso) beliefert werden. Grundsätzlich versorgt jeweils ein Grossist alle Einzelhändler in einem bestimmten Gebiet mit allen Presseerzeugnissen. Die Konditionen, insbesondere die Handelsspannen, für den Pressevertrieb verhandelt und vereinbart der beklagte Verband der Pressegroßhändler mit den Verlagen. Die Klägerin hält diese Funktion (zentrales Verhandlungsmandat) des Verbandes für nach deutschem und EU-Kartellrecht rechtswidrig. Sie wollte künftig die Konditionen mit den einzelnen Pressegrossisten direkt und differenziert verhandeln und vereinbaren. Ihre Unterlassungsklage hatte in den ersten beiden Instanzen Erfolg. Das OLG Düsseldorf (Urteil vom 26.2.2014, NZKart 2014, 154) bestätigte das LG Köln trotz der inzwischen erfolgten Ergänzung des § 30 GWB in der 8. GWB-Novelle durch einen neuen Abs. 2 a, der nach dem Willen des Gesetzgebers das bestehende Presse-Grosso-System kartellrechtlich absichern sollte. Der BGH hebt nach vorangegangener Zulassung der Revision das Urteil des OLG Düsseldorf auf und weist die Klage ab.

Zur Einordnung: Das Urteil hält die neue Vorschrift des § 30 Abs. 2 a GWB und die darin vorgesehene Einschränkung der Anwendung des Art. 101 AEUV für rechtmäßig und europarechtskonform. Es beseitigt damit die in den letzten Jahren aufgekommene Rechtsunsicherheit in der Beurteilung des deutschen Pressevertriebssystems.

Aus den Gründen: Der BGH lässt die originär kartellrechtliche Beurteilung des Vertriebssystems offen (vgl. aber unten bei Rn. 66 f.):

[17] II. Der Klägerin stehen keine kartellrechtlichen Ansprüche gegen den Beklagten zu. Dabei kann dahin stehen, ob auf das räumlich auf Deutschland und sachlich jedenfalls im Wesentlichen auf deutschsprachige Presseerzeugnisse beschränkte Vertriebssystem des Presse-Grosso Unionskartellrecht überhaupt anwendbar ist oder ob es an der dafür erforderlichen Voraussetzung einer spürbaren Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten fehlt. Ebenso wenig bedarf der Entscheidung, ob das zentrale Verhandlungsmandat des Beklagten eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellt, die nicht nach Absatz 3 dieser Vorschrift freigestellt ist, oder ob das nicht der Fall ist, etwa weil zwischen den Presse-Grossisten weder aktueller noch potentieller Wettbewerb besteht. Auf Kartellrecht gestützte Ansprüche der Klägerin scheiden jedenfalls nach § 30 Abs. 2 a GWB in Verbindung mit Art. 106 Abs. 2 AEUV aus.

Das Gericht hält Art. 106 Abs. 2 AEUV für anwendbar:

[18] 1. Nach Art. 106 Abs. 2 AEUV ist eine Anwendung der Wettbewerbsregeln ausgeschlossen, wenn Unternehmen mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, sofern die Anwendung der Wettbewerbsregeln die Erfüllung der diesen Unternehmen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert und durch die Nichtanwendung der Wettbewerbsregeln die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt wird, das dem Interesse der Union zuwiderläuft. Diese Voraussetzungen sind im Streitfall erfüllt.

[19] 2. Die dem Beklagten angehörenden Pressegrossisten sind als wirtschaftlich tätige Einheiten Unternehmen im Sinne von Art. 106 Abs. 2 AEUV.

[20] 3. Der flächendeckende und diskriminierungsfreie Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften ist nach dem insoweit unionsrechtlich maßgeblichen Willen des deutschen Gesetzgebers eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.

[21] a) Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind marktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Mitgliedstaaten mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden. Die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit sich ein Mitgliedstaat zu Recht auf das Vorhandensein und den Schutz einer gemeinwirtschaftlichen Aufgabe berufen kann, sind im Unionsrecht nicht abschließend geregelt. Die Mitgliedstaaten verfügen daher über ein weites Ermessen bei der Definition dessen, was sie als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ansehen. Die entsprechenden Entscheidungen der Mitgliedstaaten werden von der Kommission lediglich auf „offenkundige Fehler“ überprüft (EuG, Urteil vom 12. Februar 2008 – T-289/03, Slg. 2008, II-81 Rn. 165 f. – BUPA; Urteil vom 15. Juni 2005 – T-17/02, Slg. 2005, II-2031 Rn. 216 – Olsen; Mitteilung der Kommission zu den Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. 2001 C 17/4 Rn. 22; Mestmäcker/Schweitzer in Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., Art. 106 Abs. 2 AEUV Rn. 84). Auch die Gerichte der Union und der Mitgliedstaaten können insoweit keine weitergehende Kontrolle ausüben (vgl. Stadler in Langen/Bunte, Europäisches Kartellrecht, 12. Aufl., Art. 106 AEUV Rn. 48).

[22] Danach wurden als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte und von der Kommission bisher die

Energieversorgung, Postdienste, Verkehrsleistungen, Telekommunikations- und Kommunikationsnetze, Rundfunk, Wasserversorgung und Abfallentsorgung anerkannt, wobei jeweils eine Pflicht zur flächendeckenden und diskriminierungsfreien Versorgung ohne Rücksicht auf die Wirtschaftlichkeit jedes einzelnen Vorgangs in Rede stand (vgl. Mitteilung der Kommission zu den Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, aaO Anhang II; Mestmäcker/Schweitzer in Immenga/Mestmäcker aaO Art. 106 Abs. 2 AEUV Rn. 85; Wernicke in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Stand März 2011, Art. 106 AEUV Rn. 38; Bahr in Langen/Bunte, Kartellrecht, 12. Aufl., § 30 GWB Rn. 130).

[23] b) Nach diesen Grundsätzen ist nicht zu beanstanden, dass der deutsche Gesetzgeber den flächendeckenden und diskriminierungsfreien Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ansieht.

[24] Der Gesetzgeber bezweckte mit der Neuregelung in § 30 Abs. 2 a GWB, das seit Jahrzehnten bewährte Presse-Grosso-Vertriebssystem kartellrechtlich abzusichern, da es wesentlich zur Überallerhältlichkeit von Pressetiteln und zu einem diskriminierungsfreien Zugang insbesondere auch von Titeln kleinerer Verlage und von Titeln mit kleineren Auflagen zum Lesermarkt beigetragen habe (Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie zum Regierungsentwurf zur 8. GWB-Novelle, BT-Drucks. 17/11053 S. 18). Der Gesetzgeber will durch das Presse-Grosso einen flächendeckenden und diskriminierungsfreien Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften gewährleisten, auch soweit dies etwa in ländlichen Gebieten oder in Bezug auf Nischenprodukte unwirtschaftlich ist. Im Hinblick auf die Bedeutung einer im gesamten Bundesgebiet flächendeckenden publizistischen Vielfalt und des Marktzugangs auch kleinerer Verlage für die Grundrechte der Presse- und Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) handelt es sich dabei um eine im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe (Bahr in Langen/Bunte, aaO § 30 Rn. 130; MünchKommWettbR-Bremer/Hackl, 2. Aufl., § 30 GWB Rn. 109; wohl auch Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., § 30 GWB Rn. 166; aA Paschke, AfP 2012, 501, 503 f.). Die Regelung des § 30 Abs. 2 a GWB bezweckt dagegen nicht den Schutz der Gruppeninteressen der Pressegrossisten (aA Keßler, WRP 2013, 1116, 1119), auch wenn sie sich für einen erheblichen Teil dieser Unternehmen vorteilhaft auswirken mag.

[25] c) Der Gesetzgeber hat das ihm unionsrechtlich bei der Definition des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses eingeräumte Ermessen nicht deshalb überschritten, weil er nicht die betroffene Dienstleistung selbst, sondern mit den Branchenvereinbarungen eine bestimmte Kartellabsprache legitimiert hat und so der Pressevertrieb über Vertriebsmittler weitgehend den Wettbewerbsregeln entzogen worden ist (vgl. Paschke, AfP 2012, 501, 503 f.).

[26] Anlass für das Tätigwerden des Gesetzgebers war allerdings, dass das zentrale Verhandlungsmandat des Beklagten in erster Instanz als kartellrechtlich unzulässig eingestuft worden war und das bestehende Vertriebssystem des Presse-Grosso deshalb „kartellrechtlich abgesichert“ werden sollte (vgl. BT-Drucks. 17/11053 S. 18). Das stellt indes nicht in Frage, dass es sich beim flächendeckenden und diskriminierungsfreien Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften um eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse handelt, und dass die gesetzliche Regelung in § 30

Abs. 2 a GWB diese im öffentlichen Interesse liegenden Vertriebsparameter gewährleisten soll (BTDrucks. aaO).

[27] Die Vorschrift des § 30 Abs. 2 a GWB nimmt den Pressevertrieb auch nicht generell von der Anwendung der Wettbewerbsregeln aus. Vielmehr müssen für die Nichtanwendbarkeit der Wettbewerbsregeln jeweils sowohl die besonderen Voraussetzungen des § 30 Abs. 2 a GWB wie auch diejenigen des Art. 106 Abs. 2 AEUV vorliegen.

Der BGH bejaht auch eine wirksame „Betrachtung“ i. S. v. Art. 106 Abs. 2 AEUV:

[28] 4. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts stellt § 30 Abs. 2 a GWB einen ausreichenden und wirksamen Betrachtungsakt im Sinne von Art. 106 Abs. 2 AEUV dar.

[29] a) Eine Betrachtung setzt einen Hoheitsakt voraus, also ein Gesetz oder einen Verwaltungsakt, der die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen des betrauten Unternehmens zu Dienstleistungen klar definiert (EuGH, Urteil vom 11. April 1989 – 66/86, Slg. 1989, 803 Rn. 55 – Ahmed Saeed Flugreisen; EuG, Slg. 2008, II-81 Rn. 181 – BUPA; Stadler in Langen/Bunte aaO Art. 106 AEUV Rn. 54). Der Betrachtungsakt verkörpert die politische Entscheidung eines Mitgliedstaates, die Gewährleistungsverantwortung für die Versorgung der Bevölkerung mit bestimmten Dienstleistungen zu übernehmen, und zwar in der Weise, dass das im Betrachtungsakt bezeichnete Unternehmen verpflichtet wird, auf diese Dienstleistungen bezogene konkrete Aufgaben auch dann zu erfüllen, wenn dies im Einzelfall wirtschaftlich unrentabel ist (Mestmäcker/Schweitzer in Immenga/Mestmäcker aaO Art. 106 Abs. 2 AEUV Rn. 53).

[30] Die Vorschrift des § 30 Abs. 2 a GWB stellt einen staatlichen Hoheitsakt dar, der klar den flächendeckenden und diskriminierungsfreien Vertrieb von Zeitungs- und Zeitschriftensortimenten als gemeinwirtschaftliche Aufgabe der Presse-Grossisten definiert, die auch dann zu erfüllen ist, wenn dies im Einzelfall wirtschaftlich unrentabel ist.

[31] b) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts scheitert eine unionsrechtlich wirksame Betrachtung nicht daran, dass nach § 30 Abs. 2 a GWB Verlage und Pressegrossisten sowie deren Vereinigungen nur im Sinne von Art. 106 Abs. 2 AEUV betraut sind, soweit entsprechende Branchenvereinbarungen einen flächendeckenden und diskriminierungsfreien Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften durch die Pressegrossisten vorsehen, die Pressegrossisten mithin zur Übernahme der Gewährleistungsverantwortung für die Dienstleistung nicht verpflichtet sind.

[32] aa) Nach der Rechtsprechung der Unionsgerichte ist der obligatorische Charakter der betreffenden Dienstleistung wesentliche Voraussetzung einer gemeinwirtschaftlichen Aufgabe im Sinne des Unionsrechts. „Obligatorischer Charakter“ bedeutet, dass die durch einen Hoheitsakt mit einer gemeinwirtschaftlichen Aufgabe betrauten Wirtschaftsteilnehmer grundsätzlich verpflichtet sind, die betreffende Dienstleistung unter Berücksichtigung der für ihre Erbringung geltenden gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen auf dem Markt anzubieten (EuG, Slg. 2008, II-81 Rn. 188 – BUPA). Jedoch ist der einseitige Verzicht auf die Erbringung einer Dienstleistung mit der Auferlegung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen grundsätzlich vereinbar. So kann ein Mitgliedstaat Schifffahrtsgesellschaften, die sich an Liniendiensten von, zwischen und nach Inseln beteiligen, nach Art. 4 Abs. 1 VO 3577/92 gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen hinsichtlich bestimmter Verkehrsdienste auferlegen. Es steht einem Reeder aber grundsätzlich frei, die fraglichen

Verkehrsdienste zu erbringen. Nur wenn er sie erbringt, muss er die dabei auferlegten Verpflichtungen beachten (vgl. EuGH, Urteil vom 20. Februar 2001 – C-205/99, Slg. 2001, I-1271 Rn. 64 – Analir; EuG, Slg. 2005, II-2031 Rn. 189 – Olsen). Der Betrachtungsakt muss danach nicht zwingend gewährleisten, dass die Dienstleistung von dem betrauten Unternehmen tatsächlich dauerhaft erbracht wird.

[33] Weiter hat das Gericht der Union entschieden, dass einem Wirtschaftsteilnehmer die Wahrnehmung einer gemeinwirtschaftlichen Aufgabe durch Konzession übertragen werden kann, dafür aber die Zustimmung des Konzessionsempfängers erforderlich ist (vgl. EuG, Slg. 2005, II-2031 Rn. 188 – Olsen).

[34] Nicht ausreichend für eine wirksame Betrachtung ist dagegen ein bloßer Erlaubnisvorbehalt (vgl. EuGH, Urteil vom 2. März 1983 – 7/82, Slg. 1983, 483 Rn. 29 ff. – GVL). Eine staatliche Erlaubnis genügt trotz ihres Charakters als Hoheitsakt nicht den Anforderungen an eine Betrachtung, weil es an einer Übertragung der Dienstleistungserbringung auf bestimmte Unternehmen fehlt.

[35] bb) Danach liegt im Streitfall ein ausreichender Betrachtungsakt vor (Ulmer/Guggenberger, AfP 2014, 303, 306 f.; Haus, WuW 2014, 830, 836; wohl auch BeckOK-Hennemann, Stand 1. Februar 2015, § 30 GWB Rn. 32; Emmerich in Immenga/Mestmäcker aaO § 30 GWB Rn. 166; zweifelnd Bahr in Langen/Bunte aaO § 30 GWB Rn. 131; aA Thoma in Berg/Mäsch, Deutsches und Europäisches Kartellrecht, 2. Aufl., § 30 GWB Rn. 39 und wohl auch MünchKommWettbR-Bremer/Hackl aaO § 30 GWB Rn. 111).

[36] (1) Der Wortlaut von § 30 Abs. 2 a Satz 2 GWB sieht eine Betrachtung ausdrücklich vor. Damit hat der Gesetzgeber seinen Willen, die am Pressegrasso beteiligten Unternehmen in die Pflicht zu nehmen, unmissverständlich zum Ausdruck gebracht.

[37] (2) In der Anknüpfung der Betrachtung an Branchenvereinbarungen liegt keine unzulässige Bedingung. Der Gesetzgeber hat die Bestimmung des § 30 Abs. 2 a GWB in Kenntnis und vor dem Hintergrund der bestehenden Marktverhältnisse eingeführt. Kennzeichnend dafür waren die seit Jahrzehnten bestehenden Branchenvereinbarungen zwischen den Verlagen, den Pressegrasso und deren Verbänden, die nach Auffassung des Gesetzgebers in vorbildlicher Weise einen flächendeckenden und diskriminierungsfreien Pressevertrieb sichergestellt haben. Diese vom Gesetzgeber vorgefundene Lage, bei der die gemeinwirtschaftliche Aufgabe im Pressevertrieb bereits langfristig erfüllt wurde, wollte der Gesetzgeber bewahren (vgl. BT-Drucks. 17/11053, S. 18). Wird, wofür der Gesetzgeber keinen Anhaltspunkt hatte, künftig keine Branchenvereinbarung mehr abgeschlossen, so entfällt die Voraussetzung für die Betrachtung. Dieser Sachverhalt entspricht demjenigen nach Ablauf einer – unbedenklich zulässigen – befristeten Betrachtung. Der Gesetzgeber muss dann im Rahmen seiner Gestaltungshoheit neu entscheiden, ob und gegebenenfalls wie er die Erbringung der gemeinwirtschaftlichen Aufgabe künftig gewährleistet.

[38] (3) Durch die vom Gesetzgeber in § 30 Abs. 2 a GWB verwendeten Worte „soweit“ und „insoweit“ wird keine konditionale Verknüpfung im Sinne einer Bedingung für die Betrachtung formuliert, deren Eintritt ungewiss ist. Vielmehr handelt es sich vor dem Hintergrund der tatsächlichen und vom Gesetzgeber vorausgesetzten Marktverhältnisse um eine notwendige zeitliche Verknüpfung. Sobald es künftig an ei-

ner Branchenvereinbarung im Sinne von § 30 Abs. 2 a GWB fehlen sollte, wäre diese Betrauung aufzuheben. Das nimmt die Bestimmung mit der Formulierung „soweit“ vorweg.

