

Langen · Bunte

Kartellrecht

Kommentar

Band 1
Deutsches Kartellrecht

13. Auflage

Herausgegeben von

Prof. Dr. Hermann-Josef Bunte

Universitätsprofessor a.D., Richter am Hanseatischen Oberlandesgericht a.D.,
Rechtsanwalt in Bielefeld

Bearbeitet von

Christian Bahr • Andreas Bardong • Carsten Becker • Joachim Bornkamm • Ellen Braun • Friedrich
Wenzel Bulst • Hermann-Josef Bunte • Steffen Häfele • Daniela Hengst • Thomas Jestaedt • Thors-
ten Käseberg • Gunnar Kallfaß • Katharina Krauß • Carsten Lembach • Alexander Lücke • Tobias P.
Maass • Steffen Nolte • Jörg Nothdurft • Rolf Raum • Markus Röhrig • Hans-Helmut Schneider •
Eva-Maria Schulze • Marc Schweda • Martin Sura • Christoph Stadler • Jan Tolkmitt •
Olav Wagner

Leseprobe

Luchterhand Verlag 2018

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-472-08963-6

www.wolterskluwer.de

www.heymanns.com

Alle Rechte vorbehalten.

© 2018 Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Luxemburger Str. 449, 50939 Köln.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Verlag und Autor übernehmen keine Haftung für inhaltliche oder drucktechnische Fehler.

Umschlagkonzeption: Martina Busch, Grafikdesign, Homburg Kirrberg

Satz: WMTP Wendt-Media Text-Processing GmbH, Birkenau

Druck und Weiterverarbeitung: Williams Lea & Tag GmbH, München

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem und chlorfreiem Papier.

Vorwort

60 Jahre Kartellgesetz und EU-Wettbewerbsregeln – 60 Jahre Langen-scher Kommentar zum Kartellrecht. Am 01. 01. 1958 sind das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in Kraft getreten, am gleichen Tag ebenso die Wettbewerbsregeln des damaligen EWG-Vertrages (Art. 85–93 EWGV). Zu diesem Zeitpunkt lag bereits die 1. Auflage des »Langen« als der »Erstling der Erläuterungswerke zum GWB« vor, der später um die Erläuterungen zum europäischen Kartellrecht ergänzt wurde. 60 Jahre später kann nun die 13. Auflage des bewährten Standardwerks als »Erstling« zum neuen Kartellrecht vorgelegt werden. 13 Auflagen, mit denen der Kommentar seit 1958 ein unentbehrliches Hilfsmittel für alle Kartellrechtsjuristen geworden ist, davon 7 Auflagen seit der Übernahme durch den jetzigen Herausgeber vor 23 Jahren und der Benennung als »Langen/Bunte«, sprechen für die allseits anerkannte Qualität des vielzitierten Standardkommentars zum Kartellrecht.

Im Zentrum der 13. Auflage 2017 steht die am 09. 06. 2017 in Kraft getretene 9. GWB-Novelle. Diese hat am »Grundgesetz der Marktwirtschaft« entscheidende Veränderungen vorgenommen. Zusammen mit der Vergaberechtsreform 2016, die die Struktur des Vergaberechts komplett verändert hat und umfassend kommentiert wird, veränderte sich der Umfang des GWB auf jetzt 213 Paragraphen (Bd. 1).

Die 9. GWB-Novelle setzt vor allem die Kartellschadensersatzrichtlinie 2014/104/EU um und erleichtert erheblich die Geltendmachung von Schadensersatz für Kartellgeschädigte. Zudem werden Regelungslücken bei der Bußgeldhaftung durch die Übernahme der europäischen Konzernhaftung und der Haftung von Rechtsnachfolgern für Bußgelder geschlossen, so dass sich Kartellbeteiligte nicht durch Umstrukturierungen oder Vermögensverschiebungen der Bußgeldhaftung entziehen können. Dies soll und wird eine präventive Wirkung entfalten.

Das Kartellrecht wird mit der 9. GWB-Novelle in vielfacher Hinsicht an die zunehmende Digitalisierung der Ökonomie angepasst, z.B. kann ein kartellrechtlich relevanter Markt auch dann vorliegen, wenn kein Geld fließt, wie es bei vielen internetbasierten Angeboten der Fall ist: bei Suchmaschinen, Vergleichsportalen und Informationsdiensten. In der Fusionskontrolle wurde eine transaktionsvolumenbasierende Aufgreifschwelle eingeführt.

Im Missbrauchsrecht und bei der Ministererlaubnis wurde auf Defizite reagiert. Zum Thema »Verbraucherschutz und Bundeskartellamt« wurde ein Recht zur Durchführung von Sektorenuntersuchungen eingeführt sowie eine Beteiligung des Bundeskartellamtes als *amicus curiae* an verbraucherrechtlich relevanten Verfahren.

Im EU-Kartellrecht (Bd. 2) sind dabei selbstverständlich berücksichtigt die neuesten Entwicklungen der Kommissionspraxis und die Rechtsprechung der europäischen Gerichte sowie der neueste Stand der sekundärrechtlichen Vorschriften, Leitlinien und Bekanntmachungen zum Kartellrecht, z.B. die neue Bagatellbekanntmachung und die neue TT-GVO sowie die hierzu ergangenen neuen Leitlinien einschließlich der neuesten Entwicklungen zum Internetvertrieb (Coty Germany) und zu Treuerabatten (Intel).

Im europäischen Kartellrecht liegen die Schwerpunkte ferner auf den aktualisierten Darstellungen der Art. 101 und 102 AEUV, der FKVO sowie der Gruppenfreistellungsverordnungen.

Der Langen/Bunte zeichnet sich aus durch eine umfangreiche Darstellung von Sonderbereichen, in denen für die Anwendung des Kartellrechts Besonderheiten gelten (früher z.T. die sog. Ausnahmebereiche). Zu den bisher dargestellten 9 Sonderbereichen wird als 10. Sonderbereich noch die Entsorgungswirtschaft dargestellt. Ich habe mich als Herausgeber entschlossen, die bisher von mir dargestellten Sonderbereiche an besonders dafür qualifizierte Autoren abzugeben.

Ein junges, aber höchst kompetentes Autorenteam garantiert eine präzise Darstellung. Insgesamt neun Beamte des Bundeskartellamtes, davon fünf Abteilungsleiter, dazu zwei Beamte der EU-Kommission und zwei Referatsleiter des BMWi sowie ein aktueller und ein ehemaliger langjähriger Vorsitzender Richter am BGH und Mitglied des Kartellsenates, ferner zwei im Kartellrecht erfahrene Richter aus Instanzgerichten und acht auf das Kartellrecht spezialisierte Rechtsanwälte bürgen für höchsten Praxisbezug. Den neu eingetretenen Autoren wünsche ich ein gutes und langes Mitwirken am Langen/Bunte.

An der Zielsetzung des Kommentars, ein Kommentar von Praktikern für Praktiker zu sein, hat sich nichts geändert.

Herausgeber und Autoren hoffen, der großen Aufgabe zur Fortführung der Tradition gerecht worden zu sein.

Bielefeld, im Juli 2017

Hermann-Josef Bunte

Bearbeiterverzeichnis

Dr. Christian Bahr

Rechtsanwalt in Düsseldorf

Dr. Andreas Bardong, LL.M.

Leitender Regierungsdirektor, Rechtsanwalt,
EU-Konzernrepräsentant der Daimler AG,
Brüssel,
Leitung Financial Intelligence Unit Köln

Prof. Dr. Carsten Becker

Direktor beim Bundeskartellamt,
Vorsitzender der Beschlussabteilung Ver-
braucherschutz,
Honorarprofessor Universität Mainz

Prof. Dr. Dr. h.c. Joachim Bornkamm

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
a.D.,
Honorarprofessor Universität Freiburg i. Br.

Dr. Ellen Braun, LL.M.

Rechtsanwältin in Hamburg

Dr. Friedrich-Wenzel Bulst LL.M.

Beamter der Generaldirektion der EU-Kom-
mission (Member of Cabinet/Kabinetts-
mitglied)

Prof. Dr. Hermann-Josef Bunte

Universitätsprofessor a.D.,
Richter am Hanseatischen Oberlandesgericht
a.D.,
Rechtsanwalt in Bielefeld

Steffen Häfele, LL.M.

Oberregierungsrat im Bundeskartellamt,
Leiter der Markttransparenzstelle für Kraft-
stoffe,
Beisitzender der 8. Beschlussabteilung

Daniela Hengst

Leitende Regierungsdirektorin beim
Bundeskartellamt,
Vorsitzende der 10. Beschlussabteilung

Dr. Thomas Jestaedt, LL.M.

Rechtsanwalt in Brüssel

Dr. Thorsten Käseberg, LL.M.

Ministerialrat im Bundesministerium für
Wirtschaft und Energie,
Leiter des Referats Wettbewerbs- und Ver-
braucherpolitik

Dr. Gunnar Kallfaß

Regierungsdirektor im Bundeskartellamt,
Referatsleiter deutsches und europäisches
Kartellrecht

Dr. Katharina Krauß

Leitende Regierungsdirektorin im Bundes-
kartellamt,
Vorsitzende der 7. Beschlussabteilung

Carsten Lembach

Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe,
Mitglied des Kartellsenats

Dr. Alexander Lücke

Ministerialrat im Bundesministerium für
Wirtschaft und Energie,
Leiter des Referats Freie Berufe/Gewerberecht

Dr. Tobias P. Maass, LL.M.

Beamter der Generaldirektion Wettbewerb der
EU-Kommission (Unit A 1)

Dr. Steffen Nolte

Leiter Wirtschafts- und Rechtspolitik, Brüssel

Jörg Nothdurft

Direktor beim Bundeskartellamt,
Abteilungsleiter Prozessführung und Recht

Dr. Rolf Raum

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof,
Mitglied des Kartellsenats

Dr. Markus Röhrig

Rechtsanwalt in Brüssel

Hans-Helmut Schneider

Leitender Regierungsdirektor im Bundes-
kartellamt,
Berichterstatter und stellvertretender
Vorsitzender der 9. Beschlussabteilung

Eva-Maria Schulze

Direktorin beim Bundeskartellamt,
Vorsitzende der 5. Beschlussabteilung

Dr. Marc Schweda

Rechtsanwalt in Hamburg

Dr. Christoph Stadler

Rechtsanwalt in Düsseldorf

Dr. Martin Sura

Rechtsanwalt in Düsseldorf

Dr. Jan Tolkmitt

Vorsitzender Richter am Landgericht
Hamburg, Lehrbeauftragter an der
Universität Hamburg

Dr. Olav Wagner

Rechtsanwalt in Berlin

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Bearbeiterverzeichnis	VII
Im Einzelnen haben bearbeitet.	IX
Gesamtinhaltsübersicht	XIII
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Literaturverzeichnis	XXXV
Einleitung zum GWB	1
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)	71
Teil 1. Wettbewerbsbeschränkungen	71
Kapitel 1. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmtes Verhalten.	71
§ 1 Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen	71
§ 2 Freigestellte Vereinbarungen	232
Nach § 2 Fallgruppen.	263
A. Horizontale Fallgruppen	270
B. Vertikale Fallgruppen	321
§ 3 Mittelstandskartelle.	375
§§ 4 bis 17 (weggefallen)	394
Kapitel 2. Marktbeherrschung, sonstiges wettbewerbsbeschränkendes Verhalten.	395
§ 18 Marktbeherrschung.	395
§ 19 Verbotenes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen	468
§ 20 Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht	659
§ 21 Boykottverbot, Verbot sonstigen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens	715
Kapitel 3. Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts.	745
§ 22 Verhältnis dieses Gesetzes zu den Artikeln 101 und 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union.	745
§ 23 (weggefallen)	755
Kapitel 4. Wettbewerbsregeln.	756
§ 24 Begriff, Antrag auf Anerkennung	756
§ 25 Stellungnahme Dritter	764
§ 26 Anerkennung.	766
§ 27 Veröffentlichung von Wettbewerbsregeln, Bekanntmachungen	772
Kapitel 5. Sonderregeln für bestimmte Wirtschaftsbereiche	774
Vor §§ 28 Überblick Sonderbereiche.	774
§ 28 Landwirtschaft.	784
§ 29 Energiewirtschaft	794
§ 30 Presse.	817

Nach § 30	Gesetz über die Preisbindung für Bücher (BuchPrG)	871
§ 31	Verträge der Wasserwirtschaft	889
§ 31a	Wasserwirtschaft, Meldepflicht	911
§ 31b	Wasserwirtschaft, Aufgaben und Befugnisse der Kartellbehörden, Sanktionen .	912
Kapitel 6.	Befugnisse der Kartellbehörden, Schadensersatz und Vorteilsabschöpfung .	919
Abschnitt 1.	Befugnisse der Kartellbehörden	919
Vor § 32	Überblick Sanktionen	919
§ 32	Abstellung und nachträgliche Feststellung von Zuwiderhandlungen	925
§ 32a	Einstweilige Maßnahmen	946
§ 32b	Verpflichtungszusagen	949
§ 32c	Kein Anlass zum Tätigwerden	961
§ 32d	Entzug der Freistellung	966
§ 32e	Untersuchungen einzelner Wirtschaftszweige und einzelner Arten von Vereinbarungen	968
Abschnitt 2.	Schadensersatz und Vorteilsabschöpfung	981
Vor § 33	981
§ 33	Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch	995
§ 33a	Schadensersatzpflicht	1017
§ 33b	Bindungswirkung von Entscheidungen einer Wettbewerbsbehörde	1032
§ 33c	Schadensabwälzung	1037
§ 33d	Gesamtschuldnerische Haftung	1060
§ 33e	Kronzeuge	1068
§ 33f	Wirkungen des Vergleichs	1072
§ 33g	Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften	1075
§ 33h	Verjährung	1094
§ 34	Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde	1103
§ 34a	Vorteilsabschöpfung durch Verbände	1113
Nach § 34a	Das Schriftformerfordernis nach § 34 a.F.	1120
Kapitel 7.	Zusammenschlusskontrolle	1134
§ 35	Geltungsbereich der Zusammenschlusskontrolle	1134
§ 36	Grundsätze für die Beurteilung von Zusammenschlüssen	1158
§ 37	Zusammenschluss	1235
§ 38	Berechnung der Umsatzerlöse, der Marktanteile und des Wertes der Gegenleistung	1263
§ 39	Anmelde- und Anzeigepflicht	1274
§ 40	Verfahren der Zusammenschlusskontrolle	1286
§ 41	Vollzugsverbot, Entflechtung	1305
§ 42	Ministererlaubnis	1314
§ 43	Bekanntmachungen	1323
§ 43a	Evaluierung	1325
Kapitel 8.	Monopolkommission	1327
§ 44	Aufgaben	1327
§ 45	Mitglieder	1328

§ 46	Beschlüsse, Organisation, Rechte und Pflichten der Mitglieder	1329
§ 47	Übermittlung statistischer Daten	1330
Kapitel 9.	Markttransparenzstellen für den Großhandel mit Strom und Gas und für Kraftstoffe	1333
Abschnitt 1.	Markttransparenzstelle für den Großhandel im Bereich Strom und Gas . .	1333
Vor § 47a	1333
§ 47a	Einrichtung, Zuständigkeit, Organisation	1335
§ 47b	Aufgaben	1337
§ 47c	Datenverwendung	1339
§ 47d	Befugnisse	1340
§ 47e	Mitteilungspflichten	1342
§ 47f	Verordnungsermächtigung	1344
§ 47g	Festlegungsbereiche	1346
§ 47h	Berichtspflichten, Veröffentlichungen	1349
§ 47i	Zusammenarbeit mit anderen Behörden und Aufsichtsstellen	1349
§ 47j	Vertrauliche Informationen, operationelle Zuverlässigkeit, Datenschutz . . .	1350
Abschnitt 2.	Markttransparenzstelle für Kraftstoffe	1351
§ 47k	Marktbeobachtung im Bereich Kraftstoffe	1351
Abschnitt 3.	Evaluierung	1361
§ 47l	Evaluierung der Markttransparenzstellen	1361
Teil 2.	Kartellbehörden	1363
Kapitel 1.	Allgemeine Vorschriften	1363
§ 48	Zuständigkeit	1363
§ 49	Bundeskartellamt und oberste Landesbehörde	1371
§ 50	Vollzug des europäischen Rechts	1375
§ 50a	Zusammenarbeit im Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden . . .	1382
§ 50b	Sonstige Zusammenarbeit mit ausländischen Wettbewerbsbehörden	1395
§ 50c	Behördenzusammenarbeit	1404
Kapitel 2.	Bundeskartellamt	1415
§ 51	Sitz, Organisation	1415
§ 52	Veröffentlichung allgemeiner Weisungen	1423
§ 53	Tätigkeitsbericht	1425
Teil 3.	Verfahren	1431
Kapitel 1.	Verwaltungssachen	1431
Abschnitt 1.	Verfahren vor den Kartellbehörden	1431
Vor § 54	1431
§ 54	Einleitung des Verfahrens, Beteiligte	1446
§ 55	Vorabentscheidung über Zuständigkeit	1457

§ 56	Anhörung, mündliche Verhandlung	1459
§ 57	Ermittlungen, Beweiserhebung	1469
§ 58	Beschlagnahme	1482
§ 59	Auskunftsverlangen	1484
§ 60	Einstweilige Anordnungen	1495
§ 61	Verfahrensabschluss, Begründung der Verfügung, Zustellung	1500
§ 62	Bekanntmachung von Verfügungen	1508
Abschnitt 2. Beschwerde		1511
§ 63	Zulässigkeit, Zuständigkeit	1511
§ 64	Aufschiebende Wirkung	1531
§ 65	Anordnung der sofortigen Vollziehung	1538
§ 66	Frist und Form	1549
§ 67	Beteiligte am Beschwerdeverfahren	1554
§ 68	Anwaltszwang	1559
§ 69	Mündliche Verhandlung	1560
§ 70	Untersuchungsgrundsatz	1563
§ 71	Beschwerdeentscheidung	1569
§ 71a	Abhilfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör	1595
§ 72	Akteneinsicht	1599
§ 73	Geltung von Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Zivilprozessordnung	1608
Abschnitt 3. Rechtsbeschwerde		1612
§ 74	Zulassung, absolute Rechtsbeschwerdegründe	1612
§ 75	Nichtzulassungsbeschwerde	1621
§ 76	Beschwerdeberechtigte, Form und Frist	1625
Abschnitt 4. Gemeinsame Bestimmungen		1632
§ 77	Beteiligtenfähigkeit	1632
§ 78	Kostentragung und -festsetzung	1635
§ 79	Rechtsverordnungen	1648
§ 80	Gebührenpflichtige Handlungen	1648
Kapitel 2. Bußgeldverfahren		1665
§ 81	Bußgeldvorschriften	1665
§ 81a	Ausfallhaftung im Übergangszeitraum	1729
§ 81b	Auskunftspflichten	1733
§ 82	Zuständigkeit für Verfahren wegen der Festsetzung einer Geldbuße gegen eine juristische Person oder Personenvereinigung	1738
§ 82a	Befugnisse und Zuständigkeiten im gerichtlichen Bußgeldverfahren	1742
§ 83	Zuständigkeit des OLG im gerichtlichen Verfahren	1744
§ 84	Rechtsbeschwerde zum BGH	1751
§ 85	Wiederaufnahmeverfahren gegen Bußgeldbescheid	1753
§ 86	Gerichtliche Entscheidungen bei der Vollstreckung	1754
Kapitel 3. Vollstreckung		1756
§ 86a	Vollstreckung	1756

Kapitel 4. Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten	1757
Vor § 87	1757
§ 87 Ausschließliche Zuständigkeit der Landgerichte	1759
§ 88 Klageverbindung	1774
§ 89 Zuständigkeit eines Landgerichts für mehrere Gerichtsbezirke	1776
§ 89a Streitwertanpassung, Kostenerstattung	1779
§ 89b Verfahren	1786
§ 89c Offenlegung aus der Behördenakte	1802
§ 89d Beweisregeln	1808
§ 89e Gemeinsame Vorschriften für die §§ 33g und 89b bis 89d	1811
Kapitel 5. Gemeinsame Bestimmungen	1815
§ 90 Benachrichtigung und Beteiligung der Kartellbehörden	1815
§ 90a Zusammenarbeit der Gerichte mit der Kommission der Europäischen Gemeinschaft und den Kartellbehörden	1820
§ 91 Kartellsenat beim Oberlandesgericht	1827
§ 92 Zuständigkeit eines Oberlandesgerichts oder des Obersten Landesgerichts für mehrere Gerichtsbezirke in Verwaltungs- und Bußgeldsachen	1834
§ 93 Zuständigkeit für Berufung und Beschwerde	1834
§ 94 Kartellsenat beim Bundesgerichtshof	1837
§ 95 Ausschließliche Zuständigkeit	1839
§ 96 (weggefallen)	1840
Teil 4. Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen	1841
Kapitel 1. Vergabeverfahren	1841
Abschnitt 1. Grundsätze, Definitionen und Anwendungsbereich	1841
Vor § 97	1841
§ 97 Grundsätze der Vergabe	1852
§ 98 Auftraggeber	1884
§ 99 Öffentliche Auftraggeber	1886
§ 100 Sektorenauftraggeber	1904
§ 101 Konzessionsgeber	1908
§ 102 Sektorentätigkeiten	1910
§ 103 Öffentliche Aufträge, Rahmenvereinbarungen und Wettbewerbe	1918
§ 104 Verteidigungs- oder sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge	1933
§ 105 Konzessionen	1937
§ 106 Schwellenwerte	1941
§ 107 Allgemeine Ausnahmen	1947
§ 108 Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit	1954
§ 109 Ausnahmen für Vergaben auf der Grundlage internationaler Verfahrensregeln	1961
§ 110 Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen, die verschiedene Leistungen zum Gegenstand haben	1964
§ 111 Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen, deren Teile unterschiedlichen rechtlichen Regelungen unterliegen	1967
§ 112 Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen, die verschiedene Tätigkeiten umfassen	1971
§ 113 Verordnungsermächtigung	1973
§ 114 Monitoring und Pflicht zur Übermittlung von Vergabedaten	1975

Abschnitt 2. Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber	1977
Unterabschnitt 1. Anwendungsbereich	1977
§ 115 Anwendungsbereich	1977
§ 116 Besondere Ausnahmen	1978
§ 117 Besondere Ausnahmen für Vergaben, die Verteidigungs- oder Sicherheitsaspekte umfassen	1983
§ 118 Bestimmten Auftragnehmern vorbehalten öffentliche Aufträge	1987
Unterabschnitt 2. Vergabeverfahren und Auftragsausführung	1989
§ 119 Verfahrensarten	1989
§ 120 Besondere Methoden und Instrumente in Vergabeverfahren	2008
§ 121 Leistungsbeschreibung	2012
§ 122 Eignung	2014
§ 123 Zwingende Ausschlussgründe	2018
§ 124 Fakultative Ausschlussgründe	2026
§ 125 Selbstreinigung	2034
§ 126 Zulässiger Zeitraum für Ausschlüsse	2040
§ 127 Zuschlag	2042
§ 128 Auftragsausführung	2047
§ 129 Zwingend zu berücksichtigende Ausführungsbedingungen	2051
§ 130 Vergabe von öffentlichen Aufträgen über soziale und andere besondere Dienstleistungen	2051
§ 131 Vergabe von öffentlichen Aufträgen über Personenverkehrsleistungen im Eisenbahnverkehr	2055
§ 132 Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit	2060
§ 133 Kündigung von öffentlichen Aufträgen in besonderen Fällen	2069
§ 134 Informations- und Wartepflicht	2073
§ 135 Unwirksamkeit	2081
Abschnitt 3. Vergabe von öffentlichen Aufträgen in besonderen Bereichen und von Konzessionen	2090
Unterabschnitt 1. Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch Sektorenauftraggeber	2090
§ 136 Anwendungsbereich	2090
§ 137 Besondere Ausnahmen	2090
§ 138 Besondere Ausnahme für die Vergabe an verbundene Unternehmen	2092
§ 139 Besondere Ausnahme für die Vergabe durch oder an ein Gemeinschaftsunternehmen	2094
§ 140 Besondere Ausnahme für unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzte Tätigkeiten	2094
§ 141 Verfahrensarten	2095
§ 142 Sonstige anwendbare Vorschriften	2096
§ 143 Regelung für Auftraggeber nach dem Bundesberggesetz	2096
Unterabschnitt 2. Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen	2097
§ 144 Anwendungsbereich	2097
§ 145 Besondere Ausnahmen für die Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen	2098
§ 146 Verfahrensarten	2104
§ 147 Sonstige anwendbare Vorschriften	2105

Unterabschnitt 3. Vergabe von Konzessionen	2106
§ 148 Anwendungsbereich	2106
§ 149 Besondere Ausnahmen	2106
§ 150 Besondere Ausnahmen für die Vergabe von Konzessionen in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit	2112
§ 151 Verfahren	2117
§ 152 Anforderungen im Konzessionsvergabeverfahren	2119
§ 153 Vergabe von Konzessionen über soziale und andere besondere Dienstleistungen.	2122
§ 154 Sonstige anwendbare Vorschriften	2123
Kapitel 2. Nachprüfungsverfahren	2127
Abschnitt 1. Nachprüfungsbehörden	2127
Vor § 155	2127
§ 155 Grundsatz	2135
§ 156 Vergabekammern	2137
§ 157 Besetzung, Unabhängigkeit	2142
§ 158 Einrichtung, Organisation	2144
§ 159 Abgrenzung der Zuständigkeit der Vergabekammern	2145
Abschnitt 2. Verfahren vor der Vergabekammer	2147
§ 160 Einleitung, Antrag	2147
§ 161 Form, Inhalt	2157
§ 162 Verfahrensbeteiligte, Beiladung	2160
§ 163 Untersuchungsgrundsatz	2162
§ 164 Aufbewahrung vertraulicher Unterlagen	2167
§ 165 Akteneinsicht.	2168
§ 166 Mündliche Verhandlung	2172
§ 167 Beschleunigung	2173
§ 168 Entscheidung der Vergabekammer	2176
§ 169 Aussetzung des Vergabeverfahrens	2182
§ 170 Ausschluss von abweichendem Landesrecht	2191
Abschnitt 3. Sofortige Beschwerde	2191
§ 171 Zulässigkeit, Zuständigkeit	2191
§ 172 Frist, Form	2195
§ 173 Wirkung.	2198
§ 174 Beteiligte am Beschwerdeverfahren	2203
§ 175 Verfahrensvorschriften	2204
§ 176 Vorabentscheidung über den Zuschlag.	2207
§ 177 Ende des Vergabeverfahrens nach Entscheidung des Beschwerdegerichts	2210
§ 178 Beschwerdeentscheidung	2211
§ 179 Bindungswirkung und Vorlagepflicht	2213
§ 180 Schadensersatz bei Rechtsmissbrauch	2216
§ 181 Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens	2219
§ 182 Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer	2226
§ 183 Korrekturmechanismus der Kommission	2232
§ 184 Unterrichtspflichtigen der Nachprüfungsinstanzen	2232

Teil 5. Anwendungsbereiche der Teile 1 bis 3	2235
§ 185 Unternehmen der öffentlichen Hand, Geltungsbereich.	2235
Teil 6. Übergangs- und Schlussbestimmungen.	2319
§ 186 Übergangsbestimmungen	2319
Stichwortverzeichnis	2325

Kapitel 6. Befugnisse der Kartellbehörden, Schadensersatz und Vorteilsabschöpfung

Abschnitt 1. Befugnisse der Kartellbehörden

Vorbemerkung zu §§ 32 ff.

Übersicht	Rdn.		Rdn.
I. Rechtslage bis zur 2. GWB-Novelle	1	V. 7. GWB-Novelle 2005	6
II. Rechtszustand nach der 2. GWB-Novelle 1973	2	VI. 8. GWB-Novelle 2013	11
III. Rechtslage nach der 4. GWB-Novelle 1980	3	VII. 9. GWB-Novelle 2017	13
IV. Rechtslage nach der 6. GWB-Novelle 1998	4	VIII. Bewertung und Ausblick	18

I. Rechtslage bis zur 2. GWB-Novelle

Das GWB konnte in seiner 1958 in Kraft getretenen Fassung lediglich **drei Sanktionen**, nämlich **1** die **Unwirksamkeit** von Verträgen (§ 1) bzw. deren Nichtigkeit (§ 15), Schadensersatzansprüche bei schuldhaften Verstößen gegen Schutzgesetze (§ 35) sowie **Geldbußen** bei schuldhaften Ordnungswidrigkeiten (§§ 38 ff.). Dabei war die einzige im Gesetz vorgesehene Sanktion, die von der KartB verhängt werden konnte, die Ahndung der Ordnungswidrigkeiten (vgl. 6. Aufl., § 37a Rn. 1). In der Praxis führte dies zu erheblichen Schwierigkeiten, insbesondere weil ein Bußgeld nur verhängt werden konnte, wenn auch die **subjektiven Voraussetzungen** des Verschuldens vorlagen. Bei unwirksamen Verträgen kam ein Bußgeld nicht in Betracht, solange die beteiligten Unternehmen den Vertrag nicht verwirklichten oder ihnen jedenfalls nicht die Verwirklichung nachgewiesen werden konnte (vgl. 6. Aufl., § 37a Rn. 1). Jedenfalls wurde aus den Regelungen der Schluss gezogen, die KartB besäßen keine weitergehenden Befugnisse zur Durchsetzung des GWB und insbesondere nicht die Befugnis, die Praktizierung unwirksamer oder nichtiger Verträge sowie die Vornahme verbotener Handlungen in einem sog. **objektiven Verwaltungsverfahren** zu untersagen. Die KartB haben sich praktisch damit geholfen, die betreffenden Unternehmen abzumahnern, d.h. anzukündigen, die KartB werde ein Bußgeldverfahren einleiten oder in einem bereits eingeleiteten Verfahren eine Geldbuße verhängen, wenn die Unternehmen ihr beanstandetes Verhalten nicht aufgeben. Ein konkretisierender Verwaltungsakt, der anfechtbar gewesen wäre, wurde als nicht zulässig angesehen (vgl. 6. Aufl., § 37a Rn. 1). Dem wurde die verfassungsrechtlich gebotene Normenklarheit und Gesetzesbestimmtheit, die ein verwaltungsrechtlicher Eingriff voraussetzt, entgegengesetzt (vgl. *BGH*, 01. 10. 1970 »Schaumstoff II«, WuW/E BGH 1126, 1130).

II. Rechtszustand nach der 2. GWB-Novelle 1973

Mit der 2. GWB-Novelle 1973 wurde durch § 37a Abs. 1 und 2 a.F. ein gesondertes Untersagungsverfahren – im Gegensatz zum Bußgeldverfahren auch **objektives Verwaltungsverfahren** genannt – eingeführt. Die Vorschrift ermöglichte es den KartB, gegen die Praktizierung verbotener Verträge und gegen die Vornahme verbotener Handlungen ohne Rücksicht auf ein Verschulden der Beteiligten nach den damaligen §§ 51 ff. a.F. vorzugehen. Es handelte sich um ein zusätzliches Verfahren zur Verwirklichung kartellrechtlicher Vorschriften, ohne dass die bisherigen Sanktionen und ihre Verfahren davon betroffen waren (*Begr.* WuW 1971, 564): Ein Kartellvertrag blieb nach § 1 ohne Rücksicht auf das Untersagungsverfahren unwirksam. Es konnte gleichzeitig zu einem Zivilprozess zwischen den beteiligten Unternehmen, zu einem Bußgeldverfahren oder zu einem

Untersagungsverfahren nach § 37a wegen desselben Kartellvertrages kommen (vgl. 6. Aufl., § 37a, Rn. 2).

III. Rechtslage nach der 4. GWB-Novelle 1980

- 3 Mit der 4. GWB-Novelle 1980 wurde § 37b a.F. mit der Befugnis der KartB zur Mehrerlösabschöpfung in das Gesetz eingefügt. Die Regelung beruhte auf der Kritik an der Effizienz der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und sollte die Folgebestimmungen wirksamer gestalten. Ziel war es sicherzustellen, dass ein missbräuchlich handelndes Unternehmen jedenfalls dann keine Vorteile mehr daraus zieht, wenn eine später unanfechtbare Verwaltungsverfügung ergeht. § 37b a.F. bildete dabei eine sachliche Einheit mit der ebenfalls neu eingeführten Regelung in § 35 Abs. 2 a.F., wonach die staatliche Mehrerlösabschöpfung hinter der zivilrechtlichen Schadensersatzpflicht ggfls. zurücktritt (Subsidiarität; vgl. 6. Aufl., § 37b, Rn. 1; vgl. *Begr. WuW* 1980, 354/355: »Um eine Doppelbelastung der betroffenen Unternehmen zu vermeiden, darf die Mehrerlösabschöpfung nicht erfolgen, wenn und soweit der Vermögensvorteil durch Schadensersatzleistungen ausgeglichen ist ... Die Mehrerlösabschöpfung hat die Missbrauchsfälle im Auge, bei denen zivilrechtliche Schadensersatzansprüche aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht geltend gemacht werden können, insbesondere weil die Missbrauchsverfügung im Einzelfall keinen Schutzcharakter i.S.v. § 35 besitzt oder weil sich der Schaden auf eine Vielzahl von Abnehmern verteilt, deren individueller Schaden sehr gering ist.«).

IV. Rechtslage nach der 6. GWB-Novelle 1998

- 4 Mit der 6. GWB-Novelle 1998 wurden die Vorschriften über die kartellverwaltungs- und zivilrechtlichen Sanktionen (einschließlich der Befugnisse der KartB, die zuvor im 6. und 7. Abschnitt des Gesetzes verteilt waren), **in einem Abschnitt zusammengefasst** und dabei neu durchnummeriert: Einführung einer generellen Untersagungsbefugnis der KartB für alle Tatbestände, die nach dem Gesetz verboten sind (§ 32); weitgehende Beibehaltung der zivilrechtlichen Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche (§ 33); Beibehaltung und Ausdehnung der bisherigen Regelung über Mehrerlösabschöpfung auf alle Verhaltensweisen, die die KartB nach § 32 untersagen kann (§ 34; vgl. hierzu *BegrRegE*, WuW-SH 1998, S. 78/79).
- 5 Es stellte sich bald heraus, dass die Möglichkeit der KartB für eine Untersagungsverfügung unter einem erheblichen Mangel litt. Die KartB konnte nur ein bestimmtes Verhalten verbieten, im Regelfall aber nicht ein konkretes Verhalten anordnen, das zur Beseitigung des Wettbewerbsverstoßes erforderlich ist. Es fehlte also die im europäischen Recht vorgesehene Möglichkeit einer positiven Tenorierung. Ebenso fehlte es an Regelungen über einstweilige Maßnahmen, das Instrument der Verpflichtungszusagen u.ä. Entscheidungen, die im europäischen Recht in der VO 1/2003 vorgesehen waren.

V. 7. GWB-Novelle 2005

- 6 Ziel der 7. GWB-Novelle war es, eine Abschreckungswirkung zu entfalten, die darauf beruht, dass der Täter keine oder nur geringe Chancen sieht, einen kartellbedingten Gewinn zu behalten. Normadressat ist dabei das Unternehmen. Durch die 7. GWB-Novelle 2005 wurde der frühere 6. Abschnitt des 1. Teils des GWB umbenannt in »Befugnisse der Kartellbehörden, Sanktionen«.