[39] (4) Der Anwendung von Art. 106 Abs. 2 AEUV steht daher nicht entgegen, dass die Verlage und Pressegrossisten sowie deren Verbände nach § 30 Abs. 2 a GWB nicht verpflichtet sind, weiterhin Branchenvereinbarungen abzuschließen, die den diskriminierungsfreien und flächendeckenden Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften durch die Pressegrossisten gewährleisten. Ausreichend ist vielmehr, dass solange solche Branchenvereinbarungen wie bisher abgeschlossen werden, der Gesetzgeber die Presseverlage und Presse-Grossisten sowie ihre Vereinigungen damit betraut hat, den flächendeckenden und diskriminierungsfreien Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften im stationären Einzelhandel sicherzustellen und damit unabhängig von den Kosten jede Zeitungs- und Zeitschriftenverkaufsstelle zu beliefern, die darum nachsucht. Solange die Voraussetzungen für diese Betrauung weiter vorliegen, sind die Verlage, Grossisten und ihre Vereinigungen auch grundsätzlich verpflichtet, die Dienstleistung des Pressevertriebs an den stationären Einzelhandel unter Berücksichtigung der vom Gesetzgeber festgelegten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen auf dem Markt anzubieten. Diese Dienstleistung hat infolgedessen den vom Unionsrecht geforderten obligatorischen Charakter (vgl. EuG, Slg. 2008, II-81 Rn. 188 – BUPA). Die Regelung in § 30 Abs. 2 a GWB stellt damit auch keinen bloßen Erlaubnisvorbehalt dar, der für eine wirksame Betrauung nicht ausreichen würde (vgl. EuGH, Slg. 1983, 483 Rn. 31 f. – GVL).

[40] cc) Schließlich scheitert eine wirksame Betrauung nicht daran, dass staatliche Kontroll- und Überwachungsmöglichkeiten fehlen. Bei einem nicht flächendeckenden oder diskriminierungsfreien Vertrieb entfielen die an die Einhaltung dieser Voraussetzungen geknüpften Betrauungen mit der Folge, dass eventuelle Branchenvereinbarungen den Wettbewerbsregeln unterlägen. Außerdem ist über § 30 Abs. 3 Satz 2 GWB eine besondere kartellbehördliche Missbrauchsaufsicht eröffnet, die neben die Eingriffsbefugnisse des Amtes gemäß §§ 32, 19 und 20 GWB tritt, die nach § 30 Abs. 2 a Satz 2 GWB unberührt bleiben.

Der BGH schließt daraus, dass Art. 101 AEUV auf das zentrale Verhandlungsmandat des beklagten Verbandes nicht anwendbar ist:

[41] 5. Die Wettbewerbsregeln der Union sind auf das zentrale Verhandlungsmandat des Beklagten nicht anwendbar, da ihre Geltung die Erfüllung der besonderen Aufgaben, die den Pressegrossisten übertragen worden sind, im Sinne von Art. 106 Abs. 2 Satz 1 AEUV verhindern würde.

[42] a) Für eine Verhinderung im Sinne von Art. 106 Abs. 2 Satz 1 AEUV reicht es aus, wenn die Erfüllung der dem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgaben bei einer Anwendung der Wettbewerbsregeln gefährdet wäre.

[43] Nach Art. 14 AEUV obliegt es der Union und den Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse, die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse so zu gestalten, dass diese Dienste ihre Aufgabe erfüllen können. Im Hinblick auf diese unionsrechtliche Funktionsgarantie (vgl. Wernicke in Grabitz/Hilf/Nettesheim aaO Art. 106 Rn. 74; MünchKommEUWettbR-Gundel aaO Art. 106 Rn. 94) setzt eine Verhinderung im Sinne von Art. 106 Abs. 2 Satz 1 AEUV nach der neueren Rechtsprechung der

Unionsgerichte nicht mehr voraus, dass die Anwendung des Unionsrechts mit der Erfüllung der besonderen Aufgabe nachweislich unvereinbar ist (so noch EuGH, Urteil vom 30. April 1974 – 155/73, Slg. 1974, 409 Rn. 15 – Sacchi; Urteil vom 3. Oktober 1985 – 311/84, Slg. 1985, 3261 Rn. 17 – CBEM). Vielmehr kommt es darauf an, ob bei Anwendung der Wettbewerbsvorschriften die Erfüllung der dem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgaben gefährdet wäre. Eine bloße Behinderung oder Erschwerung der Aufgabenerfüllung genügt allerdings nicht (vgl. EuGH, Urteil vom 23. Oktober 1997 – C-159/94, Slg. 1997, I-5815 Rn. 95 – Kommission/Frankreich; Urteil vom 21. September 1999 – C-67/96, Slg. 1999, I-5863 Rn. 107 – Albany; Urteil vom 3. März 2011 – C-437/09, Slg. 2011, I-973 Rn. 76 – AG2R Prévoyance; EuG, Urteil vom 1. Juli 2010 – T-568/08 und T-573/08, Slg. 2010, II-3397 Rn. 138 – Métropole télévision). Die Ausnahme nach Art. 106 Abs. 2 AEUV ist somit auf dasjenige Maß zu beschränken, das erforderlich ist, um eine Gefährdung der Aufgabenerfüllung zu verhindern (vgl. Kommission, Mitteilung zu den Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABI. 2001 Nr. C 17/04 Rn. 23).

[44] b) Bei der Prüfung der Frage, ob die Anwendung der Wettbewerbsregeln die Aufgabenerfüllung eines mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmens gefährdet, besteht ein Ermessensspielraum des nationalen Gesetzgebers.

[45] aa) Das Unionsrecht in der Fassung des Vertrags von Lissabon erkennt seit 1. Januar 2009 ausdrücklich als gemeinsamen Wert der Union einen weiten Ermessensspielraum der nationalen, regionalen und lokalen Behörden in der Frage an, wie die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse auf eine den Bedürfnissen der Nutzer so gut wie möglich entsprechende Weise zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu organisieren sind (Art. 1 des Protokolls Nr. 26 zum Vertrag von Lissabon, ABI. 2008 Nr. C 115/308).

[46] bb) Ein solcher Spielraum ist schon deshalb erforderlich, weil die Beurteilung der Gefährdung notwendig eine komplexe Prognose dazu verlangt, wie sich die Marktverhältnisse im Fall einer Anwendung der Wettbewerbsregeln entwickeln würden (zur Absenkung der Darlegungslast des Mitgliedstaats bei komplexen Bewertungen vgl. auch EuGH, Slg. 1999, I-5863 Rn. 120 – Albany). Beim Pressevertrieb geht das Bundeskartellamt davon aus, ein Wegdenken des über Jahrzehnte praktizierten, fortentwickelten und sehr komplexen Presse-Grossosystems führe zu einer rein hypothetischen Marktbetrachtung, die eine fusionsrechtliche Untersagung nicht tragen könne; es sei offen, welche Wettbewerbsbedingungen und Marktpositionen ohne ein System der Gebietsmonopole herrschen würden (BKartA, Fallbericht vom 19. Dezember 2011 – B 6-39/11, S. 4).

[47] cc) Im Zusammenhang mit der Anwendung von Art. 106 Abs. 2 AEUV im Beihilferecht ist der Prüfungsumfang der Kommission und der Gerichte hinsichtlich der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit von Ausgleichszahlungen an ein mit einer gemeinwirtschaftlichen Aufgabe betrautes Unternehmen wegen des Ermessens der Mitgliedstaaten bei der Definition einer solchen Aufgabe und der Festlegung der Bedingungen für ihre Durchführung auf offenkundige Fehler beschränkt. Zu überprüfen ist allein, ob das System der Ausgleichszahlungen auf offenkundig unzutreffenden wirtschaftlichen oder tatsächlichen Prämissen beruht und ob es zur Erreichung der verfolgten Ziele offenkundig ungeeignet ist. Den Mitgliedstaaten kommt ein wei-

tes Ermessen bei der Beurteilung der Frage zu, wie sicherzustellen ist, dass die gemeinwirtschaftliche Aufgabe unter wirtschaftlich annehmbaren Bedingungen erfüllbar ist. Nicht geprüft wird, ob sich der Markt tatsächlich in einer gewissen Weise entwickeln würde und ob die Anwendung der Regulierungsinstrumente unerlässlich ist, um die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Aufgabe zu gewährleisten (vgl. EuGH, Slg. 2008, II-81 Rn. 220-222 und 266 bis 268 – BUPA).

[48] Auch im Glücksspielrecht ist ein Wertungsspielraum der Mitgliedstaaten bei der Frage anerkannt, wie sie die Ziele des Verbraucherschutzes und des Schutzes der Sozialordnung verwirklichen (EuGH, Urteil vom 8. September 2010 – C-316/07 u. a., Slg. 2010, I-8069 Rn. 79 ff. – Stoss u. a.).

[49] Gibt es – wie im Pressevertrieb – auf einem Gebiet keine Gemeinschaftsregelung, so ist die Kommission nicht befugt, über die Kosten einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, über die Zweckmäßigkeit der von den nationalen Behörden auf diesem Gebiet getroffenen Entscheidungen oder über die wirtschaftliche Effizienz des öffentlichen Betreibers in dem ihm vorbehaltenen Sektor zu entscheiden (EuGH, Urteil vom 27. Februar 1997 – T-106/95, Slg. 1997, II-229 Rn. 108 – FFSA; Slg. 2010, II-3397 Rn. 139 – Métropole télévision). In entsprechender Weise erkennt der Gerichtshof der Europäischen Union bei Beschränkungen des Warenverkehrs aus Gründen des Gesundheitsschutzes einen weiten Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten an (EuGH, Urteil vom 14. Juli 1983 – 174/82, Slg. 1983, 2445 Rn. 18 f. – Sandoz), wenn unionsrechtliche Regelungen fehlen und Unsicherheiten bei der Beurteilung bestehen.

[50] c) Besteht danach ein Einschätzungsspielraum der Mitgliedstaaten und gibt es große Prognoseunsicherheiten, so ist der durch Art. 106 Abs. 2 AEUV unionsrechtlich eröffnete Prüfungsumfang der mitgliedstaatlichen Gerichte gegenüber Maßnahmen des nationalen Gesetzgebers auf eine Kontrolle offenkundiger Fehler beschränkt (vgl. von Dannwitz in Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2002/1, S.73, 87; Edward/Hoskins, CML 1995, 157, 170 ff.; MünchKommEUWettbR-Gundel aaO Art. 106 AEUV Rn. 97 f.; Haus, WuW 2014, 830, 837). Maßgeblich ist, ob die mitgliedstaatliche Regelung offenkundig ungeeignet ist, den ihr zugrunde liegenden Zweck zu erfüllen und ob dieser Regelung eine offenkundig unzutreffende Tatsachengrundlage zugrunde liegt.

[51] d) Nach diesen Grundsätzen ist die Einschätzung des Gesetzgebers, der flächendeckende und diskriminierungsfreie Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften wäre bei Anwendung der Wettbewerbsregeln auf die in § 30 a Abs. 2 a GWB aufgeführten Branchenvereinbarungen gefährdet, ökonomisch plausibel und unionsrechtlich nicht zu beanstanden (vgl. Kühling, ZUM 2013, 18, 24 f.; aA Emmereich in Immenga/Mestmäcker aaO § 30 GWB Rn. 166; offen Bahr in Langen/Bunte aaO § 30 GWB Rn. 132).

[52] aa) Das durch § 30 Abs. 2 a GWB ermöglichte zentrale Verhandlungsmandat des Beklagten ist geeignet, entsprechend der Absicht des Gesetzgebers den international als vorbildlich angesehenen Pressevertrieb in Deutschland zu erhalten, der bislang einen flächendeckenden und diskriminierungsfreien Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften gewährleistet hat.

[53] Ein flächendeckender, neutraler Universaldienst ist durch einheitliche Preise und Konditionen gekennzeichnet, die ohne Rücksicht auf die Wirtschaftlichkeit jedes einzelnen

Vorgangs festgesetzt werden (vgl. EuGH, Urteil vom 19. Mai 1993 – C-320/91, Slg. 1993, I-2533 Rn. 15 – Corbeau). Diese einheitlichen Preise und Konditionen gewährleistet im Vertriebssystem des Presse-Grosso das zentrale Verhandlungsmandat des Beklagten.

[54] Indem die zentralen Verhandlungen die Grossisten daran hindern, an ihren jeweiligen tatsächlichen Kosten orientierte, nach Gebieten differenzierte Preise beim Vertrieb desselben Zeitschriftentitels anzuwenden, tragen sie zur Überallerhältlichkeit aller Presseerzeugnisse bei. Bei einer räumlichen Preisdifferenzierung wäre zu befürchten, dass insbesondere wirtschaftlich schwächere Verlage den Vertrieb von Zeitschriftentiteln mit kleiner Auflage auf Ballungsgebiete mit hoher Verkaufsdichte oder umsatzstarke Standorte (etwa bestimmte Universitätsstädte) konzentrieren, weil für sie die weitere Belieferung ländlicher und umsatzschwacher Regionen wegen erhöhter Vertriebskosten unwirtschaftlich wäre. Wegen der bundeseinheitlichen Preisbindung für ihre Zeitungen und Zeitschriften hätten diese Verlage keine Möglichkeit, regional höhere Vertriebskosten durch höhere Preise in der entsprechenden Region auszugleichen. Die Verlage wären zunehmend gezwungen zu prüfen, an welchen Verkaufsstellen sich für sie der Vertrieb welcher Titel lohnt. Ergäbe sich daraus ein räumlich differenziertes Presseangebot, bestände faktisch auch keine Neutralität des Pressevertriebs mehr. Es würden nicht mehr alle Presseerzeugnisse überall angeboten.

[55] Zudem wurde das seit Jahrzehnten unbestritten positive Marktergebnis im deutschen Pressevertrieb, das durch die Überallerhältlichkeit von Preetiteln und den diskriminierungsfreien Zugang insbesondere auch von Titeln kleinerer Verlage und von Titeln mit kleinerer Auflage zum Lesermarkt gekennzeichnet ist (vgl. BT -Drucks. 17/11053, S. 18), in einem System der gebietsbezogenen Alleinauslieferung erreicht. Die Beibehaltung dieses wesentlich durch die Gebietsmonopole der Grossisten geprägten Vertriebssystems lässt auch künftig die vom Gesetzgeber gewünschten Marktergebnisse erwarten. Die weitere Zulässigkeit der zentralen Verhandlungen des Beklagten ist geeignet, die bestehenden Gebietsmonopole zu erhalten. Die Verlage haben dann keinen Anlass, im Hinblick auf bessere Konditionen bei einem Wettbewerber den Grossisten zu wechseln. Auch die Presse-Grossisten haben bei einheitlichen Preisen und Konditionen kaum Interesse daran, außerhalb ihres Vertriebsgebiets tätig zu werden. Dementsprechend nimmt das Bundeskartellamt an, die gemeinsame Verhandlung der Konditionen durch den Beklagten sei Teil des bestehenden Systems, das tatsächlichen und potentiellen Wettbewerb zwischen verlagsunabhängigen Grossisten ausschließe (BKartA, Fallbericht aaO S.4). Davon geht auch die Klägerin aus, die durch Beseitigung des zentralen Verhandlungsmandats Verhandlungsspielräume eröffnen und auf diese Weise die systemprägenden Gebietsmonopole aufbrechen will.

[56] bb) Die Prognose des Gesetzgebers, das zentrale Verhandlungsmandat sei zur Abwehr einer Gefährdung der von ihm verfolgten Ziele erforderlich, ist ökonomisch plausibel; offenkundige Fehler dieser Einschätzung sind nicht ersichtlich.

[57] (1) Der Gesetzgeber konnte und musste bei seiner Gefahrenprognose die verfassungsrechtlichen Aspekte des Pressevertriebs berücksichtigen.

[58] Eine vielfältige und möglichst umfassend vertriebene Presse ist von grundlegender Bedeutung für die außer durch Art. 5 Abs. 1 GG auch durch Art. 6 Abs. 1 EUV iVm

Art. 11 Abs. 2 EU-Grundrechtecharta sowie Art. 10 Abs. 1 EMRK geschützte freie Meinungsbildung. Nach einer Änderung des nach Ansicht des Gesetzgebers bewährten Großhandelsvertriebssystems könnten etwaige negative Entwicklungen auf dem grundrechtssensiblen Presse- und Pressevertriebsmarkt nur schwer oder gar nicht rückgängig gemacht werden. Dagegen schließt das gegenwärtige, durch zentrale Verhandlungen und Gebietsmonopole gekennzeichnete Pressevertriebssystem Diskriminierungen der Verlage beim Zugang zum Vertrieb ebenso zuverlässig aus, wie es die Überallerhältlichkeit von Presseprodukten gewährleistet.

[59] Zudem hat das Bundesverfassungsgericht hervorgehoben, dass gerade neue, finanzschwache oder minderheitenorientierte Presseunternehmen, die zum Aufbau eines eigenen Vertriebsnetzes außerstande sind, auf den freien Vertrieb durch die Pressegrossisten angewiesen sind, um ihr Publikum zu erreichen (BVerfGE 77, 346, 355). Dabei gewährleisten insbesondere die im Voraus bekannten einheitlichen Preise und Konditionen einen einfachen und sicheren Marktzugang. Wären die zentralen Verhandlungen unzulässig, müsste dagegen jeder Verlag über die Handelsspannen dezentral verhandeln oder einen Nationalvertrieb einschalten (zum Beitrag des Presse-Grosso für den Marktzutritt kleinerer Verlage vgl. auch Monopolkommission, 9. Hauptgutachten, BT-Drucks. 12/3031, S. 318).

[60] (2) Der Gesetzgeber ist nach Anhörung verschiedener Sachverständiger im Gesetzgebungsverfahren zur 8. GWB-Novelle zu dem Ergebnis gelangt, dass das bisherige Presse-Grosso-System, dessen wesentlicher Bestandteil gemeinsame Verhandlungen der Pressegrossisten sind, maßgeblich zur Überallerhältlichkeit von Priesstiteln und zu einem diskriminierungsfreien Zugang insbesondere auch von Titeln kleinerer Verlage und von Titeln mit kleineren Auflagen zum Lesermarkt beigetragen hat (BT -Drucks. 17/11053, S. 18, sowie Wortprotokoll des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie zur öffentlichen Anhörung zur 8. GWB-Novelle, Protokoll Nr. 17/74, S. 18 ff.). Eine Gefährdung des den verfassungsrechtlichen Anforderungen in vorbildlicher Weise Rechnung tragenden Pressevertriebssystems brauchte der Gesetzgeber nicht hinzunehmen.