Im Zuge der 7. GWB-Novelle 2005 wurden entsprechend die Befugnisse der KartB an die Regelung in der VO 1/2003 angeglichen und damit erheblich erweitert:

- Möglichkeit der positiven Tenorierung, d. h. die Befugnis, den betroffenen Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen aufzugeben, eine Zuwiderhandlung gegen das GWB oder gegen die Art. 81 oder 82 EG abzustellen, und die Befugnis, einen Kartellrechtsverstoß auch nachträglich festzustellen, wenn hierfür ein berechtigtes Interesse besteht (§ 32);
- Möglichkeit der Anordnung einstweiliger Maßnahmen (§ 32a);
- Verbindlichkeitserklärung von Verpflichtungszusagen zur Abwendung einer Verfügung (§ 32b);

- Entscheidung der KartB, dass kein Anlass zum Tätigwerden besteht (§ 32c);
- Möglichkeit des Entzuges des Rechtsvorteils einer Gruppenfreistellungsverordnung (§ 32d);
- Möglichkeit, Enquête-Untersuchungen durchzuführen, auch ohne einen konkreten Anfangsverdacht eines Verstoßes, sondern bereits aufgrund der Vermutung, dass der Wettbewerb möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht ist (§ 32e).

Ferner wollte die 7. GWB-Novelle die Sanktionen bei Verstößen gegen das Kartellrecht verschärfen durch 7

- Stärkung des kartellrechtlichen Unterlassungs- und Schadensersatzanspruchs, insbesondere durch Streichung des Schutzgesetzerfordernisses (§ 33); Möglichkeit der Schadensschätzung unter Berücksichtigung des sog. Kartellantengewinns; Tatbestandswirkung für sog. Follow-on-Klagen (§ 33 Abs. 4);
- Erweiterung der bisherigen Mehrerlösabschöpfung durch die KartB zu einer Abschöpfung des gesamten ab dem Kartellrechtsverstoß erlangten wirtschaftlichen Vorteils (§ 34);
- Einführung einer subsidiären Vorteilsabschöpfung durch Verbände (§ 34a), wobei im Gesetzgebungsverfahren der Anspruch der Verbraucherschutzorganisationen gestrichen wurde.

Der Gesetzgeber der 7. GWB-Novelle 2005 begründete die Verschärfung der Sanktionen bei Verstößen gegen das Kartellrecht mit der Abschaffung des bisherigen Systems der Administrativfreistellung und der Ersetzung durch ein System der **Legalausnahme**, wodurch tendenziell die behördliche Kontrolldichte gegenüber wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und Verhaltensweisen vermindert werde (*BegrRegE*, WuW-SH 2005, S. 133). Damit solle aber keine Einbuße an Wettbewerbsschutz verbunden sein. Zum Ausgleich werde deshalb neben den verwaltungsrechtlichen auch die zivilrechtlichen Sanktionen bei Kartellrechtsverstößen ausgeweitet, wozu ein **effektives zivilrechtliches Sanktionssystem** geschaffen werden sollte, von dem eine zusätzliche spürbare Abschreckungswirkung im oben (Rdn. 6) dargestellten Sinn ausgehen sollte. 8

Die größte praktische Bedeutung hat die Befugnis der KartB zum Erlass von Verbotsentscheidungen und Abstellungsverfügungen nach § 32. Unklar war, ob auch strukturelle Maßnahmen – bis zur Entflechtung von Unternehmen – erfasst waren (vgl. *BegrRegE*, WuW-SH 2005, S. 130). Auch war zu § 32 Abs. 1 und 2 unklar, ob die KartB die Verpflichtung begründen konnte, die **Rückerstattung** der aus einem kartellrechtswidrigen Verhalten erwirtschafteten Vorteile an die Kunden anzuordnen. Dies hatte der BGH in einer Grundsatzentscheidung (10. 12. 2008 »Stadwerke Uelzen«, WuW/E DE-R 2538, 2540) zwar entschieden. In der Literatur wurde aber diese Rechtsprechung stark angegriffen (s.u. § 32 Rdn. 4, 56). Das BKartA hat den wirtschaftlichen Vorteil eines Kartellrechtsverstoßes in mehreren Fällen mit Bußgeldentscheidungen entzogen sowie in einigen Fällen die Rückerstattung missbräuchlich überhöhter Entgelte gestützt auf §§ 32 ff. angeordnet (vgl. *BegrRegE* zur 9. GWB-Novelle, BT-Drucks. 18/10207, S. 67/68). 9

Die **Mehrerlösabschöpfung** nach § 34 als »Instrument zur Abschöpfung des gesamten, durch den Kartellrechtsverstoß erlangten wirtschaftlichen Vorteils« (*BegrRegE*, WuW-SH 2005, S. 171) blieb bis heute ohne praktische Bedeutung. Das BMWi hat festgestellt: Das BKartA hat bislang keine Vorteilsabschöpfung nach § 34 vorgenommen (vgl. BT-Drucks. 18/10207, S. 67). Das Abschöpfungsverfahren gestützt auf § 34 erwies sich bei der Wahl der effektivsten Sanktionsinstrumente durchgängig als unzweckmäßig, zum einen wegen der Subsidiarität der Vorteilsabschöpfung gegenüber Schadensersatzleistungen der Kartellanten an die Geschädigten, zum anderen wegen des hohen Aufwandes des Abschöpfungsverfahrens und der Schwierigkeiten bei der Ermittlung des möglicherweise erzielten wirtschaftlichen Vorteils (BT-Drucks. 18/10207, S. 68/69). 10

VI. 8. GWB-Novelle 2013

Mit der 8. GWB-Novelle 2013 wurden im Verfahrensrecht die Befugnisse der KartB nochmals verbessert, ebenso die **Klagebefugnis von Verbraucherverbänden** sowohl auf Unterlassung wie auch auf einen Anspruch auf Vorteilsabschöpfung für den Fall von Massen- oder Streuschäden eingeführt. 11

- 12 – Mit § 32 Abs. 2 wurde eine ausdrückliche Ermächtigung für **Abhilfemaßnahmen struktureller Art** eingeführt. Eine entsprechende Klarstellung war mit der 7. GWB-Novelle noch ausdrücklich abgelehnt worden.
- In § 32 Abs. 2a wurde klargestellt, dass die KartB im Rahmen der Abstellungsverfügung die Möglichkeiten hat, eine **Rückerstattung der erwirtschafteten Vorteile** anzuordnen. Damit wurde die umstrittene Rechtsprechung des BGH (s. o. Rdn. 9) ausdrücklich bestätigt.
 - In § 32 Abs. 2a S. 2 wurde die Möglichkeit einer **Schätzung der erwirtschafteten Vorteile in Gestalt von Zinsvorteilen** eingeführt.
 - In § 33 Abs. 2 Nr. 2 wurde die noch in der 7. GWB-Novelle gestrichene **Aktivlegitimation der Verbraucherverbände** vorgesehen, ebenso der Verbände der Marktgegenseite. Die Verbraucherverbände sollten einen Unterlassungsanspruch, aber vor allem auch einen Anspruch auf Vorteilsabschöpfung für den Fall von Massen- oder Streuschäden haben. Der Gesetzgeber berief sich hierbei auf die laufenden Diskussionen auf europäischer Ebene über eine Stärkung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung (*BegrRegE*, WuW-SH 2013, S. 146).
 - Die Vorschriften zur **Verjähung und Hemmung der Verjähung** (§ 33 Abs. 5) wurden neu gefasst und präzisiert.
 - In § 34 Abs. 5 wurde die **Frist für die Vorteilsabschöpfung** den tatsächlichen Erfordernissen angepasst (*BegrRegE*, WuW-SH 2013, S. 146). Die dort vorgesehene fünfjährige Frist ist gehemmt, solange eine deutsche KartB, die Europäische Kommission oder eine Wettbewerbsbehörde eines anderen EU-Mitgliedstaates ein Verfahren durchführt. Allerdings fehlte ein Übergangsvorschrift, so dass hieraus – insbesondere für die Anwendbarkeit der Hemmungsvorschrift – Unklarheiten entstanden sind (vgl. OLG Düsseldorf, 18. 02. 2015 – VI-U [Kart] 3/14 – juris; 29. 01. 2014 – VI-U [Kart] 7/13 – juris).

VII. 9. GWB-Novelle 2017

- 13 Hauptziel der 9. GWB-Novelle 2017 war die Umsetzung der EU-Richtlinie 2014/104/EU über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union in nationales Recht. Die Umsetzung der Richtlinie soll dazu beitragen, dass Unternehmen und Verbraucher effektiver Schadensersatzansprüche durchsetzen können, wenn sie durch einen Kartellverstoß geschädigt wurden. Zu einer nachhaltigen und effektiven Kartellverfolgung gehört auch die Sicherstellung, dass sich Unternehmen durch Umstrukturierungsmaßnahmen nicht ihrer Bußgeldhaftung entziehen können. Die 9. GWB-Novelle enthält daher Regelungen für einen umfassenden Lückenschluss bei der Bußgeldhaftung für Fälle der Rechtsnachfolge und bei Konzernstrukturen (vgl. *BegrRegE*, BT-Drucks. 18/10207, S. 1/2). In der Voraufage ist der Richtlinienentwurf der EU-Kommission an verschiedenen Stellen vorgestellt worden (vgl. im Einzelnen 12. Aufl., § 33 Rn. 178–180). Die EU-Kartellschadensersatzrichtlinie 2014/104/EU wäre bis zum 27. 12. 2016 in nationales Recht umzusetzen gewesen. Die Verzögerung mit dem Inkrafttreten am 09. 06. 2017 brachte Deutschland die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens ein.

Das BKartA hat nach der 9. GWB-Novelle folgende Handlungsoptionen:

- repressive Ahndung vergangenen schuldhaften Verhaltens nach § 81 durch ein Bußgeld in einem Ordnungswidrigkeitenverfahren,
 - repressive Entziehung des durch vergangenes schuldhaftes Verhalten erlangten wirtschaftlichen Vorteils im Bußgeld- oder Verwaltungsverfahren, etwa gestützt auf § 34,
 - präventive Abstellung laufenden bzw. zukünftigen Verhaltens durch Untersagung bzw. durch andere Abstellungsmaßnahmen im Verwaltungsverfahren nach §§ 32 ff.
- 14 In der Praxis hat sich das BKartA auf die Bußgeldverfahren mit der vorrangigen Orientierung am tatbezogenen Umsatz konzentriert. Das Bußgeld dient nach der Praxis des BKartA alleine der Ahndung. Ein Ausgleich der Vermögensvorteile wird mit dem Bußgeld ausdrücklich nicht bezweckt (vgl. *BegrRegE*, BT-Drucks. 18/10207, S. 68), wohl aber der Auswirkungen auf den Wettbewerb, bezogen auf den tatbezogenen Umsatz. Ziel der 9. GWB-Novelle war es, Regelungs-

lücken im Kartellordnungswidrigkeitenrecht zu beseitigen und damit die wirkungsvolle Sanktionsandrohung wiederherzustellen. Neben der Verantwortlichkeit der Muttergesellschaften werden auch Fälle der rechtlichen und wirtschaftlichen Nachfolge erfasst, bei denen bisher eine Befreiung von der Bußgeldzahlung möglich war.

Private Schadensersatzklagen haben in der Praxis bereits eine erhebliche Bedeutung erlangt. Sie gewährleisten einen Ausgleich der kartellbedingten Vermögensverschiebungen und ergänzen die behördliche Verfolgung. Von der 9. GWB-Novelle wird erwartet, dass die Regelungen die Position der Geschädigten bei der Geltendmachung von Schadensersatzforderungen gegen Rechtsverletzer weiter stärken werden. Dies behindert im Allgemeinen nicht die behördliche Kartellverfolgung, die vielmehr Garant für den privaten Schadensersatz ist. »Denn private Schadensersatzklagen schließen sich in aller Regel an abgeschlossene Bußgeldverfahren der Kartellbehörden an. Es ist daher auch im Interesse der Geschädigten, dass die Arbeit der Wettbewerbsbehörden durch private Schadensersatzklagen nicht geschwächt wird. Das Gesetz bemüht sich, die Interessen der Geschädigten und Schädiger sowie das allgemeine öffentliche Interesse einer funktionierenden behördlichen Kartellverfolgung in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Insbesondere der von der EU-Richtlinie vorgesehene Schutz von Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen wurde durch die 9. GWB-Novelle weitestgehend aufgenommen. Dennoch kann nicht ausgeschlossen werden, dass allein der zunehmende und im Einzelfall schwer abzuschätzende Umfang der zivilrechtlichen Haftung und die infolge der Neuerungen zunächst bestehende Rechtsunsicherheit mittelfristig negative Auswirkungen auf die Effektivität der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung haben wird.« (BKartA, TB 2015/16, S. 18).

Mit der 9. GWB-Novelle wurden dem BKartA erstmals Befugnisse im Bereich des wirtschaftlichen Verbraucherschutzes zugewiesen. Nach § 32e Abs. 5 kann das BKartA künftig auch dort Sektoruntersuchungen durchführen und nach § 90 Abs. 6 im gerichtlichen Verfahren als *amicus curiae* Stellung nehmen, wo es um erhebliche, dauerhafte oder wiederholte Verstöße gegen verbraucherrechtliche Vorschriften geht. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass durch diese beiden Instrumente ein Beitrag zu einem noch effektiveren Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher geleistet wird; zudem sollen die Instrumente dazu beitragen, eine bessere Erkenntnisgrundlage hinsichtlich möglicher Defizite des bisherigen Durchsetzungssystems zu gewinnen und zugleich dessen Akteure zu unterstützen (BKartA, TB 2015/16 S. 19). Das BKartA hat von den neuen Kompetenzen durch Einrichtung einer Abteilung Verbraucherschutz Gebrauch gemacht (vgl. *Mundt*, FAZ vom 18. 08. 2017, S. 19: Verbraucherschutzabteilung noch in der Aufbauphase).

Das BKartA stellt eine deutliche Zunahme von privaten Schadensersatzklagen, die sich an abgeschlossene Kartellverfahren der EU-Kommission oder des BKartA anschließen, fest, ferner eine weitere Professionalisierung bei der Bündelung und Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen. Nach der Einschätzung des BKartA stellt die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen im Verhältnis zwischen Unternehmen mittlerweile eher die Regel als die Ausnahme dar. Die BReg hat in ihrer Stellungnahme zum TB 2015/16 (BT-Drucks. 18/12760, S. XII) die Geltendmachung von Schadensersatzforderungen begrüßt, da diese Klagen auch einen Beitrag zur Prävention von Kartellrechtsverstößen leisten.

VIII. Bewertung und Ausblick

Die Kartellrechtsdurchsetzung durch hoheitliche Maßnahmen scheint durch die letzten GWB-Novellen wesentlich intensiviert worden zu sein. Insbesondere seit der Einführung der Kronzeugenregelungen (Bonusregelung) hat die Verfolgung von Kartellabsprachen mit der Verhängung von Bußgeldern zunehmende Bedeutung erlangt. Die Kronzeugen erreichen Immunität vor einer Bußgeldverhängung. Durch die Einführung einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung in einem Vergleichsverfahren (sog. Settlements) – in Deutschland ohne gesetzliche Grundlage – durch eine vereinfachte Entscheidung des Verfahrens wird die Effizienz der behördlichen Kontrolle ge-

steigert (vgl. *BKartA*, TB 2011/12, S. 72, 73, 97). Diese Möglichkeiten stehen in einem Spannungsverhältnis zu der privaten Kartellrechtsdurchsetzung, also der Möglichkeit von Kartellgeschädigten oder klagebefugten Verbänden, den Ersatz von Schäden zu verlangen. Denn die Kronzeugen und die vergleichswilligen Kartellbeteiligten haben ein hohes Interesse daran, keine Informationen für nachfolgende Schadensersatzklagen zu liefern. Die potentiellen Schadensersatzkläger haben das entgegengesetzte Interesse, Kenntnisse und Unterlagen im Wege der Akteneinsicht zu erhalten, um den Schadensersatzanspruch zu substantiieren und genau zu beziffern. Die Akteneinsicht Dritter ist in diesem Konflikt nicht eindeutig gesetzlich geregelt. Die EU-Kommission spricht das Problem »Behördliche gegen private Durchsetzung« zwar an, löst es aber nicht.

- 19 Die BReg wie auch das BKartA sind der Meinung, dass es durch Kartellrechtsverstöße Geschädigten durch die neuen Regelungen der 9. GWB-Novelle künftig erleichtert wird, ihre Schadensersatzansprüche geltend zu machen (Stellungnahme der BReg zum TB 2015/2016, BT-Drucks. 18/2760, V). Das BKartA berichtet über eine deutliche Zunahme von privaten Schadensklagen, insbesondere von »follow-on«-Klagen (TB 2015/2016, S. 41), befürchtet sogar »Klageteppiche«, die sich über mehrere Marktstufen ausbreiten können (»downstream« wegen Preis- und Mengenschäden, aber auch »upstream« wegen Mengenschäden), und sieht die Gefahr kurz- oder mittelfristiger negativer Auswirkungen auf die »Durchschlagkraft der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung«, insbesondere auf Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen, aber auch auf die Attraktivität der Bonusregelung, die einen »wesentlichen Beitrag zur Aufdeckung neuer Kartellverstöße leistet« (TB 2015/2016, S. 42). Damit ist erneut der Konflikt zwischen Kartellrechtsdurchsetzung durch Kartellbehörden und privater Schadensersatzklagen angesprochen, aber nicht gelöst. Ebenso ungeklärt sind die sich aus der Stärkung der Stellung der mittelbar Geschädigten zu Lasten der unmittelbar Geschädigten (s. hierzu *Seeliger/de Crozals ZRP 2017, 37/38*) ergebenden Probleme. Denn dem einzelnen mittelbar Geschädigten bleibt es überlassen, seinen individuell erlittenen Schaden der Höhe nach zu beziffern und seine Ansprüche auf eigene Kosten und auf eigenes Risiko durchzusetzen. Zur wirksamen Durchsetzung bedürfte es kollektiver Rechtsschutzinstrumente, die im Rahmen der 9. GWB-Novelle gefordert wurden, wie z. B. die Musterfeststellungsklage (vgl. *Monopolkommission*, Hauptgutachten XXI, 2016, Tz. 182), oder der Sammelklagen wie in anderen EU-Mitgliedstaaten. Damit könnte erreicht werden, dass die Ansprüche der Verbraucher nicht verjähren und die Feststellungen zu den zentralen Rechts- und Tatsachenfragen für alle angeschlossenen Verbraucher verbindlich sind. Aber auch Sektorenuntersuchungen des BKartA nach § 32e Abs. 5 können hilfreich sein, verbraucher-schädliche Geschäftsmodelle frühzeitig zu identifizieren.
- 20 Ziel der letzten GWB-Novellen, insbesondere auch der 9. GWB-Novelle, war die Prävention gegenüber wettbewerbsschädlichem Verhalten i. S. einer Beseitigung wirtschaftlicher Anreize zu wettbewerbsschädlichem Verhalten von Unternehmen. Dem diente die Einführung der Betrachtung des Gesamtunternehmens als wirtschaftliche Einheit. Allerdings löst nicht jede Handlung eines Mitarbeiters innerhalb seines Aufgabenbereichs eine Verantwortlichkeit für das Unternehmen aus. Die BReg geht offenbar davon aus, dass von einer effektiven Sanktionierung der Unternehmen bei Kartellrechtsverstößen eine präventive Wirkung gegenüber den handelnden Personen ausgeht und verweist insoweit darauf, dass Unternehmen verstärkt in Compliance investieren, um kartellrechtswidriges Verhalten von Mitarbeitern zu verhindern. In der Praxis zeigt sich aber, dass diese oft sehr ausgefeilten Compliance-Programme nur bedingt Wirksamkeit entfalten, weil Mitarbeiter, die nicht zu den Leitungspersonen i.S.v. § 30 Abs. 1 Nr. 1 OWiG zählen, kartellrechtswidrige Verhaltensweisen praktizieren. Die Geldbußen, die gegenüber einem Unternehmen verhängt werden, haben damit keine unmittelbaren Auswirkungen auf direkt kartellbeteiligte Unternehmensangehörige, weshalb Anreize zu rechtskonformem Verhalten für diese nicht in demselben Maße wie für das Unternehmen bestehen. So kann es z. B. für Mitarbeiter bestimmter Abteilungen mit persönlichen Vorteilen verbunden sein, sich ohne Wissen der Unternehmensführung an einem Kartell zu beteiligen, etwa weil diese Abteilung aufgrund der erzielten Kartellgewinne als besonders erfolgreich erscheint. Eine Verbesserung der präventiven Wirkung gegenüber diesen handelnden Personen ließe sich dadurch erreichen, dass diese finanzielle Nachteile oder gar strafrechtliche Sanktionen befürchten müssten. Dies bedeutet nicht, dass das von der Behörde verhängte Bußgeld im Wege des

Regresses des Unternehmens von den handelnden Personen zu tragen ist, sondern im Gegenteil, dass die Kartellrechtsdurchsetzung präventiver wirken kann, wenn die handelnden Personen in der Verantwortung stehen, weil die Drohung mit dem Verlust des privaten Vermögens erheblich stärker wirkt als der Verlust von Kapital beim Unternehmen. Eine Abwälzung von Kartellbußen auf die »Kartelltäter« unterläuft den gesetzlichen Sanktionszweck der Kartellgeldbußen gegenüber den bebußten Unternehmen (so auch *Monopolkommission*, Sondergutachten 72, Tz. 187). Das BKartA verweist zwar darauf, dass auch bereits jetzt gegen die handelnden Unternehmensvertreter entsprechend deren persönlicher Leistungsfähigkeit vorgegangen wird und gegen natürliche Personen erhebliche Bußgelder verhängt wurden (BKartA TB 2015/2016, S. 339), so dass von der drohenden Sanktionierung eine präventive Wirkung gegenüber den handelnden Personen ausgeht. Diese scheint aber nicht auszureichen, insbesondere wenn man die verstärkten Compliance-Bemühungen der Unternehmen bedenkt.

Auf der anderen Seite entspricht es dem Konzept der EU-Richtlinie und dem Problem der Schadensabwälzung in § 33c, eine Schadenskompensation auf allen Marktstufen zu ermöglichen und die Klageanreize derjenigen zu stärken, bei denen der wirtschaftliche Schaden tatsächlich eingetreten ist. Sind die mittelbaren Abnehmer geschädigte Verbraucher, so machen nach aller Erfahrung die Verbraucher ihren Schaden vielfach nicht geltend, insbesondere wenn es sich um Streuschäden handelt. Auch mit den Erleichterungen durch die 9. GWB-Novelle bei der Durchsetzung von privaten Schadensersatzansprüchen ist diese sog. Streuschadenproblematik nicht gelöst, denn der einzelne Verbraucher ist auch nach den Regelungen der 9. GWB-Novelle kaum in der Lage, seinen Anspruch gerichtlich durchzusetzen; selbst wenn feststeht, dass sich ein Unternehmen rechtswidrig verhalten hat, hat dies nicht ohne Weiteres konkret nachweisbare Auswirkungen auf die einzelnen geschädigten Verbraucher. Dazu bedarf es kollektiver Rechtsschutzinstrumente, die im Rahmen der 9. GWB-Novelle gefordert wurden. Musterfeststellungsklagen haben aber mit kollektivem Rechtsschutz zur effektiven Durchsetzung des Kartellrechts nichts zu tun (s.o. Rdn. 19). Denn Verbraucherverbände erhalten damit nur die Berechtigung, das Bestehen von Ansprüchen für eine Vielzahl von Verbrauchern stellvertretend feststellen zu lassen. Dem einzelnen Geschädigten bleibt es weiterhin überlassen, seinen individuell erlittenen Schaden der Höhe nach zu beziffern und seine Ansprüche auf eigene Kosten und eigenes Risiko durchzusetzen (so auch *Rother*, NZKart 2017, S. 1/2). Ein geeignetes Instrument wären hier nur Sammelklagen für Geschädigte von Kartellverstößen. Ohne dieses Instrument hätten selbst kleine und mittlere Unternehmen mit nur geringen Einkaufsvolumina faktisch nicht die Möglichkeit, ihre Schadensersatzansprüche bei Kartellverstößen wirksam durchzusetzen, von der Geltendmachung von Streuschäden durch einzelne Verbraucher ganz zu schweigen. Die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen bei Kartellverstößen in Deutschland wird dann eine Spezialität von Großunternehmen bleiben. So wird in der Literatur bereits prognostiziert, dass die Verschiebung der Klageanreize zu Lasten der Erstabnehmer dazu führen wird, dass insgesamt weniger kartellrechtliche Schadensersatzansprüche durchgesetzt werden und es häufiger zu einer Nichthaftung des Kartellanten kommt (vgl. *Stomper*, WuW 2016, 410, 414 m.w.N.).

§ 32 Abstellung und nachträgliche Feststellung von Zuwiderhandlungen

(1) Die Kartellbehörde kann Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen verpflichten, eine Zuwiderhandlung gegen eine Vorschrift dieses Teils oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union abzustellen.

(2) Sie kann ihnen hierzu die erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art vorschreiben, die gegenüber der festgestellten Zuwiderhandlung verhältnismäßig und für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich sind. Abhilfemaßnahmen struktureller Art können nur in Ermangelung einer verhaltensorientierten Abhilfemaßnahme von gleicher Wirksamkeit festgelegt werden, oder wenn letztere im Vergleich zu Abhilfemaßnahmen struktureller Art mit einer größeren Belastung für die beteiligten Unternehmen verbunden wäre.

- **Aufgabe des Schutzgesetzfordernisses** zugunsten der Anspruchsberechtigung der durch den Verstoß beeinträchtigten Marktbeteiligten (§ 33 Abs. 1 Satz 1 u. 3);
- Angleichung der Bestimmung über die **Anspruchsberechtigung der Verbände** an die UWG-Regelung (§ 33 Abs. 2);
- **Erschwerung der »Passing-on defence«** (§ 33 Abs. 3 Satz 2);
- Erleichterung der **Schadenschätzung** (§ 33 Abs. 3 Satz 3);
- **Verzinsungspflicht** ab Schadenseintritt (§ 33 Abs. 3 Satz 4 u. 5);
- **Feststellungswirkung für Follow-on-Klagen** (§ 33 Abs. 4 Satz 1);
- Hemmung der **Verjährung** zivilrechtlicher Ansprüche durch Einleitung eines kartellbehördlichen Verfahrens (§ 33 Abs. 5);
- Anspruch der Verbände auf **Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils** (§ 34a);
- Möglichkeit der **Streitwertanpassung** (§ 89a).

III. 8. GWB-Novelle 2013

Die wesentliche Änderung durch die 8. GWB-Novelle 2013 bestand neben den Anpassungen an den AEUV und der Präzisierung der Verjährungsregelung in Abs. 5 in der Einführung der **Aktivlegitimation der Verbraucherverbände**, die wie folgt begründet wurde (*BegrRegE*, WuW-SH 2013, S. 136): »Die Novelle verbessert darüber hinaus die Position der Verbraucherschutzorganisationen durch eine angemessene Beteiligung an der privaten Kartellrechtsdurchsetzung. Qualifizierte Einrichtungen, d.h. insbesondere Verbraucherverbände, erhalten in Anknüpfung an das bewährte System des Rechtsschutzes im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) sowohl einen Unterlassungsanspruch als auch einen Anspruch auf Vorteilsabschöpfung für den Fall von Massen- und Streuschäden.« 21

Diese Erweiterung hatte ursprünglich bereits im Rahmen der 7. GWB-Novelle erfolgen sollen mit dem Hinweis, dass das GWB auch den Verbraucherinteressen diene. Als Masse- und Streuschäden wurden damals Fallkonstellationen beschrieben, in denen durch kartellrechtswidriges Verhalten eine Vielzahl von Marktteilnehmern geschädigt wird, die Schadenshöhe aber im Einzelnen gering ist: »Bleibt der Schaden im Bagatellbereich, sieht der Betroffene regelmäßig von einer Rechtsverfolgung ab, weil der Aufwand und die Kosten hierfür in keinem Verhältnis zum Umfang seines Schadens stehen« (*BegrRegE*, WuW-SH 2005, S. 135). Der Vorschlag war aber als Ergebnis der Verhandlungen des Vermittlungsausschusses wieder gestrichen worden (BT-Drucks. 15/5735, S. 2). 22

IV. 9. GWB-Novelle 2017

Mit der am 09. 06. 2017 in Kraft getretenen 9. GWB-Novelle hat der Gesetzgeber die unionsrechtlichen Vorgaben der KSERL (oben Rdn. 15 ff.) in das nationale Recht umgesetzt. Die Änderungen gelten mit Ausnahme der Offenlegungsansprüche und einzelner prozessualer Vorschriften allerdings **nur für die nach dem 26. 12. 2016 entstandenen Ansprüche** (vgl. § 186 Abs. 3, 4) und wirken somit auf das Datum der unionsrechtlichen Umsetzungsfrist zurück. Für die neuen Verjährungsvorschriften gilt eine differenzierende Regelung (vgl. dazu § 33h Rdn. 7). 23

Die Novelle behält die Regelung des § 33 a.F. ganz weitgehend bei, nimmt jedoch eine **redaktionelle Neuordnung** der einzelnen Bestimmungen vor. Die verschiedenen Vorschriften des alten Rechts finden sich nunmehr verteilt über die Vorschriften der §§ 33 ff. Die Vorschriften über die Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche und der kartellrechtlichen Betroffenheit sind in § 33, die der Schadensersatzansprüche in § 33a geregelt. Die Bindungswirkung der Behördenentscheidung findet sich nunmehr in § 33b. In § 33c erfahren die **Anspruchsberechtigung mittelbarer Abnehmer** und die Fragen der **Abwälzung des Preisaufschlags** eine eigenständige Regelung. §§ 33d bis 33f konkretisieren die **gesamtschuldnerische Haftung** der Rechtsverletzer im Außenverhältnis und des Ausgleichs untereinander im Innenverhältnis. Hier finden sich die **Privilegierungstatbestände** für Kronzeugen, KMU und Parteien von Vergleichsvereinbarungen. Die **Verjährung** ist nunmehr detaillierter und für die Geschädigten großzügiger in § 33h geregelt.

Die weitreichendste Neuerung ist jedoch – wie bereits erwähnt (oben Rdn. 17) – mit der Einführung des § 33g verbunden. Den Geschädigten werden vor dem Hintergrund einer **strukturellen Darlegungs- und Beweisnot** im Verhältnis zum Anspruchsgegner und auch gegenüber unbeteiligten Dritten materiell-rechtliche **Herausgabe- und Auskunftsansprüche** gewährt, mit denen sie weitreichende Sachverhaltsaufklärung betreiben und Beweismittel produzieren können – jedenfalls sofern dies für die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen erforderlich ist. Aus Gründen der Waffengleichheit stehen diese Ansprüche auch den vermeintlichen Kartellanten zum Zwecke der Rechtsverteidigung zur Verfügung. Die prozessuale Einkleidung dieser Ansprüche regelt § 89b mit einer Vielzahl von bislang unbekanntem verfahrensrechtliche Instrumenten (siehe dort Rdn. 37 ff., 54 ff.: Freigabeverfahren, Vorlageverfahren).

Soweit sich die benötigten Informationen nicht bei privaten Dritten, sondern nur in den Akten der Wettbewerbsbehörde befinden, gewährt § 89c im Rahmen von bereits anhängigen Zivilprozessen unter bestimmten Bedingungen Vorlegungspflichten der Behörde gegenüber dem Gericht, das nach Vorlage zu entscheiden hat, ob die in der Akte befindlichen Informationen dem Offenlegungssuchenden offenbart werden.

C. Verhältnis zu anderen Vorschriften

- 24 §§ 33, 33a schließen die Anwendung anderer **deliktsrechtlicher Vorschriften** zwar nicht aus. §§ 33, 33a sind aber *lex specialis* zu § 823 Abs. 2 BGB (*FK/Roth*, § 33 Rn. 196; *IMI/Emmerich*, § 33 Rn. 113). Auch Ansprüche aus dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (§ 823 Abs. 1 BGB) gelten nur subsidiär, weil §§ 33, 33a als sondergesetzliche Schutzvorschrift vorgeht (*BGH*, 22. 12. 1961 »Gründerbildnis«, BGHZ 36, 252, 256 f. zum Verhältnis zwischen UWG und § 823 Abs. 1 BGB; *FK/Roth*, § 33 Rn. 195; *IMI/Emmerich*, § 33 Rn. 113). Dagegen ist die eine sittenwidrige Schädigung voraussetzende Bestimmung des § 826 BGB neben den §§ 33 ff. anwendbar (*BGH*, 19. 11. 1959 »Berufsboxer«, WuW/E BGH 389, 390; 02. 04. 1967 »Werkmilchabzug«, WuW/E BGH 613, 617; 26. 04. 1967 »Hörgeräte«, WuW/E BGH 893, 898).
- 25 Hinsichtlich der **Vorschriften des UWG** ist eine differenzierte Beurteilung erforderlich: Lauterkeitsrechtliche Ansprüche sind neben den kartellrechtlichen Ansprüche aus §§ 33, 33a immer dann anwendbar, wenn es um einen **eigenständigen lauterkeitsrechtlichen Tatbestand** geht. So kann in einer **unbilligen Behinderung nach § 20 Abs. 1** oder in einem **Boycott nach § 21 Abs. 1** aufgrund einer eigenständigen lauterkeitsrechtlichen Wertung eine **gezielte Behinderung i.S.v. §§ 3, 4 Nr. 10 UWG** liegen (*BGH*, 28. 02. 1985 »Abwehrblatt I«, WuW/E BGH 2187; *BGH*, 10. 12. 1985 »Abwehrblatt II«, BGHZ 96, 337, 351 = WuW/E BGH 2195, 2202; *BGH*, 21. 02. 1989 »Krankentransportbestellung«, BGHZ 107, 40, 41 = WuW/E BGH 2571, 2572; *BGH*, 04. 04. 1995 »Hitlisten-Platten«, BGHZ 129, 203, 210 f. = WuW/E BGH 2977, 2980 f.; *BGH*, 14. 07. 1998 »Schilderpräger im Landratsamt«, WuW/E BGH 201, 205; *BGH*, 22. 07. 1999 »Kartenlesegerät«, WuW/E DE-R 352, 356; ferner *Köhler*, WRP 2005, 645, 650 f.). Dabei sind jedoch die **Grenzen der kartellrechtlichen Verbote** zu respektieren. Ein Verhalten, das nach dem GWB nur einem marktbeherrschenden oder marktstarken Unternehmen untersagt ist, kann nicht ohne Weiteres auch einem Nicht-Normadressaten unter dem Gesichtspunkt einer lauterkeitsrechtlich unzulässigen Behinderung untersagt werden. Der nicht in einen der Beispielskataloge aufgenommene und daher unmittelbar aus der Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG abgeleitete **Tatbestand der allg. Marktbehinderung** enthält ebenfalls eine eigenständige lauterkeitsrechtliche Wertung; die **auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichtete Zielsetzung des GWB** fließt freilich in die lauterkeitsrechtliche Beurteilung ein und führt auch hier zu einer **Begrenzungen des lauterkeitsrechtlichen Tatbestands** (*BGH*, 20. 11. 2003 »20 Minuten Köln«, BGHZ 157, 55, 61 = GRUR 2004, 602; *BGH*, 07. 02. 2006 »Probeabonnement«, BGHZ 166, 154 Tz. 17 ff. = WuW/E DE-R 1779; vgl. hierzu ausführlich *Köhler*, WRP 2005, 645, 651 ff.).
- 26 Dagegen können **kartellrechtliche Verstöße** entgegen der noch in der 9. Aufl. vertretenen Auffassung (dort § 33 Rn. 40) **nicht unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs nach §§ 3, 4**

Nr. 11 UWG verfolgt werden (anders noch *BGH*, 21. 02. 1978 »4 zum Preis von 3«, WuW/E BGH 1519; 06. 10. 1992 »Zinssubvention«, WuW/E BGH 2819). Das GWB enthält eine umfassende und abschließende Regelung der zivilrechtlichen Ansprüche (*BGH*, 07. 02. 2006 »Pro-beabonnement«, BGHZ 166, 154 Tz. 13 = WuW/E DE-R 1779). Durch die Einführung der Klagebefugnis für Verbraucherverbände für die Fälle von Massen- und Streuschäden durch die 8. GWB-Novelle wurde »an das bewährte Rechtsschutzsystem aus dem Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb angeknüpft« (vgl. *BegrRegE*, WuW-SH 2013, S. 146). Das sich daraus nach der 7. GWB-Novelle ergebende Bedürfnis, über das UWG eine Anspruchsberechtigung der Verbraucherverbände zu schaffen, ist damit hinfällig geworden. Auch der lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG kann nicht von Verbraucherverbänden geltend gemacht werden, um Gewinne aus einem kartellrechtswidrigen Verhalten abzuschöpfen, das nur unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs lauterkeitsrechtlich zu erfassen ist.