[61] (3) Bei einem Wegfall des zentralen Verhandlungsmandats erscheint durchaus naheliegend, dass große Verlage und Verlage mit auflagenstarken Titeln, ungeachtet der Möglichkeit kleinerer Verlage, ihren Vertrieb in Nationalvertrieben zu bündeln, aufgrund ihrer Marktstärke sowie der großen Auflagen, deren Vertrieb sie nachfragen, bessere Preise und Konditionen als kleinere Verlage durchsetzen könnten, so dass die Vertriebskosten für kleinere Verlage relativ zu denjenigen großer Verlage oder auch absolut pro verkauftem Exemplar stiegen. Es ist weiter plausibel, dass nach einem Aufbrechen der Gebietsmonopole mittels individueller Verhandlungen insgesamt höhere Vertriebskosten für den Pressevertrieb anfielen. Zwar dürfte nicht wahrscheinlich sein, dass Pressegrossisten die Belieferung eines benachbarten Gebiets aufnahmen, wenn dies für sie unrentabel wäre. Würde jedoch ein Pressegrossist in einem benachbarten Gebiet tätig, wäre nicht zu erwarten, dass er dieses Vertriebsgebiet gleich für alle Verlage übernehme. Infolgedessen entstände ein Doppel- oder Mehrfach-Grosso, das parallele Vertriebsstrukturen erforderte. Dadurch würde der Vertrieb insgesamt verteuert. In den bestehenden Doppel-Grosso Gebieten mag diese Situation zwar für alle Beteiligten wirtschaftlich auskömmlich sein. Es handelt sich dabei jedoch um Großstädte oder daran angrenzende Gebiete, in denen aufgrund der Verkaufsstellendichte parallele Vertriebsstruk-

turen wirtschaftlicher betrieben werden können als in ländlichen Gebieten.

[62] Ob und wie die Pressegrossisten die Mindereinnahmen ausgleichen könnten, die ihnen bei Gewährung besserer Preise und Konditionen an Großkunden oder wegen des Verlustes von Großkunden in dem bisher belieferten Gebiet entstünden, ist von vielen Faktoren abhängig, zu denen insbesondere das Verhalten der Verlage, der Pressegrossisten und der belieferten Einzelhändler zählt. Bei dieser Beurteilung handelt es sich um eine komplexe Prognose. Mangels Erfahrungen mit einem wettbewerblich verfassten Großhandelsvertrieb für . Presseerzeugnisse in Deutschland ist es kaum möglich, die weitere Entwicklung zuverlässig vorauszusagen. Es ist denkbar, dass Wettbewerb zu Effizienzsteigerungen führte, die Mindereinnahmen jedenfalls teilweise kompensieren könnten. Nicht fernliegend erscheint aber auch, dass es zu einer Konsolidierung bei den Pressegrossisten käme und im Laufe der Zeit immer weniger Grossisten immer größere Gebiete belieferten. Plausibel ist ferner, dass es für kleinere Verlage und unrentable Verkaufspunkte, vor allem in ländlichen Gebieten, zu höheren Preisen und schlechteren Konditionen käme, mit der Folge, dass der Vertrieb von Nischenprodukten oder die Belieferung unrentabler Verkaufspunkte längerfristig eingestellt würde.

[63] (4) Dagegen bietet zwar zunächst das kartellrechtliche Missbrauchsverbot (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB) einen gewissen Schutz. Dieser Schutz griffe jedoch nicht mehr ein, wenn ein Pressegrossist in einem bestimmten Gebiet seine marktbeherrschende Stellung verlöre. Die Vorschrift des § 19 Abs. 2 Nr. 3 GWB verbietet zudem unterschiedliche Preise und Konditionen nur dann, wenn sie sachlich nicht gerechtfertigt sind. Insbesondere kann ein marktbeherrschendes Unternehmen nicht gezwungen werden, seine Leistung zu nicht kostendeckenden Preisen anzubieten (BGH, Beschluss vom 22. Juli 1999 – KVR 12/98, BGHZ 142, 239, 247 f. – Flugpreisspaltung). Es wäre daher durchaus zu befürchten, dass nach Beendigung des zentralen Verhandlungsmandats des Beklagten Pressegrossisten in zulässiger Weise ein Preissystem anwendeten, in dem höhere Fracht- und sonstige Vertriebskosten für entlegene Verkaufspunkte oder Kleinmengen bei der Preisgestaltung berücksichtigt würden. Einer Einstellung unrentabler Nischenprodukte oder Nichtbelieferung von Verkaufspunkten stände auch nicht der gleichgerichtete Wunsch der Verlage und Pressegrossisten nach einem möglichst umfassenden Vertrieb entgegen. Dieser Wunsch fände dort seine Grenze, wo ein Vertrieb zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen nicht mehr möglich wäre. Eine Pflicht zur flächendeckenden Versorgung geht somit deutlich über ein Verbot der Diskriminierung und unbilligen Behinderung hinaus.

[64] (5) Es kann dahinstehen, ob sich die den nationalen Gerichten bei der Anwendung von Art. 106 Abs. 2 AEUV übertragene Erforderlichkeitsprüfung auch auf die Frage erstreckt, ob dem nationalen Gesetzgeber zur Vermeidung der Gefährdung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ein die Geltung der Wettbewerbsregeln weniger beschränkendes Mittel zu Gebote steht (verneinend EuGH, Urteil vom 23. Oktober 1997 – C-157/94, Slg. 1997, I-5699 Rn. 58 – Stromhandelsmonopol; EuG, Slg. 2008, II-81 Rn. 268 – BUPA; von Dannwitz aaO S. 87 f.; Edward/Hoskins, CML 1995, 157, 170 ff.; so in Verfahren, in denen – wie im Streitfall – neben dem Kläger nur das betraute Unternehmen beteiligt war, auch EuGH, Urteil vom 19. Mai 1993 – C-320/91, Slg. 1993, I-2563 Rn. 16 ff. – Corbeau; Urteil vom 27. April 1994 – C-393/92, Slg. 1994, I-1477

Rn. 49 f. – Almelo; Urteil vom 18. Juni 1998 – C-266/96, Slg. 1998, I-3949 Rn. 44 f. – Corsica Ferries II; Slg. 2011, I-973 Rn. 77 ff. – AG2R Prévoyance; dazu Mestmäcker/Schweitzer in Immenga/Mestmäcker aaO Art. 106 Abs. 2 AEUV Rn. 110; abweichend EuGH, Urteil vom 25. Juni 1998 – C-203/96, Slg. 1998, I-4075 Rn. 67 – Dusseldorf).

[65] Denn eine andere Möglichkeit, wie sich das verfassungsrechtlich geschützte, positive Marktergebnis beim Pressevertrieb ohne das zentrale Verhandlungsmandat des Beklagten ebenso zuverlässig in einer Weise sichern ließe, die den Wettbewerb weniger beschränkte, ist nicht ersichtlich. Das gilt auch für das vom Berufungsgericht erwogene, auf kleinere Titel und Verlage beschränkte zentrale Verhandlungsmandat. Für die Grossisten bestände dann der Druck, Großkunden bessere Preise und Konditionen gewähren zu müssen, um sie nicht zu verlieren, in gleicher Weise wie bei einer vollständigen Beendigung der Zentralverhandlungen (vgl. o. Rn. 61). Unter diesen Umständen ist jedenfalls nicht offensichtlich fehlerhaft, dass der Gesetzgeber eine Beschränkung des zentralen Verhandlungsmandats nicht als Alternative zu dessen vollständiger gesetzlicher Absicherung erwogen hat.

Der BGH hält die Einschränkung des Art. 106 Abs. 2 S. 2 AEUV nicht für anwendbar und äußert Zweifel an der spürbaren Handelsbeeinträchtigung zwischen Mitgliedstaaten:

[66] 6. Die Entwicklung des Handelsverkehrs wird durch die Nichtanwendung des Kartellverbots auf die Branchenvereinbarungen des Beklagten nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt, das den Interessen der Europäischen Union zuwider läuft (Art. 106 Abs. 2 Satz 2 AEUV). Dabei kann dahinstehen, ob es sich hierbei um ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal für die partielle Befreiung von der Geltung des Unionsrechts handelt oder nur um eine negative Vorgabe für die Prüfung nach Art. 106 Abs. 2 Satz 1 AEUV (zum Meinungsstand vgl. MünchKommEUWettbR-Gundel aaO Art. 106 AEUV Rn. 99).

[67] Der Vertrieb über das Presse-Grosso bezieht sich weitestgehend auf deutsche Zeitungen und Zeitschriften, die von deutschen Grossisten über Einzelhändler im Inland an deutsche Leser verkauft werden sollen. Der für die internationale Presse wichtige Bahnhofsbuchhandel ist nicht Teil des hier in Rede stehenden Vertriebssystems. Im Hinblick auf diese Umstände begegnet schon die vom Berufungsgericht ohne weiteres angenommene Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts der Union Zweifeln. Es fehlen Feststellungen dazu, ob das Vertriebssystem des Presse-Grosso zu einer spürbaren Handelsbeeinträchtigung zwischen Mitgliedstaaten führt (vgl. EuGH, Urteil vom 16. Juni 1981 – 126/80, Slg. 1981, 1563 Rn. 17 – Salonia). Jedenfalls ist ausgeschlossen, dass einer im Übrigen zulässigen Anwendung des Art. 106 Abs. 2 Satz 1 AEUV eine geringfügige Beeinträchtigung des Handels entgegenstehen könnte, wie sie im vorliegenden Fall allenfalls in Rede stehen kann.

Der BGH hält auch eine Vorlage an den EuGH nicht für veranlasst:

[68] 7. Eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ist nicht veranlasst (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 – 283/81, Slg. 1982, 3415 Rn. 21 – C. I. L. F. I. T.). Im Streitfall stellt sich keine entscheidungserhebliche Frage zur Auslegung von Art. 106 Abs. 2 AEUV, die nicht bereits durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs geklärt oder zweifelsfrei zu beantworten ist.

[69] Unter Berücksichtigung des Spielraums der Mitgliedstaaten bei der Definition und Ausgestaltung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sowie der Rechtsprechung der Unionsgerichte zu den Anforderungen an eine Betrauung und die Verhinderung der Aufgabenerfüllung bestehen an der richtigen Anwendung des Unionsrechts im vorliegenden Fall keine vernünftigen Zweifel.

[70] Auch eine Gefahr voneinander abweichender Gerichtsentscheidungen innerhalb der Union besteht nicht. Eine Betrauung der hier vorliegenden Art mit Leistungen des flächendeckenden und nichtdiskriminierenden Pressevertriebs ist in der Union bisher einmalig.

Anm. d. Schriftltg.: Das vollständige Urteil ist abrufbar unter BeckRS 2016, 01329. ■

Oberlandesgerichte (OLG)

5 Vertriebsbeschränkungen in qualitativen selektiven Vertriebssystemen

§§ 1, 2 GWB, VO 330/2010

1. In einem nicht gegen § 1 GWB verstoßenden qualitativen selektiven Vertriebssystem kann dem zugelassenen Händler untersagt werden, Vertragsware über die Plattform amazon.de anzubieten, wenn Amazon selbst die Zulassungsvoraussetzungen des Vertriebssystems nicht erfüllt.

2. Beschränkungen in der Teilnahme an Preissuchmaschinen sind in einem qualitativen selektiven Vertriebssystem nicht zulässig. (Leitsätze der Redaktion)

OLG Frankfurt, Urteil v. 22.12.2015 – 11 U 84/14 (Kart) (LG Frankfurt am Main, Urteil v. 18.6.2014 – 2-3 O 158/13) – Funktionsrucksäcke

Zum Sachverhalt: Die Beklagte stellt qualitativ hochwertige sog. Funktionsrucksäcke für verschiedene sportliche Aktivitäten her. Sie hat in Deutschland ein qualitatives selektives Vertriebssystem errichtet, in dessen Rahmen die Belieferung von Händlern davon abhängig ist, dass diese sich verpflichten, die Vertragsprodukte nicht über die Verkaufsplattform www.amazon.de oder bestimmte Preissuchmaschinen anzubieten bzw. zu bewerben. Die Klägerin ist Händlerin, die die Zulassungsvoraussetzungen des qualitativen selektiven Vertriebssystems erfüllt. Sie ist aber mit den genannten Beschränkungen nicht einverstanden und hat die Beklagte auf Unterlassung verklagt. Das LG Frankfurt hat der Klage stattgegeben; das OLG Frankfurt differenziert so, wie in den Leitsätzen wiedergegeben.

Zur Einordnung: Das Urteil hält grundsätzlich die Einrichtung eines nicht gegen § 1 GWB verstoßenden qualitativen selektiven Vertriebssystems für Funktionsrucksäcke für zulässig (vgl. zu einem solchen Vertrieb von Schulranzen KG v. 19.9.2013, NZKart 2014, 72). Das gilt auch für die Beschränkung des Vertriebs über die Amazon-Verkaufsplattform jedenfalls dann, wenn Amazon selbst die Zulassungsvoraussetzungen nicht erfüllt.

Aus den Gründen: Das Gericht prüft, ob die Klägerin durch das Verbot des Vertriebs über die Plattform amazon.de unbillig behindert wird. Es bejaht die Anwendbarkeit der §§ 20 Abs. 1, 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB:

[...]

Die Beklagte ist zwar Normadressatin des § 20 Abs. 1 GWB. Wie das Landgericht festgestellt hat, ist eine marktstarke Stellung der Beklagten aufgrund der sortimentsbedingten Abhängigkeit der Klägerin zwischen den Parteien unstreitig. Das Verhalten der Beklagten stellt jedoch keinen Missbrauch

einer marktbeherrschenden Stellung i. S. d. § 19 Abs. 2 GWB dar.

Bei der rechtlichen Beurteilung war zu berücksichtigen, dass das Klagebegehren der Klägerin nicht darauf gerichtet ist, entgegen Ziff. 3.9 der Anlage 1 zur Selektiven Vertriebsvereinbarung der Beklagten auf beliebigen dritten Internet- und Auktionsplattformen tätig werden zu können, sondern lediglich darauf, Vertragsware über die Plattform amazon.de anbieten und verkaufen zu können. Der Streitgegenstand des Klageantrages zu I 1 ist daher auf die Zulassung des Vertriebes über amazon.de beschränkt.

Durch das Verbot dieses Vertriebes wird die Klägerin weder diskriminiert noch unbillig behindert (§ 19 Abs. 1 Nr. 2 GWB).

aa) Ein diskriminierendes Verhalten im Zusammenhang mit dem Amazon-Verbot ist nicht nachgewiesen. Die Klägerin weist zwar darauf hin, dass bei Amazon Vertragswaren der Beklagten verfügbar seien. Allerdings hat sie weder geltend gemacht, dass die Beklagte selbst ihre Waren über die Plattform amazon.de vertreibt noch dass sie anderen von ihr belieferten Händlern diesen Vertrieb gestattet. Sie ist auch dem Vortrag der Beklagten in der mündlichen Verhandlung nicht entgegen getreten, wonach die aktuell bei Amazon vorhandenen Angebote im Wesentlichen darauf zurückzuführen seien, dass das Selektive Vertriebssystem erst vor kurzer Zeit eingeführt und auch noch nicht europaweit umgesetzt worden sei.

bb) Unter einer Behinderung im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB ist jedes Verhalten zu verstehen, dass die wettbewerbliche Betätigungsfreiheit eines anderen Unternehmens nachhaltig beeinflusst (vgl. Nothdurft in: Langen/Bunte aaO. § 19 Rn. 197). Durch das Verbot, Waren über die Plattform amazon.de zu vertreiben, wird die Klägerin in ihren Absatzmöglichkeiten beschränkt. Ob die hierin liegende wettbewerbliche Behinderung der Klägerin unbillig i. S. d. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB ist, bestimmt sich aufgrund einer umfassenden Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes (BGH NJW 2012, 2110, 2112 – Werbeanzeigen; Bechtold, GWB, 7. Aufl., § 19 Rdnr. 16).

Das Gericht verneint eine unbillige Behinderung, weil es das qualitative selektive Vertriebssystem, dessen Zulassungsvoraussetzungen Amazon nicht erfüllt, für zulässig hält.

(1) Ausgangspunkt dieser Abwägung ist bei vertriebsbezogenen Sachverhalten der aus der unternehmerischen Handlungsfreiheit abzuleitende Grundsatz, dass das Behinderungsverbot des § 19 Abs. 1 GWB den Normadressaten grundsätzlich nicht daran hindert, seine geschäftliche Tätigkeit und sein Absatzsystem nach eigenem Ermessen so zu gestalten, wie er dies für wirtschaftlich sinnvoll und richtig erachtet (BGH aaO).

Danach erweist sich die Haltung der Beklagten, die Belieferung der Klägerin von der Akzeptanz des Amazon-Verbotes abhängig zu machen, nicht bereits deshalb als unbillig, weil durch die Möglichkeit eines Verkaufs über Amazon die Wettbewerbsfähigkeit kleinerer Händler wie der Klägerin gegenüber großen von der Beklagten belieferten Ketten wie A, B oder C erheblich gefördert würde, wie die Klägerin geltend macht und auch das BKartA in seiner Stellungnahme vom 11.5.2015 heraushebt (vgl. dazu auch BKartA, Hintergrundpapier „Vertikale Beschränkungen in der Internetökonomie“ vom 10.12.2013 (im Folgenden: Hintergrundpapier) S. 25).

Dass für andere Maßnahmen, die geeignet sind, die Wahrnehmbarkeit und Auffindbarkeit kleinerer Händler im Internet zu verbessern, wie etwa die Teilnahme an Preissuchmaschinen o. ä., Kosten anfallen, die von größeren Unternehmen leichter zu tragen sind als von kleineren, unterscheidet den Wettbewerb im Internet nicht von demjenigen im stationären Handel – auch dort haben größere Händler regelmäßig einen höheren Werbeetat und eine größere Kundenreichweite als kleinere.