§ 33 Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch

(1) Wer gegen eine Vorschrift dieses Teils oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union verstößt (Rechtsverletzer) oder wer gegen eine Verfügung der Kartellbehörde verstößt, ist gegenüber dem Betroffenen zur Beseitigung der Beeinträchtigung und bei Wiederholungsgefahr zur Unterlassung verpflichtet.

(2) Der Unterlassungsanspruch besteht bereits dann, wenn eine Zuwiderhandlung droht.

(3) Betroffen ist, wer als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt ist.

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

1. rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen, wenn
 - a) ihnen eine erhebliche Anzahl betroffener Unternehmen im Sinne des Absatzes 3 angehört und
 - b) sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsmäßigen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen;
2. Einrichtungen, die nachweisen, dass sie eingetragen sind in
 - a) die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 des Unterlassungsklagengesetzes oder
 - b) das Verzeichnis der Europäischen Kommission nach Artikel 4 Absatz 3 der Richtlinie 2009/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (ABl. L 110 vom 1. 5. 2009, S. 30) in der jeweils geltenden Fassung.

Übersicht	Rdn.		Rdn.
A. Überblick	1	1. Ausgangspunkt	17
B. Unterlassung und Beseitigung (Abs. 1 Satz 1)	5	2. Schutzzweckerwägungen weiterhin maßgeblich?	19
I. Beseitigungsanspruch	6	a) Zurechnungszusammenhang zwischen Verstoß und Beeinträchtigung	19
II. Unterlassungsanspruch	8	b) Verstoß gegen Gebot oder Verbot	21
III. Kontrahierungszwang	10	D. Die einzelnen Bestimmungen	22
C. Anspruchsberechtigung des Betroffenen (Abs. 3)	13	I. Kartellverbot (§ 1, Art. 101 Abs. 1 AEUV)	22
I. Vom Schutzgesetzfordernis zur Anspruchsberechtigung des Betroffenen	14	1. Vorbemerkung	22
II. Der Begriff des betroffenen Marktbeteiligten	17	a) Entwicklung zu §§ 33, 1 a.F.	22

dort Gelegenheit haben darzulegen, dass der Vertrag, an dem er beteiligt war, dem Kartellrecht entspricht (vgl. *Monopolkommission*, Sondergutachten 42 Rn. 44; *Bechtold*, DB 2004, 235, 239). Ebenso steht es dem Adressaten einer kartellbehördlichen Verfügung frei darzulegen, dass die Entscheidung der KartB ausnahmsweise keine Bindungswirkung entfaltet, weil sie unter Verstoß gegen rechtsstaatliche Grundsätze zustande gekommen und ihm bspw. das rechtliche Gehör versagt worden ist.

§ 33c Schadensabwälzung

(1) ¹Wird eine Ware oder Dienstleistung zu einem übersteuerten Preis bezogen (Preisaufschlag), so ist der Schaden nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Ware oder Dienstleistung weiterveräußert wurde. ²Der Schaden des Abnehmers ist ausgeglichen, soweit der Abnehmer einen Preisaufschlag, der durch einen Verstoß nach § 33a Absatz 1 verursacht worden ist, an seine Abnehmer (mittelbare Abnehmer) weitergegeben hat (Schadensabwälzung). ³Davon unberührt bleibt der Anspruch des Geschädigten auf Ersatz seines entgangenen Gewinns nach § 252 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, soweit der entgangene Gewinn durch die Weitergabe des Preisaufschlags verursacht worden ist.

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

1. der Rechtsverletzer einen Verstoß gegen § 1 oder 19 oder Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union begangen hat,
2. der Verstoß einen Preisaufschlag für den unmittelbaren Abnehmer des Rechtsverletzers zur Folge hatte und
3. der mittelbare Abnehmer Waren oder Dienstleistungen erworben hat, die
 - a) Gegenstand des Verstoßes waren,
 - b) aus Waren oder Dienstleistungen hervorgegangen sind, die Gegenstand des Verstoßes waren, oder
 - c) Waren oder Dienstleistungen enthalten haben, die Gegenstand des Verstoßes waren.

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

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

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

Übersicht	Rdn.		Rdn.
A. Überblick	1	III. Zweck des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs	19
B. (Kartell-)Rechtspolitischer Hintergrund	5	IV. Mehrfachbelastung	22
I. Rechtspolitische Erwägungen	6	E. Beweisfragen bei Ansprüchen der Abnehmer ggü. den Kartellanten	23
1. Problemstellung	6	I. Schaden des direkten Abnehmers	23
2. Mögliche Varianten	8	1. Schadenseintritt mit Vertragsabschluss	23
C. Worin liegt der Schaden der Marktgegenseite?	10	2. Entgangener Gewinn (§ 33c Abs. 1 Satz 3)	26
D. Die gesetzliche Regelung durch die 7. GWB-Novelle	12	II. Schaden des indirekten Abnehmers	30
E. Vorteilsausgleich	16	G. Anspruchsberechtigung	35
I. Grundsatz	16	I. Verortung im Gesetz	35
II. Adäquate Kausalität	17		

	Rdn.		Rdn.
II. Anspruchsberechtigung des direkten Abnehmers	37	3. Dritte Voraussetzung: Bezug der erworbenen Waren oder Dienstleistungen zum Kartellverstoß	54
III. Anspruchsberechtigung des indirekten Abnehmers	38	4. Was wird vermutet?	55
IV. Anspruchsberechtigung der Abnehmer im Windschatten des Kartells (sog. Preisschirmeffekt)	39	III. Gefahr der Mehrfachbelastung des Rechtsverletzers	58
H. Anwendungsbereich von § 33c	40	1. Kritik an dem Konzept der Richtlinie, dem indirekten Abnehmer mit Hilfe einer Vermutung der Schadensabwälzung zu helfen	58
I. Unmittelbare Anwendung	40	2. Vermeidung einer Mehrfachbelastung des Rechtsverletzers	62
1. Horizontale Absprachen mit unmittelbarer Preiswirksamkeit	40	a) Entkräftung der Vermutung; Glaubhaftmachung als Mittel der Widerlegung der Vermutung (§ 33c Abs. 3)	63
2. Horizontale Absprachen ohne unmittelbare Preiswirksamkeit	41	b) Art. 15 KartellschadensersatzRL 2014/104/EU	66
3. Vertikale Preisabsprachen	42	c) Behandlung der Kenntnis von Klagen von Klägern anderer Vertriebsstufen als allgemeinkundige oder gerichtskundige Tatsache (§ 291 ZPO)	68
4. Einseitige Maßnahmen (§§ 19 ff. oder Art. 102 AEUV)	43	3. Ist die Streitverkündung die Lösung des Problems der Mehrfachbelastung?	69
a) Ausbeutungsmissbrauch	44	a) Praktische Schwierigkeiten mit der Streitverkündung?	71
b) Unbillige Behinderung durch missbräuchliche Liefer Sperre	45	b) Streitverkündung bietet keine Möglichkeit, Mehrfachbelastung zu verhindern	72
II. Entsprechende Anwendung auf Nachfragekartelle und auf missbräuchliches Verhalten marktbeherrschender Nachfrager (§ 33c Abs. 4)	46	J. Schadensschätzung nach § 287 ZPO (§ 33c Abs. 5)	76
I. Vermutung der Schadensabwälzung zugunsten des indirekten Abnehmers (§ 33c Abs. 2 und 3)	49		
I. Bedeutung	49		
II. Die gesetzliche Regelung	51		
1. Erste Voraussetzung: Verstoß gegen §§ 1 oder 19 oder gegen Art. 101 oder 102 AEUV	52		
2. Zweite Voraussetzung: Verstoß hat einen Preisaufschlag für den direkten Abnehmer des Rechtsverletzers zur Folge	53		

Literatur

Siehe auch Vor § 33 ff. sowie: *Beninca*, Schadensersatzansprüche von Kunden eines Kartells? – Besprechung der Entscheidung des OLG Karlsruhe v. 28. 1. 2004, WuW 2004, 604; *Bergmann/Fiedler*, Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer und passing-on defence: Private Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland, BB 2012, 206; *Bornkamm*, Wem stehen zivilrechtliche Ansprüche bei Kartellverstößen zu?, in: Behrens/Hartmann-Rüppel/Herrlinger, Schadensersatzklagen gegen Kartellmitglieder, 2010, S. 51; *Bornkamm*, Cui malo? Wem schaden Kartelle?, GRUR 2010, 501; *Bulst*, Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht – Zur Schadensabwälzung nach deutschem, europäischem und US-amerikanischem Recht, 2006; *Bulst*, Private Antitrust Enforcement at a Roundabout, EBOR 7 (2006), 725; *Bulst*, Zum Manfredi-Urteil des EuGH, ZEuP 2008, 178; *Bulst*, Zu den Bemühungen der Kommission um eine Effektivierung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung, in: Behrens/Hartmann-Rüppel/Herrlinger, Schadensersatzklagen gegen Kartellmitglieder, 2010, S. 11; *Bulst*, Zum Problem der Schadensabwälzung und seiner Analyse durch das KG in »Transportbeton«, in: Möschel/Bien, Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen?, 2010, S. 225; *Bulst*, Das ORWI-Urteil des BGH im Lichte des Unionsrechtes, ZWeR 2012, 70; *v. Dietze*, Der passing-on-Einwand und die Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer eines Kartells, GRUR 2009, 123; *Fadi Al-Debi/Krause*, »Schadensersatz« für mittelbare Kartellopfer – ein Fall für § 313 BGB (Störung der Geschäftsgrundlage), ZGS 2006, 20; *Hellwig*, Private Damage Claims and the Passing-on Defense in Horizontal Price-Fixing Cases – An Economist’s Perspective, in: Basedow (Hrsg.), Private Enforcement of EC Competition Law, 2007, S. 121; *Hempel*, Privater Rechtsschutz im deutschen Kartellrecht nach der 7. GWB-Novelle, WuW 2004, 362; *Hempel*, Private Follow-on-Klagen im Kartellrecht, WuW 2005, 137; *Herrisch/Burianski*,

Kartellrechtliche Schadensersatzansprüche nach der 7. GWB-Novelle – Eine Einschätzung der Zukunft privater Kartellrechtsdurchsetzung mittels Schadensersatzklagen in Deutschland, WuW 2005, 878; Hoffmann, Kartellrechtliche Streitverkündung bei Schadensabwälzung – ein Vorschlag zur Umsetzung von Art. 15 der Kartellschadensersatz RL, NZKart 2016, 9; Kersting, in: Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle 2017, Kap. 7. D Schadensabwälzung, § 33c GWB; Kersting, Perspektiven der privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht, ZWeR 2008, 252; Kessler, Private Enforcement – Zur deliktsrechtlichen Aktualisierung des deutschen und europäischen Kartellrechts im Lichte des Verbraucherschutzes, WRP 2006, 1061; ders., Cui bono? Schadensersatzansprüche der Verbraucher im Kartellrecht, VuR 2007, 41; Kießling, Neues zur Schadensabwälzung, GRUR 2009, 734; Kirchhoff, Das ORWI-Urteil des Bundesgerichtshofs, WuW 2012, 927; ders., Offenlegung von Dokumenten und Mehrfachanspruchnahme – offene Fragen bei der Abwälzung des Preisaufschlags nach der Schadensersatzrichtlinie 2014/104/EU, WuW 2015, 952; Klumpel/Thiede, Keeping the Floodgates Shut – Kartellschadensersatz nach der 9. GWB-Novelle, NZKart 2017, 332; Koch, J., Kartellrechtliche Schadensersatzansprüche mittelbar betroffener Marktteilnehmer nach § 33 GWB n.F., WuW 2005, 1210; Köhler, Kartellverbot und Schadensersatz, GRUR 2004, 99; Loewenheim, Probleme der Passing-on-Defence im neuen § 33 GWB, in: Festschrift für Riesenkampff, 2006, S. 87; Lübbig, Die zivilprozessuale Durchsetzung etwaiger Schadensansprüche durch die Abnehmer eines kartellbefangenen Produktes, WRP 2004, 1254; Moch, Private Kartellrechtsdurchsetzung – Stand, Probleme, Perspektiven, WuW 2006, 39; Möschel, Privatrechtsschutz bei Verstößen gegen das Kartellgesetz, in: Festschrift für Bechtold, 2006, S. 329; Morell, Kartellschadensersatz nach »ORWI«, WuW 2013, 959; Reich, Die Passing-On-Defence im Spannungsfeld zwischen Weißbuch und kritischen Literaturstimmen, WuW 2008, 1046; Seegers, Einwand der Schadensabwälzung nach dem neuen § 33c GWB, WuW 2017, 236; Soyez, Schadensabwälzung – kein ausgleichsfähiger Vorteil, WuW 2009, 1233; Stomper, Kartellrechtlicher Schadensersatz bei mehrgliedrigen Ketten, WuW 2016, 410; Thomas, Schadensverteilung im Rahmen von Vertriebsketten bei Verstoß gegen europäisches und deutsches Kartellrecht, ZHR 180 (2016) 45; Wagner/Kleine/Liebach, Kartellrechtliche Schadensersatzklagen – Bewertung der Vorschläge der Europäischen Kommission im Weißbuch, EWS 2008, 305; Wagner-v. Papp, Der Richtlinienentwurf zu kartellrechtlichen Schadensersatzklagen, WS 2009, 445; Wurmnest, Zivilrechtliche Ausgleichsansprüche von Kartellbeteiligten bei Verstößen gegen das EG-Kartellverbot, RIW 2003, 896.

A. Überblick

Eine **Kernfrage** des Kartellschadensersatzrechts ergibt sich daraus, dass das unmittelbare Opfer 1
des Kartells oder des sonst kartellrechtswidrigen Verhaltens den wirtschaftlichen Nachteil, der ihm durch das kartellrechtswidrige Verhalten zugefügt worden ist, zuweilen in die Preise, die es seinerseits von seinen Abnehmern verlangt, einpreisen, dass er also **den ihm entstandenen Schaden auf seine Kunden abwälzen kann**. Kann diese Abwälzung des Schadens dem Kartellanten zugute kommen? Kann dieses passing-on den Schaden beschränken, den die Kartellanten ihren Opfern zu leisten verpflichtet sind? Damit stellt sich zugleich die **zweite Kernfrage**, ob – wenn nicht der direkte Abnehmer selbst – dessen Kunden, also **die mittelbaren Abnehmer der Kartellanten** den ihnen entstandenen Schaden, also **den auf sie abgewälzten Preisaufschlag, von den Kartellanten ersetzt verlangen können**, wenn ja, stellt sich die weitere Frage, bis zu welcher Absatzstufe ein solcher Schadensersatzanspruch soll realisiert werden können. Lässt man die »passing-on-defence« zu, kann sich die Situation der Weitergabe an eine unüberschaubare Anzahl von Abnehmern ergeben, auf die jeweils nur ein minimaler Schaden entfällt (sog. Streuschäden). Die mittelbaren Abnehmer hätten in diesen Fällen keinen Anreiz, ihren Schaden von den Kartellanten einzufordern, so dass dieser im Ergebnis nicht haftet.

Ein wichtiges Datum in dieser Diskussion ist der Umstand, **dass im US-amerikanischen Kartell-** 2
recht zum einen die *passing-on defence* aufgrund einer Entscheidung des Supreme Court aus dem Jahre 1968 nicht zugelassen worden ist (*US Supreme Court*, Hanover Shoe Inc. v. United Shoe Machinery Corp., 392 U.S. 481 [1968]) und dass zum anderen aufgrund einer zweiten Entscheidung aus dem Jahre 1977 nur die Anspruchsberechtigung direkter Abnehmer anerkannt wird, während **den indirekten Abnehmern**, also den Abnehmern auf der zweiten, dritten, vierten usw. Absatzstufe, **keine Anspruchsberechtigung, zukommt** (*US Supreme Court*, Illinois-BrickCo. v. Illinois, 431 U.S. 270 [1977]); dazu *Bornkamm*, GRUR 2001, 501, 502). Gleichwohl ist den indirekten Abnehmern in den USA in vielen Bundesstaaten durch sog. »*Illinois Brick re-*

pealer statutes« eine Anspruchsberechtigung für gerichtliche Schadensersatzklagen eingeräumt worden.