Die Beklagte kann nicht zu einer aktiven Förderung des Wettbewerbs kleiner und mittlerer Unternehmen im online-Handel durch Zulassung eines Verkaufs über Amazon verpflichtet werden, wenn dies den Grundsätzen einer im Übrigen wettbewerbsrechtlich zulässigen Vertriebspolitik zuwiderläuft. Die Beklagte hat sich dafür entschieden, ihre Waren im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems nur an autorisierte Händler zu verkaufen. Zu diesen gehört Amazon nicht. Dabei ist von entscheidender Bedeutung, dass der Kunde nach seiner Wahrnehmung selbst dann „bei Amazon“ kauft, wenn Vertragspartner tatsächlich ein anderer Händler ist, der lediglich über die Amazon-Plattform verkauft. Dies hat bereits das Landgericht im erstinstanzlichen Urteil deutlich zum Ausdruck gebracht, wenn es dort heißt, der Kammer sei aus eigener Anschauung bekannt, dass Amazon als besonders schneller, zuverlässiger und günstiger Anbieter gilt; dies entspricht auch der eigenen Wahrnehmung des Senats. Auch wenn zumindest dem juristisch vorgebildeten Verbraucher noch bewusst ist, dass er den Kaufvertrag nicht mit Amazon, sondern mit einem anderen Händler abschließt, so erscheint doch die Person des tatsächlichen Vertragspartners völlig nebensächlich. Auch auf der bei Amazon eingerichteten Seite des Händlers (Händlershop) wird kaum deutlich, welche Informationen vom Händler selbst und welche von Amazon stammen.

Dem Hersteller wird damit in der Wahrnehmung des durchschnittlichen Verbrauchers ein Händler „untergeschoben“, mit dem der Hersteller keine Vertragsbeziehung unterhält und auf dessen Geschäftsgebaren er keinen Einfluss nehmen kann. Darauf, ob die Außenwahrnehmung von amazon positiv ist, wie das Landgericht meint, oder negativ, wie die Beklagte geltend macht, kommt es im Ergebnis nicht an. Wenn die Beklagte berechtigt ist, ihre Waren über ein selektives Vertriebssystem zu verkaufen, darf sie hierfür – im Rahmen des Erforderlichen, s. u. – auch ihre eigenen Kriterien aufstellen. Ob sie einen etwaigen „Goodwill“ von Amazon nützen will, den das BKartA in seiner Stellungnahme vom 11.5.2015 heraushebt, muss ihr selbst überlassen bleiben.

(2) Diese Freiheit des Normadressaten des § 19, 20 GWB zur Gestaltung seines Absatzsystems besteht zwar nur innerhalb der durch das Kartellrecht gezogenen Grenzen; sie ist ausgeschlossen, wo sie zu einer Beschränkung des Wettbewerbs führt, die mit der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes unvereinbar ist (BGH NJW 2012, 2110, 2112 – Werbeanzeigen). Diese Grenzen werden jedoch durch das Amazon-Verbot nicht überschritten.

Es handelt sich dabei um ein zulässiges Kriterium des von der Beklagten deutschlandweit eingerichteten und als solches nicht wettbewerbsbeschränkenden qualitativen selektiven Vertriebssystems.

Nach dem von der Beklagten eingeführten Vertriebssystem gemäß dem vorgelegten Vertragsformular „Selektive Vertriebsvereinbarung“, in das die Klägerin eintreten möchte,

knüpft die Auswahl der Wiederverkäufer (Händler) an objektive Kriterien qualitativer Art an, die sich auf die fachliche Eignung des Wiederverkäufers, seines Personals und seiner sachlichen Ausstattung beziehen. Wenn nur so die Qualität und der richtige Gebrauch der Produkte gewährleistet werden kann, rechtfertigt es die auf die Verbesserung des Wettbewerbs gerichtete Zielsetzung, mit dem Vertriebssystem unvermeidbar einhergehende Beschränkungen – insbesondere in Bezug auf Preiswettbewerb – hinzunehmen. Die Rechtfertigung entfällt dann, wenn der Hersteller diese Zielsetzung verlässt, indem er die Zulassung von Wiederverkäufern an Bedingungen knüpft, die zur Erreichung der beschriebenen Wettbewerbsverbesserungen nicht erforderlich sind (BGH GRUR 1999, 276, 277 – Depotkosmetik).

Deshalb ist allgemein anerkannt, dass derartige selektive Vertriebssysteme bereits keinen wettbewerbsbeschränkenden Charakter haben und damit nicht dem – auch auf Vertikaler Vereinbarungen anwendbaren – Verbot des § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV unterfallen, wenn sie drei Voraussetzungen erfüllen: Zum einen müssen die qualitativen Kriterien mit Rücksicht auf die Eigenschaften der vertriebenen Ware zur Wahrung ihrer Qualität und zur Gewährleistung ihres richtigen Gebrauchs erforderlich sein. Zweitens müssen die Kriterien einheitlich und diskriminierungsfrei angewendet werden, und drittens dürfen sie nicht über das erforderliche Maß hinausgehen (EuGH, GRUR 2012, 844 – Pierre Fabre – Rdnr. 41; WRP 1978, 234 – Metro I – Rdnr. 20; GRUR Int 1981, 315 – l'Oréal – Rdnr. 15, 16; BGH GRUR 1999, 276 – Depotkosmetik; KG, WRP 2013, 1517 Rdnr 33; OLG Karlsruhe, GRUR-RR 2010, 109; Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen 2010/C 130/01 – im Folgenden: Leitlinien –, Nr. 175; BKartA, Hintergrundpapier S. 12; Ellger in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., Art. 101 Abs. 3 AEUV Rdnr. 527; Bahr in Langen/Bunte, Kartellrecht, 12. Aufl., nach § 2 GWB Rdnr. 235).

(a) Dass Eigenschaften des betreffenden Produktes einen selektiven Vertrieb erfordert, ist zunächst etwa bei langlebigen, hochwertigen und technisch komplizierten Gütern der Fall, bei denen ein besonderer Bedarf des Verbrauchers an Beratung, Kundendienst oder Reparaturservice besteht (Ellger aaO).

Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Im Hinblick auf den Umfang der Produktpalette der Beklagten, die nach den Feststellungen des landgerichtlichen Urteils mehrere hundert Rucksack-Modelle in unterschiedlichen Gestaltungsformen, Größen und technischen Ausstattungen für unterschiedliche Anwendungsbereiche anbietet, liegt es auf der Hand, dass für die Wahl des bestgeeigneten Modells eine fundierte Beratung erforderlich ist.

(b) Darüber hinaus kann nach bisheriger herrschender Auffassung auch ein bestimmtes luxuriöses Produktimage die Einrichtung eines qualitativen selektiven Vertriebssystems und die damit verbundenen Beschränkungen hinsichtlich des Vertriebes rechtfertigen (EuGH, GRUR 2009, 593 – Copad/Dior, EuG, Urteil vom 12.12.1996, T-88/92 Leclerc ./ Givenchy, BGH WRP 1999, 101 – Depotkosmetik; WRP 2004, 374 – Depotkosmetik im Internet). Denn die Qualität von Prestigewaren beruht häufig nicht alleine auf ihren materiellen Eigenschaften, sondern auch auf ihrem Prestigecharakter, der ihnen eine luxuriöse Ausstrahlung verleiht, so dass eine Schädigung der luxuriösen Ausstrahlung geeignet ist, die Qualität der Waren selbst zu beeinträchtigen (EuGH, GRUR 2009, 593 – Copad/Dior).

(i) Nach Ansicht des Senats ist an dieser Auffassung auch nach der Entscheidung des EuGH vom 13.10.2011 in der Rechtssache C-439/09 – Pierre Fabre (GRUR 2012, 844) grundsätzlich festzuhalten. Zwar hat der EuGH in dieser Entscheidung ausgeführt, das Ziel, den Prestigecharakter zu schützen, könne kein legitimes Ziel zur Beschränkung des Wettbewerbs sein und daher nicht rechtfertigen, dass eine Vertragsklausel, mit der ein solches Ziel verfolgt wird, nicht unter Art. 101 I AEUV falle. Aus dem Kontext dieses Satzes schließt der Senat jedoch, dass der EuGH damit lediglich zum Ausdruck bringen wollte, dass der Schutz des Prestigecharakters der Marke nicht das im konkreten Fall gegenständliche Totalverbot jeglichen Online-Vertriebs rechtfertigen könne. Gegen eine solche „Kehrtwende“ der Rechtsprechung im Hinblick auf den Markenschutz spricht insbesondere, dass der EuGH, nachdem er vorab gleichsam als selbstverständlich die drei genannten Zulässigkeitskriterien für selektive Vertriebssysteme zitiert hat (Rdnr. 41), auf seine anders lautende frühere Rechtsprechung (EuGH, GRUR 2009, 593 – Copad/Dior) ebensowenig eingeht wie auf die des EuG (Urteil vom 12.12.1996, T-88/92 Leclerc ./ Givenchy) oder die entsprechenden Ausführungen in den Schlussanträgen des Generalanwaltes (vgl. Peepkorn/Heimann, GRUR 2014, 1175, 1177; ähnlich wohl auch Dethof, ZWeR 2012, 503, 512).

Im Übrigen ist nach dem Vorbringen der Parteien im vorliegenden Fall nicht davon auszugehen, dass das Verhalten der Beklagten überhaupt geeignet wäre, den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen, so dass bereits der Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV, der Gegenstand der Entscheidung des EuGH war, nicht eröffnet ist. Die Klägerin begehrt eine Zulassung für die Plattform www.amazon.de, die sich an ein deutschsprachiges Publikum richtet. Vor allem aber werden die hier streitgegenständlichen Klauseln nach dem übereinstimmenden Vortrag der Parteien von der Beklagten derzeit nicht europaweit verwendet. Auch die Gefahr einer Abschottung des deutschen Marktes i. S. d. Ziff 86 f der Leitlinien der Kommission über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags vom 27.4.2004 aufgrund dieser Klauseln ist hier nicht ersichtlich. Damit sind etwaige wettbewerbsbeschränkende Wirkungen des Vertriebssystems der Beklagten nicht nach Art. 101 AEUV, sondern nach den §§ 1 ff GWB zu beurteilen.

(ii) Soweit die Beklagte vorliegend die Notwendigkeit der Wahrung ihres Produktimages betont, ist nach Auffassung des Senates zu differenzieren:

Wie bei den der Entscheidung des Kammergerichts (WRP 2013, 1517) zugrunde liegenden Schulranzen und -rucksäcken erscheint es zwar fraglich, ob den Produkten der Beklagten ähnlich wie Luxusartikeln tatsächlich ein bestimmtes „Image“ zukommt, das über die rein funktionale Bedeutung des Produkts hinausgeht und somit selbst zu einer Eigenschaft des Produktes wird und ihm einen entsprechenden Mehrwert verleiht (vgl. dazu Franck, WuW 2010, 772, 778). Nach den vorgelegten Unterlagen und dem Katalog der Beklagten erscheint ein Produktimage, das der Erwerber nach außen kommunizieren will, für die Nachfrage nach X-Produkten eher von untergeordneter Bedeutung.

Allerdings ist davon auszugehen, dass das von der Beklagten aufgebaute Produktimage dazu dient, eine hohe Produktqualität zu signalisieren. Da Kaufentscheidungen mangels hinreichender Informationen häufig nach dem Kriterium des Preises getroffen werden, haben Hersteller hochwertiger Ar-

tikel ein Interesse daran, der Marktgegenseite zu vermitteln, dass ihre Artikel qualitativ höher einzustufen sind als der Durchschnitt. Die Signalisierung einer gehobenen Produktqualität ist wettbewerblich gerade da geboten, wo sich diese Qualität für den durchschnittlich informierten Verbraucher schwer beurteilen lässt, wie beim Erwerb länger und intensiver genutzter Artikel, bei denen sich der Gebrauchswert erst nach einiger Zeit zeigt (KG aaO Rdnr 45; Franck, WuW 2010, 772, 781 f).

(c) Ob die aufgestellten Kriterien nicht über das erforderliche Maß hinausgehen, ist objektiv unter Berücksichtigung des Verbraucherinteresses zu prüfen (KG aaO Rdnr. 33; EuG aaO – Leclerc – Rdnr. 106). Maßgeblich ist daher, ob das Amazon-Verbot erforderlich ist, um den Beratungsbedarf und die Signalisation einer hohen Produktqualität sicherzustellen.

Unter Abwägung aller Umstände ist dies vorliegend – abweichend von der im Hinweisbeschluss vom 30.6.2015 geäußerten vorläufigen Einschätzung des Senats – zu bejahen, und zwar auch dann, wenn man entsprechend dem Vortrag der Klägerin davon ausgeht, dass sie die Vertragswaren nicht nur ausschließlich unter eigenem Namen verkauft, sondern auch die Versendung selbst übernimmt und hierfür nicht das Zentrallager von amazon nutzt.

(i) Zur Sicherung des Beratungsbedarfs fordert die Beklagten in ihrer Selektiven Vertriebsvereinbarung für den stationären Verkauf, dass „aufgrund der hohen Funktionalität“ ihrer Produkte während der üblichen Ladenöffnungszeiten eine kompetente individuelle qualifizierte Beratung durch geschulte Fachverkäufer gewährleistet ist (Ziff. 4). Eine solche Beratung lässt sich zwar naturgemäß nicht 1:1 im online-Handel durchsetzen. Allerdings dienen die in den Ziff. 2 und 5 der Anlage 1 der selektiven Vertriebsvereinbarung aufgestellten Regeln (Verpflichtung zum Hinweis auf das stationäre Ladengeschäft nebst Öffnungszeiten und Telefonnummer, mit der Möglichkeit, dort Produkte anzusehen und sich beraten zu lassen, sowie Verpflichtung zur Einrichtung und Unterhaltung eines qualifizierten Online-Help- und Beratungssdesk) erkennbar demselben Zweck und erscheinen hierzu auch geeignet. Demgegenüber ist nicht ersichtlich, wie der Beratungsbedarf bei einem Verkauf über die website amazon.de gesichert werden kann. Die auf dieser Website amazon.de ausweislich der mit der Klageschrift vorgelegten Anlage K 7 angebotene „Größenberatung“ für Rucksäcke ist damit nicht ansatzweise vergleichbar. Zwar hätte der Kunde theoretisch die Möglichkeit, auch die eigene Website der Klägerin zu besuchen. Dies bedürfte jedoch eines zusätzlichen Suchaufwandes, da der Kunde bei Kaufinteresse von der Plattform „amazon.de“ nicht auf die händlereigene Website, sondern lediglich auf den auf amazon.de entsprechend den Vorgaben von Amazon eingerichteten „Händler-shop“ weitergeleitet wird. Dabei besteht aus Sicht des Kunden, der von der Klägerin angebotene Vertragswaren bei Amazon gefunden hat, regelmäßig auch keine Veranlassung, aktiv nach der eigenen Website der Klägerin zu suchen, da er weder weiß, dass er dort zusätzliche Informationen und Beratungsangebote erhalten kann, noch dass er dort möglicherweise noch besser für seinen Bedarf geeignete Produkte der Beklagten finden kann.

(ii) Auch die Signalisierung einer hohen Produktqualität erscheint bei Amazon nicht möglich. Die einheitliche Darstellung aller Produkte gleich welcher Art und Qualität lässt keinen Raum für eine Differenzierung, die das Markenimage zum Ausdruck bringt. Im Gegensatz zu den von der Beklag-

ten ebenfalls beanstandeten Preissuchmaschinen (s. dazu unten 2) b) bb) (1)) erfolgt eine solche Differenzierung auch nicht auf der Ebene eines bei Amazon eingerichteten „Händlershops“ – auch insoweit „überlagert“ die Einrahmung durch das Amazon-Logo und die entsprechenden Links jede individuelle Gestaltung.

Anders beurteilt das Gericht den geforderten Suchmaschinen-Vorbehalt. Dieser verstöße jedenfalls in seiner tatsächlichen Handhabung durch die Beklagte gegen § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB. Das Gericht hält es schon für zweifelhaft, ob die Beklagte diese Regelung diskriminierungsfrei anwendet; jedenfalls liege eine unbillige Behinderung vor:

[...]

Dabei hat der Senat berücksichtigt, dass die Beklagte zwar formal die Nutzung von Preissuchmaschinen und vergleichbaren Plattformen nicht pauschal verbietet, sondern lediglich unter einen Erlaubnisvorbehalt stellt. Aus der tatsächlichen Handhabung, insbesondere dem Umstand, dass sie für sämtliche von der Klägerin mit E-Mail vom 14.12.2012 angefragten acht Preissuchmaschinen und Shoppingportale eine Genehmigung unter Verweis auf ihre selektive Vertriebsvereinbarung pauschal abgelehnt hat, lässt sich jedoch entnehmen, dass die Beklagte jedenfalls eine äußerst restriktive Genehmigungspraxis betreibt; sie hat auch im Verlaufe des vorliegenden Verfahrens nicht aufgezeigt, unter welchen Voraussetzungen aus ihrer Sicht überhaupt eine Genehmigung in Betracht käme. Dazu kommt, dass jedenfalls die von ihr genannten Merkmale der Plattformen ladenzeile.de und idealo.de das Verbot dieser Plattformen nicht rechtfertigen. Die entsprechende Bestimmung steht daher einem grundsätzlichen Verbot der Nutzung von Preissuchmaschinen gleich.

Durch das Suchmaschinenverbot werden die Werbemöglichkeit der Klägerin im online-Handel stark eingeschränkt und wird dadurch auch ihre Wettbewerbsposition negativ beeinträchtigt. Im Gegensatz zu dem Verbot des Vertriebes über die Plattform Amazon erscheint diese Behinderung unbillig.

Die grundsätzliche Freiheit der Beklagten, ihr Absatzsystem nach eigenem Ermessen zu gestalten, wird vorliegend dadurch eingeschränkt, dass ein generelles Suchmaschinenverbot zur Wahrung der mit dem grundsätzlich zulässigen selektiven Vertriebssystem der Beklagten angestrebten Zwecke der Sicherstellung eines Beratungsbedarfes sowie der Aufrechterhaltung eines Markenimages nicht erforderlich ist und damit kein zulässiges Kriterium dieses selektiven Vertriebssystems sein kann. Eine entsprechende Vereinbarung verstößt gegen § 1 GWB.

Im Unterschied zu der Plattform amazon.de wird jedenfalls bei den von den Parteien genannten Preissuchmaschinen ein Kunde, der sich näher für ein Angebot interessiert, von der Suchmaschine direkt auf die eigene Website des Händlers geleitet. Die entsprechenden Plattformen dienen nicht dem unmittelbaren Verkauf, sondern lediglich dem Auffinden von Händlern, die das gesuchte Produkt anbieten. Dass der Kunde dabei zunächst auf der Bestellseite des Händlers landet, erhöht lediglich die Benutzerfreundlichkeit für denjenigen, der bereits zuvor zum Kauf entschlossen ist. Die Startseite des Händlers mit ihren Verlinkungen ist hiervon jedoch regelmäßig nur einen Mausklick entfernt, so dass die Anforderungen, die die Beklagte legitimerweise an die Ausgestaltung der Webseiten ihrer Händler stellen darf, auch hier zum Tragen kommen. Insbesondere kann dadurch den Anforderungen der Ziff. 2 und 5 der Anlage 1 zur Selektiven Vertriebsvereinbarung der Beklagten zur Erfüllung eines Bera-

tungsbedarfs des Kunden ohne weiteres Rechnung getragen werden.

Auch der Schutz der Markenimages rechtfertigt den Ausschluss derartiger Suchportale nicht. Die Beklagte meint, dass durch die Anhäufung von gleichförmigen Produktabbildungen und Preisangaben beim potentiellen Käufer der monotone Eindruck einer massenhaften Verfügbarkeit entstehe, was dem hochwertigen Produktimage schade. Diesem Aspekt käme jedoch allenfalls dann Bedeutung zu, wenn der Marke des Klägers ein gewisses „Luxusimage“, verbunden mit der Vorstellung von Exklusivität, anhaften würde. Steht jedoch wie hier das Markenimage vor allem für die Signalisierung einer hohen Produktqualität, so ist nicht ersichtlich, dass dieses Image bereits dadurch nennenswert beeinträchtigt wird, dass für den potentiellen Käufer erkennbar wird, dass das Produkt in verschiedenen Varianten von einer Vielzahl von Händlern angeboten wird. Insbesondere gilt aber auch insoweit im Unterschied zur Plattform amazon.de, dass lediglich der Käufer, der bereits ohnehin fest zum Kauf eines ganz bestimmten Produktes entschlossen ist, sich auf den Besuch der Bestellseite des Händlers, auf die er von der Suchmaschine geleitet wurde, beschränken wird, während er ansonsten auch die sonstige Website des Händlers zur Kenntnis nehmen wird.

Dies schließt nicht aus, dass die Beklagte im Einzelfall gegen die Werbung eines Händlers auf Suchmaschinen vorgehen kann, wenn diese gegen die in Ziff. 3.1 – 3.8 der Anlage 1 der Selektiven Vertriebsvereinbarung niedergelegten Qualitätsanforderungen an den Webaustritt des Händlers verstößt. Ein solcher Verstoß kann jedoch weder hinsichtlich Suchmaschinen im Allgemeinen noch hinsichtlich der konkret benannten Suchmaschinen idealo.de und ladenzeile.de festgestellt werden.

Das Gericht hält die mit dem Preissuchmaschinen-Verbot einhergehende Wettbewerbsbeschränkung für spürbar; wegen des hohen Marktanteils der Beklagten greife die über § 2 Abs. 2 GWB anwendbare Gruppenfreistellungsverordnung 330/2010 nicht ein. Die Marktanteilsschwelle von 30 % sei auf dem relevanten Markt durch die Beklagte überschritten:

[...]

Maßgeblich ist nach dem Wortlaut des Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO also sowohl in sachlicher wie in räumlicher Hinsicht nicht der Endverbrauchermarkt, sondern die Wirtschaftsstufe, auf der die Beklagte ihre Produkte verkauft. Das ist hier der Absatz an die Vertragshändler (vgl. Ellger in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., Art. 3 Vertikal-GVO Rdnr. 20, 24). Die Frage der Substituierbarkeit ist daher nicht aus Konsumentensicht, sondern aus derjenigen des abnehmenden Händlers zu beurteilen. Dieser wird üblicherweise die Gesamtheit des Warensortiments oder der Produktpalette und nicht die darin enthaltenen Einzelerzeugnisse als austauschbar betrachten (Nolte in: Langen/Bunte nach Art. 101 Rdnr. 375, 379; Schultze/Pautke/Wagener, Vertikal-GVO, 3. Aufl., Rdnr. 508). Dass dies bei den Produkten der Beklagten anders wäre, ergibt sich aus dem Vortrag der Beklagten nicht. Unter diesem Gesichtspunkt ist daher in sachlicher Hinsicht von einem einheitlichen „Markt für Funktionsrucksäcke“ auszugehen, auch wenn aus der Sicht des Endverbrauchers etwa ein Fahrrad-rucksack nicht durch einen Trekkingrucksack substituierbar ist.

Entgegen der Auffassung der Beklagten können dabei die Funktionsrucksäcke von Discontnern wie E oder F, die zu

einem Bruchteil des Preises angeboten werden wie die Produkte der Beklagten, nicht als zum selben sachlich relevanten Markt gehörig angesehen werden. Die Zugehörigkeit zum selben Markt i. S. d. Art 3 Vertikal-GVO wäre zwar trotz der obigen Ausführungen noch nicht bereits dann ausgeschlossen, wenn diese Produkte nicht wie die Produkte der Beklagten über Vertragshändler, sondern über eine herstellereigene Absatzorganisation an die Endverbraucher abgesetzt werden (vgl. Ellger aaO Rdnr. 16). Auch aus der insoweit ergänzend heranzuziehenden Endverbrauchersicht erscheinen diese jedoch nicht mit den Produkten der Beklagten austauschbar. Die Klägerin verweist insoweit zutreffend auf erhebliche Unterschiede in Qualität (Robustheit, Ergonomie, Langlebigkeit, Material) und Preis, was beklagenseits nicht in Abrede gestellt wird; die Beklagte stellt durch ihre Preisgestaltung und ihre auch im vorliegenden Verfahren betonte Markenpflege gegenüber dem Verbraucher selbst die Hochwertigkeit ihrer Produkte heraus. Dies führt dazu, dass diese auch aus Endverbrauchersicht nicht mit Billigprodukten von Discontnern substituierbar nicht (vgl. OLG München, WuW 2015, 1264, 1268 – Markenkoffer, Bardong in: Langen/Bunte aaO, § 18 GWB Rdnr. 34).

In räumlicher Hinsicht ist auf den deutschen Markt abzustellen. [...]

Das Gericht verneint auch eine Einzelfreistellungsfähigkeit des Suchmaschinen-Verbots nach § 2 Abs. 1 GWB.

Anm. d. Schriftlgt.: Das vollständige Urteil war bei Redaktionsschluss noch nicht bei Beck-online abrufbar. ■

Sonstige Gerichte

6 Zum Kartellschaden mittelbarer Abnehmer

§§ 33, 131 GWB, § 823 Abs. 2 BGB

Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass und in welcher Höhe ein kartellbedingter Preisaufschlag auf die nachfolgende Marktstufe abgewälzt wurde (passing-on), trägt der mittelbare Abnehmer, der sich darauf beruft. (Leitsatz der Redaktion)

LG Düsseldorf, Urteil v. 19.11.2015 – 14 d O 4/14 – Autoglas-Kartell

Zum Sachverhalt: Die Klägerin ist Versicherungsunternehmen. Sie macht gegen Teilnehmer am Autoglas-Kartell (vgl. dazu Urteile des Gerichts vom 27.3.2014 – Saint Gobain, NZKart 2015, 439 und vom 15.7.2015 – Asahi, NZKart 2015, 483 und Pilkington, NZKart 2015, 485) Schadenersatzansprüche geltend, weil sie bei der Regulierung von Versicherungsfällen im Bereich von Autoglasschäden bei den Werkstätten kartellbedingt überhöhte Preise hätte bezahlen müssen. Das Gericht weist die Klage ab.

Zur Einordnung: Das Urteil ist von Bedeutung insbesondere für den Schadenersatzanspruch von Kunden der Marktstufen, die den unmittelbar vom Kartell betroffenen Marktstufen nachfolgen.

Aus den Gründen: Nach Bejahung der Inlandsauswirkung des Kartells (§ 130 Abs. 2 GWB) differenziert das Gericht für die Rechtsgrundlagen der Schadenersatzansprüche, die die Zeit ab 1998 betreffen, zwischen der Rechtslage vor und nach Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle:

[...]

[176] bb) Für den Zeitraum vor Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle zum 1.7.2005 ist auf Art. 40 f. EGBGB a.F. abzustellen, in denen das vor Inkrafttreten des EGBGB normierte Gewohnheitsrecht gesetzlich geregelt worden ist. Die

VO (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht vom 11.7.2007 (Rom-II), die zum 11.1.2009 in Kraft getreten ist, gilt nach ihrem Art. 31 nur für schadensbegründende Ereignisse, die nach ihrem Inkrafttreten eintreten (vgl. auch EuGH, Urteil vom 17.11.2001, Rs C-412/10, EuZW 2012, 35).

[177] Nach Art. 40 Abs. 1 S. 1 EGBGB unterliegen Ansprüche aus unerlaubter Handlung dem Recht des Staates, in dem der Ersatzpflichtige gehandelt hat. Handlungsort ist dabei der Ort, an dem die für die Rechtsgutverletzung maßgebliche Ursache gesetzt wurde (Palandt-Heldrich, BGB, 64. Aufl., Art. 40 Rz. 3). Geht die Rechtsgutverletzung auf das Zusammenwirken mehrerer Ursachen zurück, die in verschiedenen Staaten gesetzt wurden, führt die Anknüpfung an den Handlungsort nach zutreffender Ansicht zu mehreren alternativ anwendbaren Deliktsstatuten, zwischen denen der Verletzte wählen kann (Palandt-Heldrich, BGB, a. a. O., Art. 40 EGBGB Rz. 3). Dieser ist – auch – Deutschland. Von den 18 Kartellanten haben jedenfalls drei ihren Sitz in Deutschland, die bi- und trilateralen Treffen haben nach den unstreitig gebliebenen Feststellungen der Kommission in der Bußgeldentscheidung (Anlage K 5) auch in der Nähe von Königswinter (so das wohl die Teilnahme der Beklagten konstituierende Treffen) und in Düsseldorf stattgefunden. Ein Schwerpunkt der Tätigkeit der Kartellanten lässt sich nicht ausmachen, auch wenn die größere Anzahl von Treffen in Paris, Brüssel und Rom stattgefunden hat (für einen Großteil der Treffen ist der Ort unbekannt geblieben). Es liegen deshalb die Voraussetzungen für ein Wahlrecht der Klägerin vor. Soweit vertreten wird, dass bei mehreren Handlungsorten ein Schwerpunkt gebildet werden sollte (vgl. Palandt-Heldrich a. a. O. m. w. N.), so lag nach dem Vorgesagten jedenfalls einer von mehreren Handlungsschwerpunkten in Deutschland.

[178] Hiervon abgesehen würde sich die Anwendbarkeit deutschen Rechts auch aus Art. 40 Abs. 1 S. 2 EGBGB (Anknüpfung an den Erfolgsort) bzw. auch aus dem Anknüpfungstatbestand der wesentlich engeren Verbindung nach Art. 41 Abs. 1 EGBGB ergeben, was nach Vorgesagtem aber keiner weiteren Ausführungen bedarf.

[179] Soweit sich die Beklagten auf die zum Recht des unlauteren Wettbewerbs ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung (BGH Urteil vom 15.11.1990, I ZR 22/89 – Kaffeefahrt im Ausland, BGHZ 113, 11 m. w. N.) berufen haben, nachdem als Begehungsort regelmäßig der Markt angesehen wird, wo die wettbewerblichen Interessen der Konkurrenten aufeinander treffen und damit Handlungsort und Erfolgsort zusammenfallen, wird dies vom BGH damit begründet, dass dort, wo auf die Entschließung des Kunden eingewirkt wird, das Wettbewerbsrecht unlauteres Konkurrenzverhalten verhindern soll. Diese Erwägungen sind auf kartellrechtliche Sachverhalte nicht übertragbar.

[180] b) Nach den allgemeinen Regeln des intertemporalen Rechts, auf die mangels einer entsprechenden Übergangsregelung in § 131 GWB in der derzeit geltenden Fassung zurückzugreifen ist, sind rechtsgeschäftlich wie auch gesetzlich begründete Schuldverhältnisse nach dem Recht zu beurteilen, das zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses galt (OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.9.2009, VI-U (Kart) 17/08, – Postkonsolidierer, zitiert nach: juris, dort Rz. 28; KG Berlin, Urteil vom 1.10.2009, 2 U 17/03, Rz. 37 – Berliner Transportbeton, GWR 2010, 69). Dementsprechend richtet sich auch der kartellrechtliche Schadensersatz-

anspruch aus § 33 GWB als ein deliktischer Haftungstatbestand nach dem im Zeitpunkt der Tatbegehung geltenden Kartellrecht, so dass auf Kartellrechtsverstöße, die vor Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle zum 1.7.2005 begangen worden sind, das GWB in der vorangegangenen Fassung Anwendung findet (BGH Urteil vom 28.6.2011, KZR 75/10 – ORWI, zitiert nach: juris, dort Rz. 16; OLG Düsseldorf a. a. O., KG Berlin a. a. O.). Dies ist für den Tatzeitraum bis Ende 1998 § 35 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 1 GWB in der Fassung vom 20.2.1990 (GWB 1990) bzw. für den Tatzeitraum ab dem 1.1.1999 § 33 S. 1 i. V. m. § 1 GWB in der Fassung vom 26.8.1998 (GWB 1998). Diese Vorschriften normieren allerdings eine Schadensersatzpflicht nur bei Verstößen gegen Vorschriften des GWB oder gegen aufgrund dieses Gesetzes erlassene Verfügungen, nicht jedoch bei Verstößen gegen das in Art. 101 Abs. 1 AEUV und vorhergehend in Art. 85 EGV bzw. Art. 81 EG normierte unionsrechtliche Kartellverbot (im Folgenden wird jeweils die derzeit in Kraft stehende Fassung zitiert).

[181] Einschlägige Anspruchsgrundlage für den Zeitraum bis zum 1.7.2005 ist deshalb § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Art. 101 Abs. 1 AEUV, dessen Voraussetzungen allerdings mit einem Anspruch nach § 33 S. 1, 20 Abs. 1 GWB a. F. korrespondieren (vgl. OLG Düsseldorf, a. a. O., Rz. 69). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stellt das unionsrechtliche Verbot von Kartellen und abgestimmten Verhaltensweisen (Art. 101 Abs. 1 AEUV) ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB dar (BGH Urteil vom 28.6.2011, KZR 75/10 – ORWI, zitiert nach: juris, dort Rz. 14 f. m. w. N.; BGH Urteil vom 12.5.1998, KZR 23/96 – Depotkosmetik, WuW/E DE-R 206, 207 f.).

[...]

Zur Bindungswirkung nach § 33 Abs. 4 GWB führt das Gericht aus:

[188] Die Bußgeldentscheidung der Kommission vom 12.11.2008 entfaltet gemäß § 33 Abs. 4 GWB n. F. gegenüber den Beklagten Bindungswirkung. Dem steht nicht entgegen, dass die Vorschrift im Zeitpunkt des Kartellverstößes im Jahre 2003 noch nicht existierte, sondern erst im Zuge der 7. GWB-Novelle mit Wirkung zum 1.7.2005 in das GWB eingefügt worden ist. Die Grundsätze des intertemporalen Rechts dienen dem Schutz des Vertrauens darin, dass das rechtserhebliche Handeln eines Rechtssubjektes auch in Zukunft nur nach dem zu seiner Vornahme (oder Unterlassung) geltenden Recht beurteilt wird. Dieses schutzwürdige Vertrauen gebietet ein Verbot der Rückwirkung ungünstigeren neuen Rechts bzw. ein Gebot zur Anwendung günstigeren alten Rechts jedoch nur in Bezug auf das materielle Recht. Die Regelung des § 33 Abs. 4 GWB stellt zwar eine gegenüber der alten Rechtslage wesentliche Neuerung dar, hat aber lediglich eine Beweiserleichterung für potentielle Privatkörper zur Ermöglichung von Anschlussklagen („Follow-on“-Verfahren) und damit eine prozessuale Frage zum Gegenstand. Dies führt dazu, dass für die Anwendbarkeit dieser prozessualen Vorschrift nicht auf die Entstehung des Rechtsverhältnisses oder die Eröffnung des kartellbehördlichen oder gerichtlichen Verfahrens, sondern auf den Zeitpunkt dessen bestands- oder rechtskräftigen Abschlusses abzustellen ist. Denn erst der mit Unanfechtbarkeit der Entscheidung einhergehende Abschluss des Verfahrens führt zu einem nunmehr unabänderbaren prozessual erheblichen Sachverhalt. Erlangt die Entscheidung daher erst – wie vorliegend die Bußgeldentscheidung gegen die Beklagten und Streitverkündeten vom 12.11.2008 – nach dem 1.7.2005

Bestands- bzw. Rechtskraft, liegt weder eine unzulässige Rückwirkung noch eine sonstige Enttäuschung schutzwürdigen Vertrauens vor, so dass § 33 Abs. 4 GWB n.F. ohne weiteres eingreift (zu alledem OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.9.2009, VI-U (Kart) 17/08 – Postkonsolidierer, zitiert nach juris, dort Rz. 33 ff.; so auch LG Mannheim, Urteil vom 4.5.2012, 7 O 436/11 – Feuerwehrfahrzeuge, WuW/E DE-R 3584, 3587 f.; Bechthold/Bosch, a. a. O., § 33 Rz. 41).