- 3 Bedenkt man, dass das deutsche ebenso wie das europäische Kartellrecht stark auf dem **US-amerikanischen Vorbild** beruhen und gerade auch bei dem **Bemühen, das private enforcement in Europa zu stärken**, immer wieder auf die Erfolge der privaten Rechtsdurchsetzung in den USA hingewiesen worden war, verwundert es nicht, dass die deutsche **Diskussion um Anspruchsberechtigung und Abwälzung des Schadens** zunächst stark von der US-amerikanischen Entwicklung beeinflusst worden ist, zumal die Begründung des Supreme Court fast ausschließlich rechtspolitischer Art und damit ohne weiteres auf das deutsche Recht übertragbar war. So hatte auch der Gesetzgeber der 7. GWB-Novelle, nachdem der Referentenentwurf noch einen Ausschluss des Schadensabwälzungseinwands vorgesehen hatte, in der Begründung des Regierungsentwurfs sein Vertrauen zum Ausdruck gebracht, dass die Rechtsprechung das Problem im Sinne der herrschenden Meinung befriedigend (d.h. dem US-amerikanischen Vorbild entsprechend) lösen werde (BT-Drucks. 15/3640, S. 54; dazu unten Rdn. 12). Dagegen war für die Kommission die Zulässigkeit des Schadensabwälzungseinwands und damit die Anspruchsberechtigung der indirekten Abnehmer von Anfang an ein wesentlicher Bestandteil ihres Konzepts, zu dem zunächst auch eine Regelung für eine Sammelklage gehörte, mit deren Hilfe die atomisierten Ansprüche der Endverbraucher zusammengefasst werden sollten.
- 4 Für das Verständnis des heutigen, auf die Kartellschadensersatzrichtlinie 2014/104/EG sowie auf die 9. GWB-Novelle zurückgehenden Rechts ist es erforderlich, zunächst den *status quo ante*, also den Rechtszustand in den Blick zu nehmen, der im deutschen Recht ohne die europäisch vorgegebenen Änderungen herrschte. Dies gilt nicht zuletzt für das Thema der **Schadensabwälzung**; die dort durch die Richtlinie vorgegebene Vermutung zugunsten der mittelbaren Abnehmer auch als anspruchsbegründete Tatsache (§ 33c Absatz 2), ist dafür verantwortlich, dass sich das Kartellschadensersatzrecht relativ weit von dem entfernt hat, was nach allgemeinem deutschen Schadens- und Prozessrecht gelten würde.

B. (Kartell-)Rechtspolitischer Hintergrund

- 5 Die Frage der Weiterwälzung des Schadens (»Passing-on Defence«) hat neben der **Frage der rechtlichen Regelung im neuen § 33c** eine starke **kartellrechtspolitische Dimension**. Die rechtliche Seite wird durch drei Fragen bestimmt: durch die Frage nach dem Schaden des Abnehmers (oder Lieferanten) (dazu Rdn. 23), durch die Frage nach der Vorteilsausgleichung (dazu Rdn. 16) und durch die Frage der Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer oder Lieferanten (dazu Rdn. 38). Doch zunächst zu den rechtspolitischen Erwägungen:

I. Rechtspolitische Erwägungen

1. Problemstellung

- 6 Die Frage, um die es beim **Schadensabwälzungseinwand** (der Passing-on Defence) geht, stellt sich immer dann, wenn Schadensersatzansprüche im Vertikalverhältnis, also von der Marktgegenseite, geltend gemacht werden. Dies kann der Abnehmer sein, dessen Lieferanten eine horizontale oder vertikale wettbewerbsbeschränkende Abrede getroffen haben. Es kann der Lieferant sein, dessen Abnehmer vereinbart haben, sich gegenseitig nicht zu überbieten (*OLG Bremen*, 20. 04. 1989, WuW/E OLG 4478 = EWiR 1989, 895 m.Anm. *Lindacher*, Rev. nicht angenommen; *BGH*, 08. 05. 1990 – KZR 17/89). Es kann aber auch der Abnehmer eines marktbeherrschenden Herstellers sein, der missbräuchliche Preise verlangt (§ 19 Abs. 4 Nr. 2). In all diesen Fällen stellt sich die Frage, wie mit dem Umstand umzugehen ist, dass der **direkte Abnehmer** (oder Lieferant) **den erlittenen Preisnachteil u.U. an die nach- (oder vor-)gelagerten Absatzstufen** – also an indirekte Abnehmer (oder indirekte Lieferanten) – weitergeben kann.

Die Frage nach dem Schadensabwälzungseinwand hängt eng mit der Frage zusammen, ob dem indirekten Abnehmer (oder Lieferanten) überhaupt Ansprüche aus § 33a zustehen (dazu Rdn. 38). Sie wird beeinflusst von der Vorgabe des EuGH in der Courage-Entscheidung, der zufolge die praktische Wirksamkeit des in Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgesprochenen Verbots beeinträchtigt wäre, wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch einen wettbewerbsbeschränkenden Vertrag entstanden ist (EuGH, 20. 06. 2001 »Courage«, Slg. 2001, I-6297 Rn. 26 = WuW/E EU-R 479; dazu oben Rdn. 52 f.). Sowohl mit dem Schadensabwälzungseinwand als auch mit der Begrenzung der Anspruchsberechtigung auf den Erstabnehmer lässt sich die Haftung für Kartellverstöße steuern. Dabei darf die praktische Bedeutung für die Beweislast nicht außer Acht gelassen werden: Der Kläger einer Schadensersatzklage hat das Bestehen und das Ausmaß des Schadens zu beweisen; demgegenüber ist der Beklagte beweibelastet für die Frage, ob sich der Kläger einen Vorteil anrechnen lassen muss. In der Praxis werden sich Rechtsstreitigkeiten häufig an dieser Beweislastregel entscheiden, insbesondere in Anbetracht der Beweisschwierigkeiten einer Schadensweiterwälzung.

2. Mögliche Varianten

Vier Kombinationen zwischen »Passing-on Defence« und der Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer (und Lieferanten) sind denkbar: (1) Die »Passing-on Defence« wird zugelassen, den indirekten Abnehmern werden Ansprüche zugebilligt. (2) Die »Passing-on Defence« wird zugelassen, den indirekten Abnehmern werden keine Ansprüche zugebilligt. (3) Die »Passing-on Defence« wird nicht zugelassen, den indirekten Abnehmern werden Ansprüche zugebilligt. (4) Die »Passing-on Defence« wird nicht zugelassen, den indirekten Abnehmern werden keine Ansprüche zugebilligt. Davon kommen zwei Möglichkeiten nicht ernsthaft in Betracht: Zum einen ist dies die Variante (2), weil sie tendenziell die Kartellrendite bei den Kartellmitgliedern belässt und damit die »praktische Wirksamkeit« der kartellrechtlichen Verbote gefährdet. Es ist zum anderen die Variante (3), weil sie zu einer Vervielfachung des Schadens führt: Verteuert sich das Produkt infolge des erhöhten Kartellpreises auch auf den folgenden Absatzstufen, könnte der Schaden mehrfach geltend gemacht werden (es sei denn, man folgt dem KG, 01. 10. 2009 »Berliner Transportbeton«, WuW/E DE-R 2773, auf dem nicht gangbaren Weg einer Gesamtgläubigerschaft; dazu Bornkamm, GRUR 2010, 501, 505 f.).

Damit bleiben im Grunde nur die Varianten (1) und (4). Auch diese beiden Varianten bieten nicht in jeder Hinsicht ein zufriedenstellendes Ergebnis: Lässt man nach der Variante (1) die »Passing-on Defence« zu und räumt den indirekten Abnehmern Ansprüche ein, hat man es mit Streuschäden zu tun, deren Geltendmachung sich für den einzelnen indirekten Abnehmer häufig nicht mehr lohnt, ganz abgesehen davon, dass er kaum über die erforderlichen Informationen verfügt, um den Kartellverstoß und seinen daraus erwachsenen Schaden darzulegen. Dann käme es zu einer Nichthaftung der Kartellanten, die entsprechend der Vorgabe des EuGH in der Courage-Entscheidung vermieden werden soll, weil dies die praktische Wirksamkeit des Kartellverbots beeinträchtigen würde. Überlässt man die Geltendmachung des Schadens nach der Variante (4) allein dem Erstabnehmer, trifft ihn ein nicht unerheblicher Vorteil, wenn es ihm tatsächlich gelungen ist, den erhöhten Preis weiterzuwälzen. Außerdem besteht stets die Gefahr, dass der direkte Abnehmer dem Kartellgeschehen zu nahe ist und deswegen zögert, seine ständigen Geschäftspartner durch Schadensersatzforderungen zu verärgern. Der Umstand, dass jede Lösung Nachteile mit sich bringt, macht deutlich, dass die Rechtsordnung auch andere Mittel und Wege suchen muss, die Kartellrendite bei den Verletzern abzuschöpfen.

C. Worin liegt der Schaden der Marktgegenseite?

Bevor man zu der Frage gelangt, ob der Schuldner sich darauf berufen kann, dass der Schaden auf die nächste Absatzstufe weitergewälzt worden ist (»Passing-on Defence«), ist zu klären, ob dem Abnehmer überhaupt ein – möglicherweise durch einen Vorteil geminderter – Schaden entstanden ist, wenn er in der Lage ist, den erhöhten Einkaufspreis an seine Abnehmer weiterzugeben.

Mit anderen Worten: Muss der Geschädigte als Kläger **im Prozess nicht nur den erhöhten Einkaufspreis, sondern auch dartun, dass es ihm nicht gelungen ist, die höheren Kosten weiterzugeben**? Ist seine Klage bereits unschlüssig, wenn er nicht darlegt, dass es ihm nicht gelungen ist, den Schaden weiterzuwälzen? Das LG Mannheim hat diese Frage in seiner Entscheidung zum Vitamin-Kartell bejaht und die Auffassung vertreten, der gewerbliche Abnehmer müsse grds. die gesamte Vermögensentwicklung darlegen, die sich für ihn aus dem Kartellverstoß ergeben habe. Hierzu gehöre nicht nur der kartellbedingt überhöhte Einkaufspreis des jeweiligen Produkts, sondern auch die weitere wirtschaftliche Entwicklung, insb. die Gewinnspanne, die sich aus der Verarbeitung des Produkts und dem Verkauf des eigenen Erzeugnisses ergeben habe. Diese Gewinnspanne sei mit der hypothetischen Gewinnspanne zu vergleichen, die sich bei wettbewerbsgeprägten Einkaufspreisen ergeben hätte (*LG Mannheim*, 11. 07. 2003 »Vitaminkartell«, GRUR 2004, 182, 184; insoweit bestätigend *OLG Karlsruhe*, 28. 01. 2004 »Vitaminpreise«, WuW/E DE-R 1229, 1230; vgl. § 1 Rdn. 344).

- 11 Diese **Art der Schadensberechnung ist unzutreffend**. Der Vermögensnachteil – und damit der Schaden – tritt bereits früher ein. In dem Moment, in dem der Abnehmer sich ggü. dem Kartellmitglied verpflichtet, den Kartellpreis statt des hypothetischen Wettbewerbspreises zu zahlen, ist sein Vermögen bereits mit der kartellbedingt überhöhten Verbindlichkeit belastet. Der Schaden ergibt sich als Differenz zwischen dem kartellbedingt überhöhten Preis und dem hypothetischen Marktpreis, denn der Kartellpreis ist nicht nur ein »Durchlaufposten«. Demgegenüber hat das LG Dortmund zutreffend entschieden, dass die Abwälzung der überhöhten Einkaufspreise eine Frage des Vorteilsausgleichs sei (*LG Dortmund*, 01. 04. 2004 »Vitaminpreise Dortmund«, WuW/E DE-R 1182: Die Weitergabe des Kartellpreises an eine nachgelagerte Marktstufe ändert danach nichts an der Entstehung des Schadens und ist höchstens im Rahmen der Vorteilsanrechnung zu berücksichtigen, wofür jedoch der Schädiger darlegungs- und beweispflichtig ist; so auch BGH 28. 6. 2011 »ORWI« BGHZ 190, 145 = WuW/E DE-R 3431 Rn. 57). Die (unzutreffende) Ansicht des LG Mannheim liefe darauf hinaus, dass nicht der Vermögensnachteil, sondern nur der entgangene Gewinn ersetzt wird (*Köhler*, GRUR 2004, 99, 102; ferner *FK/Roth*, § 33 Rn. 145 m.w.N. auch zur Gegenansicht). Nach § 252 Satz 1 BGB umfasst der Schaden **auch** den entgangenen Gewinn, der Gewinn begrenzt aber nicht den Vermögensnachteil. Eine spätere günstige Entwicklung der Vermögenssituation kann nur im Wege einer Vorteilsausgleichung (s.u. Rdn. 16 ff.) berücksichtigt werden, die der Schuldner und nicht der Gläubiger darzulegen und ggf. zu beweisen hat (s.u. Rdn. 23 ff.).

D. Die gesetzliche Regelung durch die 7. GWB-Novelle

- 12 Diese Sichtweise wurde bereits durch den **Gesetzgeber der 7. GWB-Novelle bekräftigt**. Er hatte den heutigen § 33 Abs. 1 Satz 1 (damals als § 33 Abs. 3 Satz 2) eingefügt. Der **RefE** hierzu hatte noch vorgeschlagen, die »Passing-on Defense« auszuschließen (§ 33 Abs. 3 Satz 2 RefE: »Besteht der Schaden darin, dass der Betroffene eine Ware oder Dienstleistung zu einem übersteuerten Preis bezogen hat, wird der Schaden durch die Weiterveräußerung der Ware oder Dienstleistung nicht gemindert.«). Der **RegE** hatte diesen Vorschlag wieder fallengelassen und damit den geäußerten Bedenken Rechnung getragen, man schaffe auf diese Weise ein Sonderschadensersatzrecht. Stattdessen wurde in der Begründung zum Ausdruck gebracht, man könne die Lösung des Problems der Rechtsprechung überlassen, »da im deutschen Recht anerkannt ist, dass eine Vorteilsausgleichung nur unter engen Voraussetzungen gerechtfertigt ist«. Die h. M. vertrete bereits die Auffassung, dass eine Vorteilsausgleichung im Fall einer Abwälzung des Schadens auf Dritte nicht in Betracht komme. Es könne deshalb darauf vertraut werden, dass die Rechtsprechung dieses Problem befriedigend lösen werde (*Begr. 2004*, S. 54).
- 13 Mit der **Regelung in § 33 Abs. 3 Satz 2** hatte der Gesetzgeber der 7. GWB-Novelle einen **Mittelweg** gewählt: Er hat deutlich gemacht, dass ein **Schaden nicht** infolge der Weiterveräußerung **ausgeschlossen** ist, und damit der Auffassung des LG Mannheim (s.o. Rdn. 10 f.) auch von Gesetzes wegen eine Absage erteilt.

Andererseits schließt das Gesetz den Abwälzungseinwand (»Passing-on Defense«) nicht aus, verweist ihn aber – systematisch zutreffend – auf das **Institut des Vorteilsausgleichs**. Diese Sichtweise kam unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Entscheidungen des LG Mannheim und des OLG Karlsruhe (s.o. Rdn. 10) sowie auf die von Köhler (GRUR 2004, 99, 102) hieran geäußerte Kritik unmissverständlich im Bericht des Wirtschaftsausschusses des BT zum Ausdruck, auf dessen Beschlussempfehlung die Regelung in Abs. 3 Satz 2 zurückging. Dort hieß es hierzu (*Bericht 2005*, WuW-SH 2005, S. 272):

»Der neu eingefügte S. 2 stellt klar, dass im Falle des Bezugs überteuerter Waren oder Dienstleistungen in Folge einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung oder Verhaltensweise allein der Umstand der Weiterveräußerung dieser Ware oder Dienstleistung durch den Erstabnehmer der Feststellung eines Schadens nicht entgegengehalten werden kann. Die Rechtsprechung hat teilweise die Auffassung vertreten, dass die Weiterveräußerung einer überteuerten Ware oder Dienstleistung durch den Erstabnehmer bereits bei der Frage nach der Schadensentstehung zu berücksichtigen sei (...). Demgegenüber ist zu bedenken, dass der Erstabnehmer im Falle eines kartellbedingt überhöhten Preises einen Mehrbetrag bezahlt hat oder ihn noch schuldet. Dies wirkt sich zunächst nachteilig auf seine Vermögenslage aus. Insoweit ist dem Erstabnehmer auch – zusätzlich neben einem möglichen entgangenen Gewinn – ein eigener Schaden entstanden, und es bedarf eigener Anstrengungen, diesen Schaden wieder auszugleichen (...). Die weitere Schadensentwicklung durch eine Weiterveräußerung der Ware oder Dienstleistung regelt sich nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung. Dies wird durch den neu eingefügten S. 2 bekräftigt. Dabei ist zum einen zu prüfen, ob im Rahmen einer wertenden Betrachtungsweise eine Vorteilsausgleichung bei Kartellrechtsverstößen sachgerecht ist. Der ... [RegE] weist darauf hin, dass die h.M. im kartellrechtlichen Schrifttum bereits jetzt die Auffassung vertritt, dass eine Vorteilsausgleichung im Fall der Abwälzung des Schadens nicht in Betracht kommt (...). In jedem Fall ist für die im Rahmen der Schadensminderung zu berücksichtigenden Umstände der Schädiger darlegungs- und beweisbelastet.«

Die Grundsatzentscheidung des BGH (*BGH*, 28. 06. 2011 »ORWI«, WuW/E DE-R 3431) ist auch unter Bezugnahme auf die Begründung für die neue Rechtslage ergangen (vgl. Rn. 13: Das GWB i.d.F. der 7. GWB-Novelle ist auf den Streitfall nicht anwendbar) und beschränkte den Kreis der Anspruchsberechtigten nicht von vornherein auf die direkten Abnehmer. Daher sind die Grundsätze der Rechtsprechung anzuwenden. Danach ist die passing-on-defence nicht mehr als Frage der Schadensentstehung anzusehen, wohl aber als möglicher Teil der Vorteilsausgleichung. Die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung liegt beim Schädiger.