[189] Ob sich hiervon abgesehen eine Bindung des mitgliedstaatlichen Gerichts an die Bußgeldentscheidung auch für Follow-on-Klagen aus Art. 16 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln vom 16.12.2002 ergibt (vgl. insoweit auch die Rspr. des EuGH, Urteil vom 14.2.2000, C-344/98 – Masterfoods, WuW/E EU-R 389), kann deshalb dahinstehen (kritisch insoweit Langen/Bunte-Bornkamm, a. a. O., § 33 Rz. 166 f.).

[190] Die Bindungswirkung der Bußgeldentscheidung umfasst indes nur die Beteiligung (hier der Beklagten) an dem von der Kommission festgestellten Kartellrechtsverstoß in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht. In der Begründung des Regierungsentwurfs (WuW-SH 2005, S. 171) heißt es diesbezüglich: „Die Tatbestandswirkung bezieht sich allein auf die Feststellung des Kartellrechtsverstoßes. Alle weiteren Fragen, insbesondere zur Schadenskausalität und zur Schadenbeurteilung, unterliegen der freien Beweiswürdigung des Gerichts.“

[191] Eine Kartellbildung durch die Beklagten und die Streitverkündeten liegt nach den bindenden Feststellungen der Kommission vor. Die Beklagten haben danach als aktive Teilnehmer vorsätzlich und damit schuldhaft gehandelt. Eine Haftung kommt aber erst ab dem Zeitpunkt in Betracht, ab dem die Beklagten tatsächlich Teilnehmer gewesen sind; nach den Feststellungen in der Bußgeldentscheidung (Anlage K 5) unter Rz. 98, 100 bzw. 641 war dies erst ab dem 18.5.1998 der Fall. Die Beklagten haften mithin auch erst ab diesem Zeitpunkt.

[...]

Das Gericht geht davon aus, dass es infolge des Autoglaskartells zu einer Preisüberhöhung auf der ersten Stufe, d. h. im Verhältnis der Kartellanten zu den Automobilherstellern als deren direkten Abnehmern, gekommen ist. Es ist aber der Auffassung, dass die Klägerin nicht ausreichend dargelegt und bewiesen habe, dass es zu einer Weitergabe des auf der ersten Stufe entstandenen Schadens auf die Absatzstufe der Werkstätten gekommen ist:

[208] a) Die Darlegungslast dafür, dass und gegebenenfalls in welcher Höhe ein kartellbedingter Preisaufschlag auf die nachfolgende Marktstufe abgewälzt wurde (passing-on), trägt der mittelbare Abnehmer, der sich hierauf beruft (grundlegend BGH Urteil vom 28.6.2011, KZR 75/10 – ORWI, zitiert nach juris, dort Rz. 44 f.; siehe auch Langen/Bunte-Bornkamm, a. a. O., § 33 Rz. 150; Münchener Kommentar-Lübbig, a. a. O., § 33 Rz. 97; Inderst/Thomas, a. a. O., S. 255 ff.).

[209] aa) Angesichts der ökonomischen Komplexität der Preisbildung und des unterschiedlichen Wettbewerbsdrucks auf den jeweiligen nachgelagerten Märkten spricht nach der „ORWI“ – Rechtsprechung des BGH keine Vermutung dafür, dass eine im zeitlichen Zusammenhang mit dem Kartell auftretende Preiserhöhung auf den Anschlussmärkten ursächlich auf das Kartell zurückzuführen ist. Die Kausalität

muss vielmehr im Einzelfall nachgewiesen werden. Die Ursächlichkeit einer Kartellabsprache für die Preisbildung auf nachfolgenden Marktstufen ist dabei anhand des Preisniveaus zu ermitteln, das sich dort ohne die kartellbedingte Übersteuerung eingestellt hätte. Die Preisbildung wird von zahlreichen Faktoren der Marktstruktur und der jeweiligen kaufmännischen Strategie beeinflusst. Daher genügt es für den erforderlichen Ursachenzusammenhang nicht, dass auch auf dem Anschlussmarkt im zeitlichen Zusammenhang mit dem Kartell die Preise gestiegen sind. Vielmehr bedarf es der Feststellung, dass die Preiserhöhung gerade auf das Kartellgeschehen und nicht etwa auf andere preisbildende Faktoren zurückgeht (BGH a. a. O. Rz. 45). So ist es möglich, dass der Preissetzungsspielraum des Abnehmers auf der vorgelagerten Marktstufe nicht auf der durch das Kartell geschaffenen Marktlage, sondern auf einer davon unabhängigen, besonderen Marktstellung oder anderen Gegebenheiten des Anschlussmarkts beruht. Dann ist der vorgelagerte Abnehmer unabhängig von dem erhöhten Einstandspreis in der Lage gewesen, seinen Verkaufspreis anzuheben. Zu den Faktoren, die in diesem Zusammenhang erheblich sind, gehören die Preiselastizität von Angebot und Nachfrage, die Dauer des Verstoßes sowie die Intensität des Wettbewerbs auf der Stufe. Müssen die meisten der dort auftretenden Anbieter den Kartellpreis entrichten und hat ihre Marktgegenseite keine oder nur geringe Ausweichmöglichkeiten, kann eine Kostenwälzung grundsätzlich jedenfalls dann als kartellbedingt angesehen werden, wenn der Wettbewerb auf dem Anschlussmarkt ansonsten funktionsfähig ist. Hat sich der weiterliefernde Abnehmer seinen Preissetzungsspielraum dagegen durch besondere kaufmännische Leistungen und Anstrengungen erworben, fehlt es an der erforderlichen adäquaten Kausalität des Kartells für die Preiserhöhung auf dem Folgemarkt (BGH a. a. O. Rz. 47). Sind nach diesen Maßstäben auf dem Anschlussmarkt Verhältnisse gegeben, die eine Überwälzung des Kartellpreinsniveaus auf die nachfolgende Marktstufe erlauben, kann der Kausalzusammenhang zwischen Kartell und Schaden der Folgeabnehmer nicht mit der Erwägung verneint werden, die Preispolitik des Direktabnehmers beruhe auf dessen autonomer Entscheidung. Nach der Rechtsprechung des BGH unterbricht das auf freier Entscheidung beruhende Verhalten eines Dritten die Kausalität eines früheren Umstandes allenfalls dann, wenn es von dem Vorhanden- oder Nichtvorhandensein des früheren Umstandes gänzlich unabhängig war. Davon kann bei der Preisbildung eines Kaufmanns keine Rede sein, die sich an den durch ein Kartell beeinflussten Gestehungskosten orientiert (BGH a. a. O., Rz. 48).

[210] bb) Die in der „ORWI“-Entscheidung des BGH aufgestellten Grundsätze sind nach wie vor uneingeschränkt anwendbar. Zwar normiert die Richtlinie .../.../EU des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union vom 26.11.2014 (Schadensersatzrichtlinie) in Art. 14 Abs. 2 einen weitreichenden Anscheinsbeweis der Schadenserweiterung auf mittelbare Abnehmer über alle Marktstufen hinweg, wenn der Wettbewerbsverstoß und ein kartellbedingter Preisaufschlag im Verhältnis zum unmittelbaren Abnehmer nachgewiesen sind und der Anspruchsteller kartellbefangene Waren oder Dienstleistungen erworben hat, auf den sich vorliegend die Klägerin berufen könnte.

[211] Eine richtlinienkonforme Auslegung der Grundsätze über die Darlegungs- und Beweislastverteilung kommt indes

nicht in Betracht. Nach der Rechtsprechung des BGH ist eine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts zwar zulässig, solange sich die Konformität mittels Auslegung im nationalen Recht herstellen lässt und soweit dem Gesetzgeber ohnehin kein Umsetzungsspielraum bleibt (BGH Urteil vom 5.2.1998, I ZR 211/95 – Testpreis-Angebot, GRUR 1998, 824, 827). Bei einer solchen Auslegung nationalen Rechts im Hinblick auf die Schadensersatzrichtlinie sind allerdings die zeitlichen Grenzen des Art. 22 Abs. 1 der Schadensersatzrichtlinie zu beachten, der bestimmt, dass den nationalen Vorschriften, die zur Umsetzung der materiell-rechtlichen Vorschriften der Richtlinie erlassen werden, keine Rückwirkung zukommen darf. Art. 22 Abs. 2 der Schadensersatzrichtlinie verlangt zudem, dass die in Umsetzung der Richtlinie erlassenen Vorschriften, die nicht unter Abs. 1 der Vorschrift fallen, nicht für vor dem 26.12.2014 bei einem nationalen Gericht erhobene Schadensersatzklagen gelten dürfen. Eine richtlinienkonforme Auslegung innerstaatlichen Rechts auf die am 16.12.2010 erhobene Klage scheidet damit aus.

[212] cc) Die Klägerin muss den Vollbeweis (§ 286 Abs. 1 ZPO) dafür führen, dass es zu einer Weitergabe des auf erster Stufe entstandenen Kartellschadens gekommen ist. Sie kann sich nicht auf § 287 Abs. 1 ZPO berufen, der eine Beweiserleichterung dahingehend enthält, dass es (nur) auf eine (deutlich) überwiegende, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit ankommt (vgl. BGH Urteil vom 18.3.2004, IX ZR 255/00, NJW 2004, 1521, 1522).

[213] Der Anspruchsteller muss lediglich den Ablauf des Geschehens, das den konkreten Haftungsgrund bildet, nach § 286 ZPO beweisen, während über den Kausalzusammenhang zwischen Haftungsgrund und Schaden, die sogenannte haftungsausfüllende Kausalität, nach § 287 ZPO zu entscheiden ist (BGH Urteil vom 4.11.2003, VI ZR 28/03, NJW 2004, 777; Urteil vom 15.6.1993, XI ZR 111/92, NJW 1993, 3073). Beim Eintritt von Personen- und Sachschäden, in der Regel also bei Schadensersatzansprüchen aus § 823 Abs. 1 BGB, gehört der Zusammenhang zwischen dem Verhalten des Schädigers und der Rechtsgutverletzung im Allgemeinen zum konkreten Haftungsgrund und ist nach § 286 Abs. 1 ZPO zu beweisen. Nach der Rechtsprechung des BGH erstreckt sich hingegen bei Ansprüchen auf Ersatz eines reinen Vermögensschadens aus Vertragsverletzung der Bereich des nach § 286 ZPO zu beweisenden Haftungsgrundes nur bis zu der Feststellung, der Vertragspartner sei von dem Verstoß so betroffen worden, dass nachteilige Folgen für ihn eintreten konnten (BGH a. a. O.). Demgemäß geht das OLG Düsseldorf davon aus, dass sich die Frage, ob dem Kläger durch eine missbräuchliche Preis-Kosten-Schere ein Schaden entstanden ist, nach § 287 Abs. 1 ZPO richtet (OLG Düsseldorf, Urteil vom 29.1.2014, VI-U (Kart) 7/13 – Intertemporales Verjährungsrecht, WuW/E DE-R 4477-4492 mit ausführlicher, überzeugender Begründung dafür, dass die so vorgenommene Abgrenzung zwischen haftungsgründender und haftungsausfüllender Kausalität sachangemessen ist und insbesondere nicht zu einer ungerechtfertigten Besserstellung von rechtsgutbezogenen Haftungstatbeständen gegenüber solchen, die den Schutz des „reinen“ Vermögens bezwecken, führt).

[214] Der Zusammenhang zwischen dem Handeln der Kartellanten und einem Schadenseintritt bei einem einer nachgelagerten Marktstufe zugehörigen Abnehmer stellt nach diesen Grundsätzen eine Frage der haftungsbegründenden Kausalität dar. Da die ökonomische Analyse von Kartellfolgen gezeigt hat, dass sich die schädigenden Wirkungen

von Kartellen nicht sachlich, räumlich, zeitlich oder persönlich per se auf bestimmte Bereiche oder Personengruppen beschränken lassen (in Betracht kommen etwa Lieferanten, direkte und indirekte Abnehmer, direkte und indirekte von einem Preisschirmeffekt betroffene Kunden oder Kunden/Lieferanten auf den Substitutionsmärkten), ist die abstrakte Möglichkeit der Kartellbetroffenheit kein taugliches Eingrenzungskriterium, um die berechtigte Annahme zu begründen, der Anspruchsteller habe tatsächlich einen kartellbedingten Schaden erlitten (so auch Inderst/Thomas, a. a. O., s. 122). Dann aber ist die Weiterwälzung des Schadens Voraussetzung des gesetzlichen Haftgrundes und bedarf des Vollbeweises gemäß § 286 ZPO.

[...]

Das Gericht begründet ausführlich, dass unter Berücksichtigung der spezifischen Besonderheiten der Ersatzteilmärkte für Autoglas nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden kann, dass die von der Klägerin bezahlten Versicherungsfälle zu kartellbedingt überhöhten Preisen abgewickelt wurden:

[238] Die Klägerin hat sich zur Begründung der Kartellbedingtheit auf den Verweis auf den zeitlichen Zusammenhang mit dem Kartellgeschehen beschränkt. Es liegen aber keine belastbaren Anhaltspunkte dafür vor, dass die Nachwirkungsphase gerade Ende 2006 beendet war. Die Kommission hat in ihrer Bußgeldentscheidung festgestellt, dass die Preisvereinbarungen zwischen den Kartellanten und den Automobilherstellern sehr unterschiedliche Laufzeiten hatten. Manche Automobilhersteller hätten Verträge über die gesamte „Lebenszeit“ eines Modells, typischerweise 5 – 7 Jahre, geschlossen, wobei es auch hier teilweise zu Nachverhandlungen gekommen sei. Teilweise seien aber auch nur Jahresverträge geschlossen worden (vgl. i. E. Rz. 60 ff. der Anlage K 5). Das Ende des Nachwirkungszeitraums kann daher sowohl früher als Ende 2006, aber möglicherweise auch deutlich später liegen. Damit aber kann die Klägerin allenfalls geltend machen, dass das Auftreten eines kartellbedingten „Niveaueffekts“ Ende 2006 plausibel ist, nicht aber den Rückschluss auf die Kartellbedingtheit desselben ziehen. Letztlich unterliegt die Argumentation einem Zirkelschluss, da die Klägerin den Zeitpunkt der Beendigung der Nachwirkungsphase wegen des „Niveaueffekts“ auf Ende 2006 ansetzt, gleichzeitig aber den Zeitpunkt des Auftretens des „Niveaueffekts“ zur Begründung seiner Kartellbedingtheit heranzieht. Dies wird auch daraus ersichtlich, dass die Klägerin die Auswertung der Beklagten, wonach sich der klägerischen Audatex-Analyse eine identische jährliche Preiswachstumsrate im Nachwirkungszeitraum und in der Wettbewerbsperiode von jeweils von 3 % entnehmen lasse, als nicht belastbar beanstandet, weil diese auf einem falsch abgegrenzten Nachwirkungszeitraum beruhen könne (S. 10 des Gutachten von Z1 vom 13.5.2015, Anlage K 86).

[...]

[246] c) Da sich eine kartellbedingte Preisüberhöhung in den UVP der Automobilhersteller schon nicht feststellen lässt, kann dahinstehen, ob und in welchem Umfang die Vertragswerkstätten und die mit OES-Scheiben handelnden Teilegroßhändler und deren Abnehmer, die freien Werkstätten, ausschließlich die Audatex-Preise zugrundegelegt und damit an die Klägerin weitergegeben haben oder ob diese über einen eigenen Preissetzungsspielraum verfügt und diesen auch ausgenutzt haben, was eine Störung der Kausalkette zur Folge haben könnte.

[247] Gleiches gilt für die Frage, ob sich eine kartellbedingte Überhöhung der Preise auf der ersten Abnehmerstufe, d. h. gegenüber den Automobilherstellern, lediglich auf die Preise für OES-Scheiben auf den nachgelagerten Handelsstufen ausgewirkt hätte oder auch auf die Preise für Identscheiben auf diesen Handelsstufen (sog. Preisschirmeffekt).

Anm. d. Schriftltg.: Das vollständige Urteil ist abrufbar unter BeckRS 2016, 01136. ■

7 Vertikale Preisbindung mit horizontaler Absicherung; Erhöhung der Geldbuße im österreichischen Rekursverfahren

Art. 101 AEUV

1. Das Verbot der vertikalen Preisbindung setzt nicht voraus, dass der Abnehmer rechtlich zur Einhaltung eines bestimmten Preises verpflichtet ist; etwaige innere Vorbehalte des „Gebundenen“, die Vereinbarungen nicht, nicht konsequent oder nur abweichend zu beachten, sind irrelevant.

2. Meistbegünstigungsklauseln sind eine Form der Preisbindung durch den Abnehmer, die den Anbieter in seiner Preisfestsetzung rechtlich beschränken und dadurch einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV begründen. Dies gilt auch, wenn die Bindung des Lieferanten rein wirtschaftlicher Natur ist.

3. Bei Sternverträgen („hub-and-spoke“) kann durch das Bündeln koordinierter Vertikalverträge eine (horizontale) Vereinbarung zwischen den Beteiligten bewirkt werden.

4. Wenn von Seiten der österreichischen Bundeswettbewerbsbehörde bei Gericht die Festsetzung einer „angemessenen“ Geldbuße beantragt worden ist, ist der Oberste Gerichtshof im Rekursverfahren nicht gehindert, eine erheblich höhere Geldbuße festzusetzen als das Kartellgericht.

5. Die theoretisch optimale Höhe der Geldbuße ist der Betrag des erlangten Gewinns zuzüglich einer Marge, die garantiert, dass die Zuwiderhandlung nicht Folge eines rationalen Kalküls ist. Die Festsetzung einer Geldbuße ist eine Ermessensentscheidung, bei der neben den – nicht taxativ aufgezählten – gesetzlichen Bemessungsfaktoren die Umstände des Einzelfalles und der Kontext der Zuwiderhandlung zu berücksichtigen sind. (Leitsätze der Redaktion)

Oberster Gerichtshof von Österreich, Beschluss v. 8.10. 2015 – 16 Ok 2/15 b (16 Ok 8/15 k) – Kartellstrafe für Spar

Zum Sachverhalt: In einem Kartellverfahren der österreichischen Bundeswettbewerbsbehörde unter Beteiligung des Bundeskartellamts gegen Unternehmen der Spar-Gruppe beantragte die Behörde beim Kartellgericht die Verhängung einer „angemessenen“ Geldbuße. Vorgeworfen wurde die Vereinbarung und Praktizierung von Preisbindungen mit den Lieferanten; im Zusammenhang damit sei mit den Lieferanten vereinbart worden, dass diese entsprechende Vereinbarungen auch mit anderen Handelsunternehmen treffen. Das Kartellgericht verurteilte die Unternehmen der Spar-Gruppe gesamtschuldnerisch zu einer Geldbuße von EUR 3 Mio. Deren dagegen eingelegten Rekurse werden zurückgewiesen. Den Rekursen der Bundeswettbewerbsbehörde und des Bundeskartellamts wird Folge gegeben und die Geldbuße auf EUR 30 Mio. erhöht.

Zur Einordnung: Der Beschluss des Obersten Gerichtshofes ist von Bedeutung für die rechtlichen und beweismäßigen Anforderungen an Preisbindungsvereinbarungen zwischen Herstellern und Handelsunternehmen. Für das österreichische Kartellbußgeldverfahren zeigt der Beschluss, dass Unternehmen in Fällen, in denen die Kartellbehörde die Verhängung einer „angemessenen“ Geldbuße beantragt und sich befraglich nicht festgelegt hat, im Rekursverfahren riskieren, zu einer wesentlich höheren Geldbuße verurteilt zu werden als im erstinstanzli-

chen Verfahren vor dem Kartellgericht. Des Weiteren ist der Beschluss in Hinsicht auf den Modus der Geldbußenberechnung in dem kartellgerichtlichen Verfahren von Interesse.

Aus den Gründen: Das Urteil befasst sich zunächst mit verfahrensrechtlichen Rügen. Materiell-rechtlich wird die Anwendbarkeit des Art. 101 AEUV bestätigt:

5.3.2. Beim Kriterium der Zwischenstaatlichkeit handelt es sich um eine Kollisionsnorm, die keine wettbewerbsrechtliche Bewertung der Absprache treffen, sondern die Frage beantworten soll, ob es angemessen ist, den Sachverhalt nach Unionsrecht zu beurteilen (16 Ok 10/09 mwN). Art 101 Abs 1 AEUV erfordert, dass die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung oder der Missbrauch der beherrschenden Stellung geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Diese Voraussetzung ist – was schon durch Abstellen auf die „Eignung“ angelegt ist – weit zu verstehen (Zimmer in Immenga/Mestmäcker EU Wettbewerbsrecht5 Art 101 AEUV Rz 196 mwN).

5.3.3. Der Oberste Gerichtshof hat bereits ausgesprochen, dass Maßnahmen, deren wettbewerbsbeschränkende Wirkung sich auf das gesamte Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats erstrecken, in der Regel zur Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten geeignet sind, weil sie schon ihrem Wesen nach die Abschottung nationaler Märkte verfestigen und die gewünschte Marktintegration verhindern können. Ein Kartell, das sich auf das gesamte Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats erstreckt, hat nämlich schon seinem Wesen nach die Wirkung, die Abschottung der Märkte auf nationaler Ebene zu verfestigen, indem es die in der Europäischen Union angestrebte wirtschaftliche Verflechtung behindert. Daher können auch Maßnahmen von Unternehmen, die sich nur auf den Wettbewerb innerhalb eines einzelnen Mitgliedstaats auswirken, den innergemeinschaftlichen Handel beeinflussen (16 Ok 4/13).

Zur rechtlichen Beurteilung von Preisabsprachen führt der Gerichtshof aus:

5.4. Preisabsprachen

5.4.1. Kartellrechtswidrige Preisabsprachen können Absprachen über Mindestpreise, Preisintervalle, Preisauflagen und -abzüge oder die Koordination der Höhe und des Zeitpunkts einer Preissteigerung sein (Schroeder in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union [54. Ergänzungslieferung 2014] Art 101 AEUV Rz 776). Außerdem erfasst Art 101 Abs 1 AEUV auch Vereinbarungen über Margen und Rabatte, Kreditbedingungen und Richtpreise (Schroeder aaO Art 101 AEUV Rz 776 mwN).

5.4.2. Auch vereinbarte Preisempfehlungen können verboten sein. So wurde eine Vereinbarung zwischen Wettbewerbern, Preisempfehlungen zu veröffentlichen, als Verstoß gegen Art 101 Abs 1 AEUV (ex Art 81 EG) angesehen, obwohl die tatsächlichen Endpreise individuell festgelegt wurden (Schroeder aaO Art 101 AEUV Rz 776 mwN). Preisbindungen durch Nachfrager sind von Art 101 Abs 1 AEUV erfasst, wenn dadurch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird (Zimmer in Immenga/Mestmäcker EU Wettbewerbsrecht5 Art 101 AEUV Rz 276).

5.4.3. Eine Form solcher Preisbindung sind die sogenannten Meistbegünstigungsklauseln (Zimmer in Immenga/Mestmäcker EU Wettbewerbsrecht5 Art 101 AEUV; vgl auch M. Walter, Die „besten Preise“ im Fokus – Renaissance von Meistbegünstigungsklauseln im Internet im Licht des deutschen und europäischen Kartellrechts, Zwer 2015, 157). Eine Meistbegünstigungsklausel liegt etwa vor, wenn ein

Abnehmer seinem Lieferanten auferlegt, dass dieser seine Waren oder Dienste an andere Abnehmer nicht zu günstigeren Preisen verkaufen darf. Hierdurch wird der Anbieter in seiner Preisfestsetzung rechtlich beschränkt, was einen Verstoß gegen Art 101 Abs 1 AEUV begründet (*Zimmer in Immenga/Mestmäcker* EU Wettbewerbsrecht5 Art 101 AEUV Rz 276 mwN). Eine grundsätzlich unzulässige Meistbegünstigung ist aber auch gegeben, wenn die Bindung des Lieferanten nur wirtschaftlicher Natur ist. Eine solche – das Verhältnis zu anderen Abnehmern betreffende – wirtschaftliche Bindung ist anzunehmen, wenn der Lieferant sich verpflichtet, dem ihn bindenden Abnehmer immer einen mindestens genauso günstigen Preis einzuräumen wie irgendeinem anderen Abnehmer (*Zimmer in Immenga/Mestmäcker* EU Wettbewerbsrecht5 Art 101 AEUV Rz 276 mwN).

5.4.4. Unverbindliche Preisempfehlungen sind grundsätzlich zulässig. Eine Preisempfehlung kann aber als abgestimmte Verhaltensweise einen Verstoß gegen Art 101 Abs 1 AEUV darstellen. Davon ist insbesondere auszugehen, wenn sie wie eine mittelbare Preisbindung wirkt (*Zimmer in Immenga/Mestmäcker* EU Wettbewerbsrecht5 Art 101 AEUV Rz 277). Die Europäische Kommission hat eine Verpflichtung von Abnehmern durch den Lieferanten, bei der Weiterveräußerung an Einzelhändler Endverkaufspreise zu empfehlen, als unzulässig erachtet (Kommission 22.12.1987, ABl EG 1987, L 45/34, Tz 32, ARG/UniPart). Dies muss aber auch für den hier vorliegenden Fall gelten, dass ein Abnehmer den Lieferanten dazu bewegt, ein bestimmtes Preisniveau bei anderen Abnehmern durchzusetzen.

5.4.5. S***** ist einzuräumen, dass einzelne Autoren, insbesondere Vertreter der Chicago School of Antitrust Analysis, die Auffassung vertreten, Preisbindungen in Vertriebssystemen könnten Ausdruck einer effizienten Marktstruktur sein und beeinträchtigten den Wettbewerb nicht (*Bork, The Antitrust Paradox* 288; zu angeblich wettbewerbsfördernden Wirkungen vertikaler Preisbindungen auch *Kasten, WUW* 2007, 994 [1999]). Diese Auffassung hat sich jedoch nicht durchgesetzt. Rechtsprechung und Europäische Kommission haben bis in die jüngste Vergangenheit daran festgehalten, dass (vertikale) Preisbindungen in Vertriebssystemen schädlich sein können (vgl. *Zimmer in Immenga/Mestmäcker* EU Wettbewerbsrecht5 Art 101 AEUV Rz 274 mwN).

5.4.6. Die Entscheidung 16 Ok 11/13 -*Pressegrosso III*, wonach der Preis nicht das einzige Kriterium bei der kartellrechtlichen Beurteilung von Preisbindungsmaßnahmen sei, ist im vorliegenden Fall insoweit nicht einschlägig, als es sich um die Beurteilung eines Medienzusammenschlusses handelte. In dieser Entscheidung ging es maßgeblich um das vom Gesetzgeber in diesem Bereich verfolgte Anliegen der Titelvielfalt und Ubiquität bei Presseprodukten, somit um die Wahrung der Medienvielfalt. Diese Voraussetzungen lassen sich aber nicht in gleicher Weise auf den Lebensmitteleinzelhandel übertragen.

5.5. Vertikale Preisabsprachen

5.5.1. Vertikale Preisabsprachen sind zweifellos offenkundige Wettbewerbsbeschränkungen, weil sie ein hohes Potential negativer Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, und zwar nicht zuletzt auf den Wettbewerb zwischen Unternehmen auf Handelsebene (vgl. zB *Faull/Nikpay*, The EU Law of Competition³ [2014] Rz 3.188). Dem entspricht, dass auch vertikale Preisbindungen („Preisbindungen der zweiten Hand“) in Art 4 lit a) VO 330/2010 (Gruppenfreistellung für Vertikalvereinbarungen) als grundsätzlich unzulässige Kernbeschränkungen eingestuft werden (vgl. *Kuhn*, Die Ab-

grenzung zwischen bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen nach Art 101 AEUV, ZWeR 2014/2, 148).

5.5.2. Die Europäische Kommission legt in ihren Leitlinien für vertikale Vereinbarungen, ABl 2010/C 130/01, ausführlich dar, in welcher Hinsicht vertikale Preisbindungen eine Gefahr für den funktionierenden Wettbewerb bewirken, und dass vertikale Verkaufspreisabsprachen auch auf indirektem Weg durchgesetzt werden können, zB über Abmachungen über Absatzspannen. Als sogar besonders schädlich im Hinblick auf die Gefahr des erhöhten Preisniveaus auf Verbraucherebene beurteilt wurde auch die weitere Gefahr, dass wettbewerbschädliche Wirkungen von vertikalen Preisbindungen auch in der Begünstigung von Kollusionsergebnissen zwischen Abnehmern, das heißt Unternehmen auf Handelsebene, bestehen (VLL Rz 224).

5.5.3. Vertikale Preisbindungen sind als Kernbeschränkung vom Rechtsvorteil der gruppenweisen Freistellung ausgeschlossen. Die mit den tatbestandsmäßigen Verhaltensweisen (Vereinbarung, Beschluss, abgestimmtes Verhalten) verbundenen horizontalen oder vertikalen Preisregulierungen sind als „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkung anzusehen, sodass es auf weitere Umsetzungshandlungen und Marktauswirkungen nicht mehr ankommt (*Stockenhuber in Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union [54. Ergänzungslieferung 2014] Art 101 AEUV Rz 179). Vereinbarungen, die Preisabsprachen enthalten, profitieren auch nicht von der Bagatell-Bekanntmachung und sind somit stets spürbar (*Stockenhuber* aaO Art 101 AEUV Rz 179 aE mwN). Art 101 Abs 1 AEUV verbietet ausdrücklich die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen. Preisabsprachen verletzen demnach per se das Kartellverbot. Das Verbot ist weit auszulegen und betrifft jede Vereinbarung, die direkt oder indirekt geeignet ist, Preiswettbewerb zu behindern. Nicht notwendig ist es, dass ein Kartell tatsächlich funktioniert oder keinerlei Ausnahmen vorsieht (*Schroeder in Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union [54. Ergänzungslieferung 2014] Art 101 AEUV Rz 775).

5.6. Beweisanforderungen

5.6.1. Bei vertikalen Preisbestimmungsmaßnahmen ist kein höheres Beweismniveau zu verlangen als im Rahmen einer horizontalen Beziehung (EuGH C-260/09 P, *Aktivision Blizzard/Kommission*, Rz 71). Auch ein mittelbarer Beweis anhand von Indizien aufgrund der gesamten Umstände des Falls reicht aus, wenn diese vernünftigerweise allein den Schluss auf eine zugrundeliegende Vereinbarung der Beteiligten zulassen (Europäische Kommission 8.7.2009, COMP 39.401 – E. ON/GDF Tz 187 ff).

5.6.2. Ein Nachweis über eine „Verpflichtung“ zur Umsetzung von Fest- bzw Mindestpreisen ist demgegenüber für einen Kartellverstoß nicht erforderlich; eine „Verpflichtung“ ist weder für den Nachweis einer kartellrechtlichen Vereinbarung noch einer diesbezüglichen Abstimmung konstitutiv. Vielmehr sind auch sogenannte Gentlemen-Agreements, bei denen kein Bindungswille im Sinne einer gewollten Eintragbarkeit besteht, zumindest aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen. Auch etwaige innere Vorbehalte, die „Vereinbarung“ nicht, nicht konsequent oder nur abweichend zu beachten, sind hierbei ebensowenig relevant wie die Behauptung, es würde nur zum Schein oder aus Gründen der „Verhandlungstaktik“ so gehandelt (16 Ok 8/10; EuGH T-67/01, *JCB/Kommission*, Rz 103, 107; vgl. auch EuGH Rs 19/77 Rz 6 f: „psychologische Bedeutung“; zu Gentlemen-

Agreements auch *Zimmer in Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht⁵ [2014] § 1 GWB Rz 83 ff).

Im Hinblick darauf, dass die Lieferanten veranlasst wurden, entsprechende Preisvereinbarungen auch mit anderen Handelsunternehmen abzuschließen, befasst sich der Gerichtshof mit „Sonderformen von Vereinbarungen“:

5.7.1. Eine Vereinbarung kann nicht nur eine isolierte Handlung sein, sondern auch aus einer Reihe von Akten, einem kontinuierlichen Verhalten und einer Gesamtheit von Absprachen, Abstimmungen und Regeln bestehen, sofern sie sich in einen Gesamtplan einfügen (EuGH 21.9.2006 RS C-105/04 P, *Nederlandske Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Kommission* Rz 110; *Langen/Bunte*, Kartellrecht I12, § 1 GWB Rz 75). Ein Gesamtplan muss nicht von Anfang an existiert haben, sondern kann auch erst im Laufe der Zeit ausgearbeitet worden sein (Kommission 16.12.2003, C.38.240, *Industrierohre*, Rz 182). In der Literatur angeführte Beispiele sind etwa die Gründung eines „Arbeitskreises“ von Wettbewerbern zur Koordination von Preisen oder anderen Geschäftsstrategien (*Langen/Bunte* aaO) oder der Austausch sensibler Geschäftsdaten (*Langen/Bunte* aaO mwN).

5.7.2. Auch nach deutschem Recht werden in diesem Fall die einzelnen Absprachen oder Abstimmungen durch die Grundvereinbarung zu einer „Bewertungseinheit“ zusammengefasst, sodass sämtliche Teilakte eine einheitliche Tat im prozessualen Sinn bilden (BGH 28.6.2005, KRB 2/05, *Berliner Transportbeton I*).

5.7.3. Eine besondere Form der Vereinbarungen sind sogenannte Sternverträge („hub and spoke“), die nicht durch Vertrag zwischen den Beteiligten, sondern durch eine Mehrzahl von Vereinbarungen der Beteiligten mit einem identischen Partner abgeschlossen werden. Bei Sternverträgen ist nicht problematisch, ob überhaupt eine Vereinbarung getroffen wurde, denn zwischen dem Partner und den einzelnen Beteiligten wurden offensichtlich Vereinbarungen geschlossen. Fraglich ist vielmehr, ob durch das Bündel koordinierter Vertikalverträge eine (horizontale) Vereinbarung zwischen den Beteiligten bewirkt wurde (*Langen/Bunte* I12 § 1 GWB Rz 81 mwN).

5.7.4. Auch zum deutschen Recht ist anerkannt, dass bei Sternverträgen eine Vereinbarung zwischen den einzelnen Beteiligten gegeben sein kann. Für den praktisch relevanten Fall einer etwaigen horizontalen Vereinbarung aufgrund einer Vielzahl vertikaler Austauschverträge kann dies insbesondere dann anzunehmen sein, wenn entweder die Wirksamkeit des Einzelvertrags nach dem Willen der Beteiligten von den übrigen Verträgen abhängig ist, die parallelen Bindungen nach der Zielsetzung der Beteiligten also nur im Zusammenwirken sinnvoll sind, oder wenn sie auf horizontaler Abstimmung zwischen den gebundenen Unternehmen beruhen (*Langen/Bunte* I12 § 1 GWB Rz 82 mN aus der Rsp). Der Hauptzweck der Vertikalverträge muss dabei nicht in der horizontalen Abstimmung liegen; es reicht bereits aus, wenn die Vertikalverträge so gestaltet sind, dass man das vertikale Vertragsverhältnis gar nicht eingehen kann, ohne einer horizontal wirkenden Abstimmung zuzustimmen (*Langen/Bunte* aaO Rz 82 aE). Auch zu Art 101 Abs 1 AEUV ist anerkannt, dass ein „Bündel“ vertikaler Vereinbarungen einen vertraglichen Rahmen schaffen kann, der eine horizontale Vereinbarung darstellt (*Langen/Bunte* I12 § 1 GWB Rz 83; EuGH 3.7.1985 243/83 – *Binon/AMP*).