E. Vorteilsausgleich

I. Grundsatz

Die Anrechnung eines dem Geschädigten infolge des schädigenden Ereignisses zugeflossenen vermögenswerten Vorteils ist im deutschen Recht an **zwei Voraussetzungen** gebunden: (1) Zum einen muss der **Vorteil adäquat kausal** auf dem schädigenden Ereignis beruhen. (2) Zum anderen muss die Anrechnung dem **Zweck der Ersatzpflicht** entsprechen, d.h. die Anrechnung darf den Geschädigten nicht unzumutbar belasten und den Schädiger nicht unbillig begünstigen (stRspr. vgl. *BGH*, 16. 05. 1980, BGHZ 77, 151, 153 = NJW 1980, 2187; *BGH*, 17. 05. 1984, BGHZ 91, 206, 210 = NJW 1984, 2457; *BGH*, 06. 06. 1997, BGHZ 136, 52, 54 = NJW 1997, 2378; *Münch-Komm/Oetker*, BGB, § 249 Rn. 228 m.w.N.; *FK/Roth*, § 33 Rn. 146; *Bulst*, Schadensersatzansprüche, S. 117 ff.).

II. Adäquate Kausalität

In vielen Fällen, in denen es um reine Handelsgeschäfte geht, besteht an der **Kausalität zwischen Kartellverstoß und dem »Vorteil« eines höheren Abgabepreises** wenig Zweifel (vgl. *FK/Roth*, § 33 Rn. 146; *Bulst*, Schadensersatzansprüche, S. 124 f.). Für eine adäquate Kausalität wird es

sprechen, wenn diejenigen, die mit dem Erstabnehmer auf dessen Absatzmärkten im Wettbewerb stehen, im Einkauf ebenfalls die erhöhten Kartellpreise entrichten müssen. Eine solche Konstellation ist aber keineswegs selbstverständlich (so auch *BGH*, 28. 06. 2011 »ORWI«, WuW/E DE-R 3431, 3438, Tz. 45: angesichts der ökonomischen Komplexität der Preisbildung und des unterschiedlichen Wettbewerbsdrucks auf den jeweiligen nachgelagerten Märkten spricht keine Vermutung dafür, dass eine im zeitlichen Zusammenhang mit dem Kartell auftretende Preiserhöhung auf den Anschlussmärkten ursächlich auf das Kartell zurückzuführen ist; andererseits *LG Berlin*, 06. 08. 2013 »Fahrtreppen«, NZKart 2014, 37, 38: hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass mit dem Kartell höhere als sonst am Markt erzielbare Preise erzielt werden; hierbei kommt der Dauer und Intensität der Kartellabsprachen eine erhebliche Bedeutung zu; zu den Beweisproblemen s.u. Rn. 23 ff.).

- 18 Dies soll anhand von **drei Beispielen erläutert** werden: (1) Gesetzt den Fall, ein Weinhändler, der Bordeaux-Weine in Deutschland absetzt, ist Opfer eines Preiskartells seiner Lieferanten geworden. Möchte der Weinhändler in dieser Situation den erhöhten Einkaufspreis ggü. seinen Kunden durchsetzen, bedarf es **besonderer Anstrengungen** (z.B. in der Form von verstärkter Werbung, von besonderer Kulanz bei den Versandkosten, von Werbegeschenken oder verstärkten Vertreterbesuchen etc.), weil seine Wettbewerber, die mit Weinen anderer Provenienz handeln, ohne Preiserhöhungen auskommen. (2) Verarbeitet der Erstabnehmer die Ware weiter, kann ebenfalls nicht ohne Weiteres von einer adäquaten Kausalität ausgegangen werden. Ist bspw. ein Autohersteller Opfer eines Preiskartells der Zulieferindustrie geworden, die für ein Modell die Sitzbezüge liefert, beruht der Preis für das Modell nicht notwendig auf dem Preiskartell der Zulieferer, auch wenn die erhöhten Kosten in die Kalkulation eingeflossen sind. Denn die eigenen **Gestehungskosten sind ist nur ein Faktor bei der Bestimmung des Preises**, den der Hersteller für das neue Produkt erzielen kann. Der Hersteller kann nicht jede Änderung der Produktionskosten während des laufenden Jahres zum Anlass einer Preiserhöhung machen. Im Übrigen lassen sich nicht alle Erhöhungen der Produktionskosten im Markt durchsetzen. (3) Ist ein Hersteller genötigt, einem marktmächtigen Handelsunternehmen vertraglich **nicht vereinbarte Zusatzrabatte** zu gewähren (§ 20 Abs. 3), und nimmt er dies zum Anlass, bei Neuabschlüssen mit seinen Zulieferern seinerseits entspr. Preissenkungen durchzusetzen, beruht der Vorteil der niedrigeren Einkaufspreise auf seinem besonderen Verhandlungsgeschick und nicht auf dem kartellrechtswidrigen Verhalten seines Großabnehmers.

III. Zweck des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs

- 19 Die zweite Voraussetzung für den Vorteilsausgleich ist, dass er dem **Zweck der Ersatzpflicht nicht zuwiderläuft** (vgl. *BGH*, 28. 06. 2011 »ORWI«, WuW/E DE-R 3431, 3440, Rn. 58: »Die Grundsätze der Vorteilsausgleichung beruhen auf dem Gedanken, dass dem Geschädigten unter bestimmten Voraussetzungen diejenigen Vorteile zuzurechnen sind, die ihm im adäquaten Zusammenhang mit dem Schadensereignis zufließen. Der gerechte Ausgleich zwischen den bei einem Schadensfall widerstreitenden Interessen erfordert einerseits, dass der Geschädigte entsprechend dem schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbot nicht besser gestellt wird, als er ohne das schädigende Ereignis stünde. Andererseits sind nicht alle durch das Schadensereignis bedingten Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen, sondern nur solche, deren Anrechnung mit dem jeweiligen Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmt, d.h. dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unangemessen entlastet«).
- 20 Demgemäß sind zwei Gesichtspunkte zu berücksichtigen: (1) Zum einen ist dies die **Präventivfunktion**, die dem Schadensersatzanspruch schon im allg. Deliktsrecht zukommt. Im Kartelldeliktsrecht spielt die Präventivfunktion eine besondere Rolle, nachdem der Gesetzgeber die Abschreckungswirkung der Schadensersatzansprüche im Zuge der 7. GWB-Novelle besonders hergehoben und gestärkt hat (*Begr. 2004*, S. 2, 35 f., 43, 54). Diese Präventivwirkung von durch Unternehmen und Verbraucher durchzusetzende effektive Schadensersatzansprüche wurde sowohl in der Kartellschadensersatzrichtlinie 2014/104/EU wie auch bei deren Umsetzung in nationales

Recht durch die 9. GWB-Novelle besonders hervorgehoben. Dies bedeutet, dass die wertende Betrachtung des BGH in der ORWI-Entscheidung weitergilt. Auch der europarechtliche Effektivitätsgrundsatz macht es den Mitgliedstaaten zur Pflicht, für eine **effektive Durchsetzung** der kartellrechtlichen Verbote (Art. 101, 102 AEUV) Sorge zu tragen. Daher widerspricht eine Vorteilsausgleichung eindeutig dem Normzweck des § 33c, wenn sie dazu beiträgt, dass der Verletzer den durch den Kartellverstoß verursachten Schaden nicht ersetzen müsste (vgl. *FK/Roth*, § 33 Rn. 147; *Herrisch/Burianski*, WuW 2005, 878, 886; *Bulst*, Schadensersatzansprüche, S. 126 ff.). (2) Auf der anderen Seite würde es ebenso dem Zweck der gesetzlichen Schadensersatzverpflichtung widersprechen, wenn wirtschaftlich durch den Kartellverstoß benachteiligte **Abnehmer** auf der zweiten, dritten usw. Absatzstufe **aufgrund des Vorteilsausgleichs daran gehindert wären, ihre Ansprüche durchzusetzen**. Dies hängt letztlich von der Beweislage ab (dazu unten Rdn. 23 ff. und 33 ff.): Kann die Schadensabwälzung dargetan und bewiesen werden, ist damit zu rechnen, dass der indirekte Abnehmer seine Ansprüche geltend machen würde. Dies darf ihm durch einen Ausschluss des Vorteilsausgleichs nicht von vornherein unmöglich gemacht werden (anders noch 10. Aufl., § 33 Rn. 107).

Daraus ergibt sich **folgende Konsequenz**: Dem Schädiger kann der **Einwand des Vorteilsausgleichs nicht von vornherein verwehrt** werden (vgl. § 1 Rdn. 350 ff.). Denn in den – eher seltenen (s. dazu unten Rdn. 23 ff.) – Fällen, in denen er die Schadensabwälzung beweisen kann, wird regelmäßig auch der indirekte Abnehmer beweisen können, dass er aufgrund des Kartellverstoßes einen Schaden davongetragen hat (so auch *BGH*, 28. 06. 2011 »ORWI«, BGHZ 190, 145 = WuW/E DE-R 3431, 3442, Rn. 62: Die Vorteilsanrechnung bewirkt keinen Wegfall des Schadensersatzanspruchs, sondern nur eine Verlagerung auf die Marktteilnehmer der nächsten Absatzstufe). Letztlich würde der Ausschluss des Vorteilsausgleichs in diesen Fällen zu dem – mit dem **Kompensationsgedanken** nicht zu vereinbarenden – Ergebnis führen, dass dem indirekten Abnehmer, der durch den Kartellverstoß wirtschaftlich belastet ist, der Ersatzanspruch verwehrt würde. Dem direkten Abnehmer würde entsprechend die Möglichkeit eingeräumt, **Ersatz für einen fremden Schaden** zu fordern (so auch *BGH*, 28. 06. 2011 »ORWI«, BGHZ 190, 145 = WuW/E DE-R 3431, 3442, Rn. 62: Ersatzanspruch in der Nähe eines dem deutschen Recht fremden Strafschadensersatzes). Dieser Widerspruch könnte nur dann aufgelöst werden, wenn man mit dem *KG* (01. 10. 2009 »Berliner Transportbeton«, WuW/E DE-R 2773) eine Gesamtgläubigerschaft zwischen direktem und indirektem Abnehmer annehmen würde. Dies kommt jedoch aus anderen Gründen nicht in Betracht (dazu oben Rdn. 8).

IV. Mehrfachbelastung

Nimmt man mit der Leitentscheidung des BGH »ORWI« (*BGH*, 28. 06. 2011 »ORWI«, BGHZ 190, 145 = WuW/E DE-R 3431) eine grundsätzliche Anspruchsberechtigung auch der nachfolgenden Marktstufe(n) an, so kann sich der Kartellant möglicherweise **zwei oder mehr Anspruchstellern gegenübersehen**: dem direkten Abnehmer und den indirekten Abnehmer(n), denen der direkte Abnehmer oder ein anderer indirekter Abnehmer das vom Kartellanten bezogene Produkt weiterveräußert hat. Dabei kommt es nicht zwingend zu einer **Mehrfachbelastung des Kartellteilnehmers**: Entweder konnte der direkte Abnehmer den erhöhten Preis nicht oder nicht vollständig weitergeben, so dass dem indirekten Abnehmer auch kein Schaden bzw. kein Schaden in voller Höhe entstanden ist, oder der erhöhte Preis ist vollständig oder teilweise vom direkten Abnehmer an den indirekten Abnehmer weitergegeben worden, so dass der Kartellteilnehmer die passing-on-defence in Gestalt der Vorteilsausgleichung geltend machen kann (vgl. hierzu *Kirchhoff*, WuW 2012, 927). Praktisch können sich jedoch **Beweisprobleme** ergeben, die die Gefahr einer Mehrfachbelastung begründen.

F. Beweisfragen bei Ansprüchen der Abnehmer ggü. den Kartellanten

I. Schaden des direkten Abnehmers

1. Schadenseintritt mit Vertragsabschluss

- 23 Der Schaden des direkten Abnehmers ist bereits **mit Abschluss des Vertrages** zu den kartellbedingt erhöhten Konditionen (»Preisauflschlag« i.S.v. § 33c Abs. 1) entstanden (s.o. Rdn. 11; allgemein dazu § 33a Rdn. 24 ff.). Schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist er mit der überhöhten Forderung belastet. Damit ist der in der **Differenz zwischen dem Wettbewerbspreis und dem vereinbarten Kartellpreis** liegende Schaden entstanden und kann allenfalls durch Vorteile ausgeglichen werden, die sich zu einem späteren Zeitpunkt noch ergeben und etwa darin liegen können, dass der direkte Abnehmer den erhöhten Preis auf seine Abnehmer hat weiterleiten können. Hier kommt der **Vorteilsausgleich** ins Spiel. Dabei geht es um die Anrechnung eines vermögenswerten Vorteils, der dem Geschädigten als Folge des schädigenden Ereignisses zugeflossen ist.
- 24 Damit ist die **Darlegungs- und Beweislast** klar: Der direkte Abnehmer muss als Geschädigter des Kartells nur den Abschluss zu den kartellbedingt erhöhten Konditionen darlegen und beweisen. **Dagegen obliegt es dem Schädiger vorzutragen, ob der Schaden dadurch gemindert worden ist, dass der direkte Abnehmer die Preiserhöhung auf seine Abnehmer hat abwälzen können** (BGH, 28. 06. 2011 »ORWI«, BGHZ 195, 245 = WuW/E DE-R 3431, Rn. 72; LG Berlin, 06. 08. 2013 »Fahrtreppen«, NZKart 2014, 37, 38; dazu bereits *Bornkamm*, GRUR 2010, 501, 503). Da der Schädiger aber naturgemäß keine Kenntnis davon hat, zu welchen Preisen der direkte Abnehmer weiterveräußert hat, kann er sich zunächst auf die einfache Behauptung der Abwälzung des Schadens beschränken. Steht aber fest, dass die Preise des Abnehmers gleich geblieben sind, ist davon auszugehen, dass die Preiserhöhung nicht an die weiteren Abnehmer weitergegeben worden ist.
- 25 Ob der Geschädigte, der seine Abgabepreise kennt, sich mit bloßem Bestreiten verteidigen kann, hängt davon ab, ob diesen eine **sekundäre Darlegungslast** trifft. Eine sekundäre Darlegungslast bedeutet grundsätzlich, dass der Gegner der an sich darlegungsbelasteten Partei bei der Darlegung einer für ihn ungünstigen Tatsache mitzuwirken hat. Für den Fall der passing-on-defence geht es darum, dass der Kartellant sich mit dem Einwand gegen den Anspruch des direkten Abnehmers verteidigt, es sei diesem gelungen, den Schaden auf nachgelagerte Kunden abzuwälzen. Eine solche sekundäre Darlegungslast des direkten Abnehmers zugunsten des Kartellanten kann unter engen Voraussetzungen in Betracht kommen, weil sich wichtige Informationen über die Weiterwälzung des Schadens in der Sphäre des direkten Abnehmers befinden können, auf die der Kartellant keinen Zugriff hat. Voraussetzung ist insofern, dass ihm die Darlegung der Abgabepreise nicht nur ohne weiteres möglich (in der Regel zu bejahen), sondern auch **zumutbar** ist (BGH, 01. 12. 1982, BGHZ 86, 23, 29 = NJW 1983, 687; BGH, 07. 12. 1998, BGHZ 140, 156, 158 f. = NJW 1999, 579; BGH, BGHZ 163, 209, 214 = NJW 2005, 2614; BGH, 07. 10. 2009 »Partnerprogramm«, GRUR 2009, 1167 Rn. 19). Hieran wird es häufig fehlen. Denn der Kaufmann hat normalerweise ein berechtigtes Interesse daran, seine Gewinnspanne gegenüber seinem Lieferanten geheimzuhalten. Eine sekundäre Darlegungslast der einen Kartellschaden einklagenden Abnehmer will auch der BGH »nur nach sorgfältiger Abwägung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalles« annehmen (BGH, 28. 06. 2011 »ORWI«, BGHZ 195, 145 = WuW/E DE-R 3431 Rn. 76): »Je höher die vom Kartellteilnehmer darzulegende Wahrscheinlichkeit der Weiterwälzung des Schadens und je größer seine Beweisnot ist, desto eher kann dem Geschädigten eine gewisse Mitwirkung an der Aufklärung der insoweit maßgeblichen tatsächlichen Umstände zugemutet werden.«

2. Entgangener Gewinn (§ 33c Abs. 1 Satz 3)

- 26 Aber auch wenn der Schädiger – mit oder ohne Hilfe – darlegen kann, dass es dem Geschädigten gelungen ist, bei seinen Abnehmern einen höheren Preis durchzusetzen, ist damit zunächst noch nicht gesagt, dass der höhere Preis den Schaden auch wirklich mindert. Denn es liegt durchaus nahe, dass die **Nachfrage unter der Preiserhöhung leiden kann**. Den aus diesem Mengenschaden

resultierenden Verlust resultierenden Verlust kann der direkte Abnehmer ungeachtet des Vorteilsausgleichs unter dem Gesichtspunkt des entgangenen Gewinns (§ 252 BGB) ersetzt verlangen. Dies hat der BGH in der ORWI-Entscheidung ausgesprochen mit der Aussage, dass die *passing-on-defence* voraussetze, »dass der Weiterwälzung keine Nachteile des Abnehmers gegenüberstehen, insbesondere kein Nachfragerückgang, durch den die Preiserhöhung (ganz oder teilweise) kompensiert worden ist.« (BGH, 28. 06. 2011 »ORWI«, BGHZ 195, 145 = WuW/E DE-R 3431, 3443 Rn. 69). Der Kartellant habe darzutun und ggfls. nachzuweisen, dass keine solchen Effekte zu verzeichnen waren. Aber auch wenn die Nachfrage nicht nachgegeben hat, wird dies häufig auf einer **besonderen kaufmännischen Leistung und Anstrengung** beruhen, bspw. auf verstärkter Werbung, auf größerer Kulanz ggü. den Abnehmern oder auf einer Intensivierung der individuellen Kundenpflege. In solchen Fällen hat **nicht nur der direkte, sondern auch der indirekte Abnehmer einen Schaden zu beklagen**: Geht die Nachfrage aufgrund des abgewälzten höheren Preises zurück oder kann der höhere Preis nur aufgrund besonderer Anstrengungen durchgesetzt werden, liegt der Schaden des direkten Abnehmers in dem Mengenverlust oder in den Aufwendungen für verstärkte Marketinganstrengungen. Den aus der Mengeneinbuße oder den erhöhten Marketinganstrengungen resultierenden Verlust kann der direkte Abnehmer ungeachtet des Vorteilsausgleichs unter dem Gesichtspunkt des entgangenen Gewinns (§ 252 BGB) ersetzt verlangen. Dafür, dass aufgrund dieses entgangenen Gewinns trotz Vorteilsausgleich ein Schaden entstanden ist, trägt freilich der direkte Abnehmer die Darlegungs- und Beweislast.