5.8. Zur angeblichen „Neuartigkeit“ des Verstoßes

5.8.1. S**** versucht die festgestellten Verhaltensweisen als „neuartige Kategorie“ eines kartellrechtlichen Verstoßes darzustellen, die nicht unter Art 101 AEUV bzw § 1 KartG falle. Dem kann nicht gefolgt werden. Vielmehr handelt es sich bei den festgestellten Verhaltensweisen um die Ausprägungsform einer komplexen Kernbeschränkung, die sich insofern von einer „klassischen“ Verkaufsabsprache unterscheidet, als hier die vertikalen Preisabstimmungen (unter anderem in Form der vereinbarten sogenannten „Margenneutralität“) durch ausgeprägte horizontale Elemente der „Absicherung“ der vertikalen Vereinbarungen im Hinblick auf das horizontale Verhältnis zwischen Wettbewerbsunternehmen der Handelsebene in ihrer kartellrechtlichen Schädlichkeit noch verstärkt wurden.

5.8.2. Im Rahmen des vom betroffenen Konzern gepflogenen Gesamtsystems sollte sichergestellt werden, dass einerseits die Spanne zwischen Einkaufs- und Verkaufspreis der Konzernunternehmen unverändert gleich bleibt, andererseits ein einheitliches Preisniveau bestehen bleibt; Verkaufspreise sollten harmonisiert, moderiert oder in sonstiger Weise beeinflusst werden. Zu diesem Zweck wurde den Lieferanten die Aufgabe der Preismoderation und Preisberuhigung übertragen (angefochtener Beschluss S 110 f). Dass solche Verhaltensweisen denselben wettbewerbsbeschränkenden Zweck wie „klassische“ Absprachen verfolgten, kann keinem Zweifel unterliegen.

5.8.3. „Neuartig“ daran ist lediglich das den Unwertgehalt deutlich erhöhende Element der „horizontalen Absicherung“ der vertikalen Absprachen auf Händlerebene durch ein System der Stabilisierung der Verkaufspreise und Erhöhung der Planungssicherheit durch Interventionen bei Lieferanten in Bezug auf Verkaufspreise anderer Handelsunternehmen (angefochtener Beschluss S 71).

5.8.4. An der Marktmacht des betroffenen Konzerns (im Sinne von Einkaufsmacht) gegenüber seinen Lieferanten besteht kein Zweifel. Entgegen der Auffassung im Rechtsmittel der Antragsgegnerinnen können in diesem Zusammenhang nicht die selben Kriterien wie beim Tatbestand des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung verlangt werden. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass Lieferanten regelmäßig geringe Gewinnmargen haben und deshalb den Wegfall eines wesentlichen Absatzkanals (wie jenen des betroffenen Konzerns) nicht kompensieren können, ohne in finanzielle Schwierigkeiten zu geraten. Entgegen der Auffassung der Rekurswerberinnen hat das Kartellgericht ausdrücklich festgestellt, dass ein „Kräfteungleichgewicht“ zwischen den beteiligten Unternehmen besteht und der betroffene Konzern angesichts seiner hohen Marktanteile gegenüber den Lieferanten eine sehr starke Marktmacht besitzt (angefochtener Beschluss S 65 f). Auch insoweit geht der Rekurs daher nicht von den getroffenen Feststellungen aus.

5.8.5. Entgegen dem Rekursvorbringen der Antragsgegnerinnen hat das Erstgericht die Marktstruktur im Lebensmittel Einzelhandel und den wirtschaftlichen Zusammenhang der Absprachen ausführlich gewürdigt und dazu detaillierte Feststellungen getroffen (angefochtener Beschluss S 35 bis 39, 51 ff und 65 ff).

5.8.6. Der Verweis der Antragsgegnerinnen auf die Entscheidung des EuGH vom 11. 9. 2014, RS C-97/13p, *Groupeement des Cartes Bancaires/Kommission*, geht ins Leere. Diese Entscheidung ist in völlig anderem Zusammenhang ergangen. Dort ging es um eine Vereinbarung, die den Kampf

gegen „Trittbrettfahrer“ im Rahmen eines Systems zur Interoperabilität von Zahlungs- und Abhebungssystemen der Mitglieder dieses Systems betraf. Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Preisbindungen wurde in dieser Entscheidung in keiner Weise thematisiert.

Der Gerichtshof bejaht die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung und verneint die Anwendbarkeit des Art. 101 Abs. 3 AEUV. Er rechnet das Verhalten der handelnden Spar-Gesellschaft (der Viertantragsgegnerin) unter Berufung auf die Rechtsprechung des EuGH den anderen Antragsgegnerinnen als ihrer Tochter-, Enkel- bzw. Urenkelgesellschaften zu:

5.11.1. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH kann einer Muttergesellschaft das kartellrechtswidrige Verhalten ihrer Tochtergesellschaft insbesondere dann zugerechnet werden, wenn die Tochtergesellschaft trotz eigener Rechtspersönlichkeit ihr Marktverhalten nicht autonom bestimmt, sondern im Wesentlichen Weisungen der Mutter befolgt, und zwar vor allem wegen der wirtschaftlichen, organisatorischen und rechtlichen Bindungen zwischen den beiden Rechtsobjekten. In einem solchen Fall sind die Muttergesellschaft und ihre Tochtergesellschaft Teile derselben wirtschaftlichen Einheit und bilden somit ein Unternehmen iSd Art 101 AEUV, weshalb auch der Muttergesellschaft eine Geldbuße auferlegt werden kann, ohne dass ihre persönliche Beteiligung an der Zuwiderhandlung nachzuweisen ist. Hält die Muttergesellschaft 100 % des Kapitals ihrer Tochtergesellschaft, die einen Verstoß gegen das Kartellverbot begangen hat, besteht die widerlegbare Vermutung, dass die Muttergesellschaft tatsächlich einen bestimmenden Einfluss auf das Verhalten ihrer Tochtergesellschaft ausübt; in diesem Fall obliegt es der Muttergesellschaft, diese Vermutung zu widerlegen, also unter Beweis zu stellen, dass ihre Tochtergesellschaft auf dem Markt eigenständig auftritt (EuGH, C-97/08 P, *Akzo Nobel ua/Kommission*, Slg 2009, I-8237, Rn 60 f; EuGH 20.1.2011, C-90/09 P, *General Química SA* mwN; dazu krit *Koppensteiner*, Compliance und Kartellrecht, GES 2013, 432).

5.11.2. Unter Zugrundelegung dieser Rechtsprechung ist nicht zu beanstanden, wenn das Erstgericht davon ausging, dass die Erst-, Dritt- und Siebentantragsgegnerin für das Fehlverhalten der Viertantragsgegnerin als ihre Tochter-, Enkel- bzw. Urenkelgesellschaft einzustehen habe. Dass die Viertantragsgegnerin auf dem Markt eigenständig aufträte, haben die Antragsgegnerinnen gar nicht behauptet. Zutreffend verweist das Erstgericht auch darauf, dass eine solche Annahme angesichts der festgestellten weitgehenden Personenidentität in der Unternehmensleitung lebensfremd wäre.

5.11.3. Die Entscheidung 16 Ok 5/08 betrifft die Zusammenrechnungsregel des § 2a KartG 1988 (nunmehr § 22 KartG 2005), behandelt jedoch die hier relevante Frage der Passivlegitimation von Muttergesellschaften nicht.

Zur Höhe der Geldbuße führt das Gericht u. a. aus:

6.3. Präventionszweck

6.3.1. Der Geldbuße kommt nach dem Willen des Gesetzgebers Präventionsfunktion zu (ErläutRV 1005 BlgNr 21. GP 32; vgl 16 Ok 3/06; zur Höhe der Geldbuße auch *Rosbaud*, Das Kartellstrafrecht ist tot! Lang lebe das „Kartellstrafrecht“! Zur Rechtsnatur der Geldbußen nach § 142 Z 1 KartG idF KartG-Novelle 2002, JBl 2003, 907). Nur eine angemessen hohe Geldbuße kann abschreckende Wirkung

erzielen (16 Ok 4/07; 16 Ok 5/08 mwN; 16 Ok 4/09). Auch die Leitlinien der Kommission für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, Abl C 210 vom 1.9.2006 (LL Geldbußen), weisen darauf hin, dass Geldbußen eine ausreichend abschreckende Wirkung zu entfalten haben (Einleitung Z 7; Rz 30, 37). Der Zweck der Geldbußen besteht nämlich darin, unerlaubte Verhaltensweisen zu ahnden sowie der Wiederholung unabhängig davon vorzubeugen, ob das Verhalten noch andauert oder dessen Wirkungen noch bestehen (16 Ok 4/07).

6.3.2. Eine Kartellstrafe kann nur dann abschreckend wirken, wenn die Höhe und Wahrscheinlichkeit der Strafe den zu erwartenden Kartellgewinn übersteigt (LL Geldbußen Rz 31). Zutreffend wird daher in der Literatur ausgeführt, die theoretisch optimale Höhe der Geldbuße für einen materiell-rechtlichen Wettbewerbsverstoß sei der Betrag des erlangten Gewinns zuzüglich einer Marge, die garantiert, dass die Zuwiderhandlung nicht Folge eines rationalen Kalküls ist (*Bechtold/Bosch/Brinker*, EU-Kartellrecht³ [2014], VO I/2003 Art 23 Rz 30; 16 Ok 5/08).

6.4. Ermessensentscheidung

6.4.1. Die Festsetzung einer kartellrechtlichen Geldbuße ist eine Ermessensentscheidung, bei der neben den – nicht taxativ aufgezählten – gesetzlichen Bemessungsfaktoren die Umstände des Einzelfalls und der Kontext der Zuwiderhandlung zu berücksichtigen sind. Es handelt sich dabei um eine rechtliche und wirtschaftliche Gesamtwürdigung aller Umstände und nicht um das Ergebnis einer schlichten Rechenoperation auf Grundlage etwa des Gesamtumsatzes (16 Ok 3/06; 16 Ok 4/07; 16 Ok 8/07 SZ 2008/5; 16 Ok 5/08; 16 Ok 4/09; 16 Ok 2/13).

6.4.2. Die Kontrolle der Höhe einer Geldbuße im Rechtsmittelverfahren richtet sich danach, inwieweit das Kartellgericht bei der ihm obliegenden Ermessensentscheidung rechtlich korrekt alle gesetzlichen Faktoren berücksichtigt hat, die für die Beurteilung der Schwere eines bestimmten Verhaltens von Bedeutung sind (16 Ok 5/10; 16 Ok 4/09; 16 Ok 5/08; 16 Ok 4/07).

6.5. Zu den Leitlinien der Kommission

6.5.1. Der Oberste Gerichtshof hat bereits ausgesprochen, dass das Geldbußensystem des Unionsrechts (Art 23 VO 1/2003) mit jenem des nationalen Rechts nicht deckungsgleich ist. Die LL Geldbußen (dazu etwa *Reidlinger*, Verfolgung und Sanktionierung von Kartellverstößen durch die Europäische Kommission – Update 2006, in *Schick/Hilf*, Kartellstrafrecht [2007] 124 ff) können deshalb im Verfahren über eine nach österreichischem Recht zu verhängende Geldbuße nur in jenem Umfang sinngemäß angewendet werden, in dem die entsprechenden Normen und die ihnen zugrundeliegenden Wertungen vergleichbar sind (16 Ok 4/09 – *Industriechemikalien* = ecolex 2009, 507 [Brugger] = ÖZK 2009, 151 [Polster/Zellhofer]).

6.5.2. Eine sinngemäße Anwendung der LL Geldbußen ist lediglich insofern unbedenklich, als sich das Kartellgericht an der europäischen Geldbußenpraxis orientiert, ohne dabei jedoch das eigenständige inländische Sanktionensystem zu missachten und eigene Überlegungen zu vernachlässigen (16 Ok 4/07 – *Europay*; 16 Ok 5/08 – *Aufzugskartell* OZK 2008, 224 [Lukaschek] = ÖBl 2009/25 [Hoffer/Innerhofer]).

6.5.3. Ein wichtiger Unterschied betrifft die Frage, welcher Umsatz als Basis für die Ermittlung der Höhe der Geldbuße

heranzuziehen ist. Nach der Rechtsprechung ist nach dem klaren Gesetzeswortlaut auf den Gesamtumsatz im letzten Jahr des Zuwiderhandelns abzustellen (16 Ok 4/09 – Industriechemikalien). Die in § 29 KartG vorgesehene Obergrenze ist nicht bloß „Kappungsgrenze“, sondern bildet den Strafrahmen, innerhalb dessen sich das Kartellgericht bei der Bemessung der Geldbuße zu orientieren hat (ebenso zum deutschen Recht BGH 26.2.2013, KRB 20/12). Demgegenüber ist nach den LL Geldbußen auf den tatbezogenen Umsatz abzustellen; ein bestimmter Prozentsatz (idR maximal 30 %) dieses Betrags bildet dann den – je nach Erschwerungs- und Milderungsgründen zu erhöhenden oder verringernden – Grundbetrag der Geldbuße (LL Geldbußen Rz 12 ff). Dazu hat der Oberste Gerichtshof bereits ausgesprochen, dass diese Vorgangsweise nach österreichischem Recht nicht in Betracht kommt, weil dadurch die gesamte wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens nicht ausreichend berücksichtigt würde (16 Ok 4/09; 16 Ok 5/08).

6.5.4. Die LL Geldbußen, wonach zur Bestimmung des Grundbetrags je nach Schwere des Verstoßes ein bestimmter Anteil am Umsatz des betroffenen Geschäftszweigs (bis zu 30 %) berechnet und mit der Anzahl der Jahre der Zuwiderhandlung multipliziert wird, sind daher für das Kartellgericht nicht bindend (16 Ok 2/13). Aus diesem Grund ist auch eine detaillierte Ermittlung von „tatbezogenen“ Umsätzen nicht erforderlich.

Der Gerichtshof weist das Argument der Spar-Unternehmen zurück, sie würden gegenüber den anderen Unternehmen, deren Verfahren durch Settlements abgeschlossen wurden, benachteiligt:

6.6.1. Entgegen der Rechtsansicht des Erstgerichts kann hier die Höhe der Geldbuße nicht gleichsam mechanisch aus der gegen einen Mitbewerber des betroffenen Konzerns im Zuge eines abgeschlossenen Settlement-Verfahrens festgesetzten Geldbuße abgeleitet werden. Abgesehen davon, dass in diesem Fall die Bundeswettbewerbsbehörde gemäß § 36 Abs 2 KartG eine Geldbuße in bestimmter Höhe beantragt hatte, über die das Kartellgericht nicht hinausgehen konnte, weshalb dieser Entscheidung von vornherein nur geringe Aussagekraft zukommt, unterlagen die in Settlement-Verfahren im Lebensmitteleinzelhandel verhängten Geldbußen keiner Überprüfung durch den Obersten Gerichtshof. Auch sind Settlement-Verfahren in der Praxis vielfach dadurch gekennzeichnet, dass die Bundeswettbewerbsbehörde den betroffenen

den Unternehmen auf zweifache Weise, nämlich bei der Umschreibung des zugestandenen Sachverhalts und bei der Höhe der Geldbuße, entgegenkommt, was im Schrifttum auch auf Kritik gestoßen ist (vgl. G. Kodek, Absprachen im Kartellverfahren, ÖJZ 2014, 443, 444).

In der „Zusammenfassenden Würdigung“ begründet der Gerichtshof die Höhe der Geldbuße:

6.8.2. Im vorliegenden Fall handelt es sich um einen Kartellrechtsverstoß, der – gemessen an den Kriterien Schwere (Kernverstoß), Dauer (zehn Jahre), Vorsatzgrad und Finanzkraft des betroffenen Konzerns – jeweils als deutlich überdurchschnittlich anzusehen ist. Die Antragsgegnerinnen haben ihr Verhalten zudem auch noch nach Hinweisen auf dessen Rechtswidrigkeit durch den Österreichischen Verband der Markenartikelindustrie fortgesetzt. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass sich das festgestellte Verhalten der Antragsgegnerinnen nur auf einen kleinen Teil der von ihnen angebotenen Produkte bezog.

6.8.3. Die Antragsgegnerinnen gestanden selbst einen konsolidierten Konzernumsatz für das Jahr 2013 in Höhe von 8,67 Mrd EUR zu, wovon über 400 Mio EUR Molkereiprodukte betreffen (S 21 in ON 70). Damit beträgt die vom Erstgericht verhängte Geldbuße lediglich 0,0346 % des Gesamtumsatzes oder – umgerechnet auf jedes einzelne Jahr der Zuwiderhandlung – sogar nur 0,00346 % des Gesamtumsatzes. Die Festsetzung einer Geldbuße von 3 Mio EUR wäre nach dem zuvor zur abschreckenden Wirkung Gesagten (Punkt 6.3.2.) nur dann angemessen, wenn man davon ausgehen kann, dass der potentielle Nutzen des festgestellten Kartellverstoßes in jedem Jahr des Verstoßes unter 300.000 EUR, in 10 Jahre sohin unter 3 Mio EUR, lag. Dass dies völlig lebensfremd ist, bedarf keiner weiteren Ausführungen. Bei einem Abstellen auf die bei Molkereiprodukten erzielten Umsätze entspricht die verhängte Geldbuße einer Gesamtbelastung von 0,7 % bzw gar nur 0,07 % bei jährlicher Betrachtung.

6.8.4. Zusammenfassend erscheint daher eine Geldbuße von 30 Mio EUR angemessen, was etwa 3,5 % der gesetzlich möglichen Obergrenze von 867 Mio EUR entspricht.

Anm. d. Schriftltg.: Der vollständige Beschluss ist abrufbar unter BeckRS 2015, 81891. Vgl. auch den in diesem Heft auf S. 64 abgedruckten Beitrag von Hoffer. ■