Die **Chancen** des direkten Abnehmers, den **erhöhten Preis** ohne Beeinträchtigung der Nachfrage und ohne erhöhte Marketinganstrengungen **abzuwälzen**, steigen, wenn **drei Bedingungen erfüllt** sind: (1) Auch die Wettbewerber des direkten Abnehmers kaufen beim Kartell ein; sie werden daher ebenfalls durch die höheren Kartellpreise belastet. (2) Die indirekten Abnehmer auf der nächsten Absatzstufe haben kaum Ausweichmöglichkeiten; sie müssen ihren Bedarf bei den Abnehmern des Kartells decken. (3) Das verkaufte Produkt ist für die Endverbraucher unverzichtbar, sodass die Nachfrage kaum oder gar nicht auf eine Preiserhöhung reagiert (geringe Preiselastizität der Nachfrage). Liegen solche besonderen Bedingungen aber nicht vor, wird sich die Frage der Kausalität im Prozess häufig nicht klären lassen, was zum Nachteil des Beklagten, also des in Anspruch genommenen Schädigers, geht.

Vor besonderen Schwierigkeiten steht der Schädiger, der sich auf den Schadensabwälzungseinwand berufen möchte, immer dann, wenn der direkte Abnehmer nicht lediglich eine Handelsfunktion ausübt, sondern das vom Kartellanten erworbene Produkt **weiterverarbeitet** (hierzu *BGH*, 28. 06. 2011 »ORWI«, WuW/E DE-R 3431, 3444, Tz. 75: besondere Nachweisschwierigkeiten, wenn das Produkt erst nach einer Verarbeitung weitergeliefert worden ist). Je höher die **Wertschöpfung** auf einer Stufe der Absatzkette ist, desto schwerer wird es dem Schädiger fallen, die Kausalität zwischen dem kartellbedingt höheren Einkaufspreis und dem tatsächlich erzielten höheren Verkaufspreis zu beweisen. Denn mit der Wertschöpfung steigt die Zahl der Faktoren, die in die Preiskalkulation einfließen. Und mit der Zahl dieser Faktoren steigt die Chance, dass die Preiserhöhung auf anderen Faktoren als dem kartellbedingt höheren Einkaufspreis beruht. Allerdings darf durch die schwierige Aufklärung der Kartellnehmer nicht unbillig entlastet werden.

Hieraus wird deutlich: Mit der Zulässigkeit des Schadensabwälzungseinwands ist für den Schädiger noch wenig gewonnen. Der Einwand wird im Allg. nur **bei transparenten Preis- und Marktverhältnissen** zum Erfolg führen können (zum Sonderfall eines fehlenden Marktes – Investition in eine öffentliche Infrastruktur – vgl. *LG Berlin*, 06. 08. 2013 »Fahrtreppen«, NZKart 2014, 37, 38: Weitergabe überhöhter Preise nicht möglich). Sind die Preis- und Marktverhältnisse dagegen intransparent, wird dem Schädiger der Beweis schwerfallen, dass der höhere Preis ganz oder teilweise nicht auf den Kartellrechtsverstoß zurückzuführen ist.

II. Schaden des indirekten Abnehmers

Macht der indirekte Abnehmer Schadensersatz ggü. dem Kartellmitglied geltend, muss er dartun, dass der von ihm bezahlte Preis **teilweise auf dem Kartellverstoß beruht**. Dieser Nachweis wird

umso schwerer, umso mehr Absatzstufen zwischen ihm und dem direkten Abnehmer liegen. Dem will Art. 14 der EU-Richtlinie 2014/104/EU Rechnung tragen.

- 31 Hat der indirekte Abnehmer die Ware selbst vom **direkten Abnehmer erworben**, der die Ware seinerseits nicht weiterverarbeitet, sondern nur wiederverkauft hat, und sind die Marktverhältnisse transparent, wird der indirekte Abnehmer keine unüberwindbaren Schwierigkeiten haben, die Abwälzung des Schadens darzutun. Ein ganz eindeutiger Fall ist insofern die **Einkaufskommission**, bei der der Kommissionär – im eigenen Namen, aber auf fremde Rechnung handelnd – nach außen als Erstabnehmer auftritt, obwohl allein der Kommittent die wirtschaftlichen Folgen des Kartells zu tragen hat. Der Schadensnachweis ist darüber hinaus auch dann noch relativ einfach, wenn der direkte Abnehmer, etwa als Großhändler, **mit festen Margen kalkuliert** und möglicherweise seinen Einkaufspreis sogar offenlegt (sog. Kostenzuschlags- oder Cost-plus-Verträge). Typisch für eine solche Konstellation ist, dass der direkte Abnehmer nur ein geringes eigenes Risiko trägt und wirtschaftlich eigentlich im Lager des Lieferanten steht. In derartigen Konstellationen hat der direkte Abnehmer – unterstellt die Nachfrage bleibt trotz des gestiegenen Preises gleich – keinen Nachteil durch die kartellbedingte Preiserhöhung; wird seine Marge als Prozentsatz des Einkaufspreises berechnet, profitiert er sogar von dem Kartell seines Lieferanten. Der Abnehmer auf der zweiten Absatzstufe ist hier der erste, für den überhaupt ein Anreiz besteht, das Kartell zu unterbinden und Schadensersatz zu beanspruchen.
- 32 Liegen zwischen dem direkten Abnehmer und dem indirekten Abnehmer **weitere Absatzstufen**, wird der Nachweis des Schadens zunehmend schwieriger. Denn mit jeder Absatzstufe wachsen die Faktoren, die die Preisbildung beeinflussen können. Voraussetzung ist nun, dass der kartellbedingte erhöhte Preis **auf jeder vorangegangenen Absatzstufe abgewälzt** worden ist. Um dies darlegen zu können, muss der indirekte Abnehmer zunächst einmal die jeweiligen Einkaufs- und Verkaufspreise auf den vorangegangenen Absatzstufen kennen. Fehlen ihm diese Informationen, kann ihm auch nicht mit der sekundären Darlegungslast des Beklagten geholfen werden; denn der verklagte Kartellant wird über diese Informationen ebenfalls nicht verfügen.
- 33 Diese Schwierigkeiten erhöhen sich noch, wenn das vom Kartellmitglied erworbene Produkt auf den vorangegangenen Absatzstufen **weiterverarbeitet** worden ist (s.o. Rdn. 28). Je höher die **Wertschöpfung** auf den vorangegangenen Stufen der Absatzkette ist, desto schwerer wird es dem indirekten Abnehmer fallen, darzutun, dass die kartellbedingte Erhöhung des Preises für ein verarbeitetes Produkt sich im Preis des Fertigprodukts niedergeschlagen hat. So wird der Endabnehmer, der ein Gläschen Babynahrung erwirbt, kaum dartun können, dass der von ihm für die Babynahrung bezahlte Preis dadurch erhöht worden ist, dass der Hersteller der Babynahrung Vitamine verarbeitet hat, die er vom Vitaminherstellern zu einem kartellbedingt überhöhten Preis erworben hat.
- 34 **Daraus folgt:** Auch wenn an die Unmittelbarkeit des Schadens keine besonderen Anforderungen gestellt werden und die Anspruchsberechtigung des indirekten Abnehmers auch dann nicht verneint wird, wenn zwischen dem Kartellanten und ihm mehrere Absatzstufen liegen, ergibt sich aus den **Nachweisschwierigkeiten**, die mit dem Abstand vom Kartell exponentiell zunehmen, ein **natürliches Korrektiv**. Hinzu kommt noch, dass sich der Schaden immer von Absatzstufe zu Absatzstufe **immer stärker atomisiert und marginalisiert**, so dass auch ein wirtschaftliches Interesse, einen entsprechenden Anspruch zu verfolgen, i.d.R. nicht mehr besteht.

G. Anspruchsberechtigung

I. Verortung im Gesetz

- 35 Nach der 9. GWB-Novelle ist die Frage der Anspruchsberechtigung **an zwei Stellen im Gesetz verankert**: Zum ersten bei § 33 Abs. 1 und 3, wo geregelt ist, dass derjenige, der gegen eine Vorschrift des Ersten Teils des GWB oder gegen Art. 101 oder 102 AEUV verstößt, dem Betroffenen zur Beseitigung und Unterlassung, bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit auch zu Schadensersatz (§ 33a

Abs. 1), verpflichtet ist (dazu s.o. § 33 Rdn. 17 ff., auch zu der Frage, wer bei den jeweiligen Verstößen als Betroffener und demnach als Anspruchsberechtigter anzusehen ist). Die angeführten Bestimmungen in § 33 und § 33a stammen freilich **noch aus der 7. GWB-Novelle**, bei der sich der Gesetzgeber hinsichtlich der Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer noch gar nicht festgelegt hatte. Die Aktivlegitimation indirekter Abnehmer ist im deutschen Recht aber seit der »ORWI«-Entscheidung des BGH (BGH, 28. 6. 2011 »ORWI« BGHZ 190, 145 = WuW/E DE-R 3431 Rn. 19 ff.) geltendes Recht und wird heute auch im Hinblick auf die eindeutige Regelung in der Kartell-Schadensersatzrichtlinie nicht mehr infrage gestellt (vgl. BegRegE, BT-Drucks. 18/10207, S. 56: Es steht mittelbaren Abnehmern offen, auf sie abgewälzte Schäden geltend zu machen).

Nachdem im Zuge der 9. GWB-Novelle nunmehr der **Einwand der Schadensabwälzung ausdrücklich zugelassen** worden ist (§ 33c Abs. 1 Satz 1 und 2), was praktisch bedeutet, dass der abgewälzte Schaden vom indirekten Abnehmer geltend gemacht werden kann (s.o. Rdn. 8, dort Variante [1]) – wenn nicht (was sich von vornherein verbietet) die Kartellrendite insofern beim Kartellanten verbleiben soll – und nachdem nunmehr dem indirekten Abnehmer auch noch eine für ihn streitende Vermutung (§ 33c Abs. 2) zugebilligt worden ist, kann man sagen, dass die Anspruchsberechtigung des indirekten Abnehmers inzwischen eindeutig in § 33c verortet ist, wenngleich aus der Vermutung des § 33c Abs. 2 GWB nicht zu entnehmen ist, dass die Schadensabwälzung auf ihn anspruchsbegründende Tatsache ist. 36

II. Anspruchsberechtigung des direkten Abnehmers

Die Aktivlegitimation des direkten Abnehmers wird heute im deutschen Recht nicht mehr in Zweifel gezogen. Dies war freilich nicht immer so. In der bis zur 6. GWB-Novelle geltenden Fassung des § 1 i.V.m. § 38 Abs. 1 Nr. 1 a.F. sah die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte nur dann ein Schutzgesetz, wenn sich eine Absprache oder ein abgestimmtes Verhalten **gezielt gegen bestimmte Abnehmer oder Lieferanten** richtete (dazu eingehend oben § 33 Rdn. 13 ff.). Diese Praxis war bereits unter dem alten Recht fragwürdig durch die Rechtsprechung des BGH nicht gedeckt, der stets nur davon gesprochen hatte, dass es sich bei § 1 **jedenfalls dann** – und nicht »nur dann« – um ein Schutzgesetz handle, wenn sich die Absprache gezielt gegen bestimmte Abnehmer richtete. In der »ORWI«-Entscheidung hat der BGH dieses Dogma endgültig in die Mottenkiste verbannt und deutlich gemacht, dass diese Sichtweise mit der auf die Sicherung eines unverfälschten Wettbewerbs im Binnenmarkt gerichteten Zielsetzung des europäischen Kartellrechts nicht vereinbar sei, weil sie zu einer Entlastung gerade bei Schäden mit großer Breitenwirkung führen würde (BGH 28. 6. 2011 »ORWI« BGHZ 190, 145 = WuW/E DE-R 3431 Rn. 17). 37

III. Anspruchsberechtigung des indirekten Abnehmers

Die Anspruchsberechtigung des indirekten Abnehmers wird heute – nach der insofern eindeutigen »ORWI«-Entscheidung des BGH und, nachdem das Gesetz – zumindest in der Begründung – nunmehr in § 33c von der Anspruchsberechtigung des indirekten Abnehmers ausgeht – ebenfalls nicht mehr in Zweifel gezogen (s.o. Rdn. 36). § 33c Abs. 2 regelt die Situation, dass ein geschädigter mittelbarer Abnehmer den Kartellanten auf Schadensersatz in Anspruch nimmt, wenngleich nicht im Sinne einer anspruchsbegründenden Tatsache, sondern durch die Vermutung der Schadensabwälzung nach § 33c »zugunsten eines mittelbaren Abnehmers«. Gleiches gilt für mittelbare Lieferanten. 38

IV. Anspruchsberechtigung der Abnehmer im Windschatten des Kartells (sog. Preisschirmeffekt)

Einen potentiellen Schaden erleiden aber nicht nur die noch so entfernten indirekten Abnehmer des kartellbefangenen Gutes. Preiserhöhungen können sich auch daraus ergeben, dass am Kartell **nicht beteiligte Wettbewerber der Kartellanten unter dem Schirm des Kartells ebenfalls die Preise erhöhen (sog. Preisschirmeffekt)**. Der EuGH hat in der Rechtssache »KONE« entschie- 39

den, dass auch die (direkten oder indirekten) Abnehmer der nicht am Kartell beteiligten Lieferanten, die im Zuge der kartellbedingten Preiserhöhungen ihrer Wettbewerber auch die eigenen Preise ohne Absprache mit den am Kartell beteiligten Mitbewerbern heraufsetzen, den daraus entstehenden Schaden ersetzt verlangen können, dass jedenfalls die volle Wirksamkeit des Art. 101 AEUV nicht gewährleistet wäre, wenn nach dem nationalen Recht die Haftung der Kartellanten für überhöhte Preise eines Kartellaußenseiters kategorisch und unabhängig von den speziellen Umständen des konkreten Falls ausgeschlossen wäre, selbst wenn dessen Preispolitik eine Folge des Kartells sei (*EuGH*, 05. 06. 2014 »KONE« WuW/E EU-R 3030). Der europarechtliche Effektivitätsgrundsatz zwingt daher dazu, dass auch dem direkten oder indirekten Erwerber eines Produkts, das Gegenstand eines Kartells war, ein Ersatzanspruch wegen des kartellbedingt erhöhten Preises gegenüber den Kartellmitgliedern zusteht, selbst wenn er diese Ware nicht von einem Kartellmitglied, sondern von einem Kartellaußenseiter erworben hat, der aber seine Verkaufspreise im Blick auf die kartellbedingt erhöhten Preise seiner Wettbewerber ebenfalls erhöht hat (dazu s.o. § 33a Rdn. 7 und 28).

H. Anwendungsbereich von § 33c

I. Unmittelbare Anwendung

1. Horizontale Absprachen mit unmittelbarer Preiswirksamkeit

- 40 Die Bestimmung des § 33c Abs. 1 ist relativ eng für einen ganz bestimmten Fall formuliert, nämlich das **Kartell von Anbietern von Waren oder Dienstleistungen**, das typischerweise zu einem gegenüber dem Wettbewerbspreis »übersteuerten Preis« mit »Preisaufschlag« führt. Die Regelung gilt aber ohne weiteres für jede andere Form der (horizontalen) Absprache, die üblicherweise zu einer Erhöhung des Abgabepreises führt. Dies ist etwa der Fall bei Quotenkartellen oder bei Gebietsabsprachen.

2. Horizontale Absprachen ohne unmittelbare Preiswirksamkeit

- 41 Es gibt aber auch **Horizontalabsprachen, die sich nicht unmittelbar auf den Preis auswirken**. Zur Erläuterung müssen **zwei Beispiele** dienen: (1) Geht man einmal davon aus, die deutschen Automobilhersteller hätten untereinander vereinbart, bei ihren Diesel-Autos auf den geplanten Einbau größerer Harnstoff-(Adblu-)Tanks zu verzichten und statt dessen eine bestimmte Größe dieser Tanks nicht zu überschreiten und den Harnstoffverbrauch unter Inkaufnahme einer weniger wirksamen Abgasreinigung zu begrenzen. Diese Mangel wird notwendig von dem unmittelbaren Abnehmer, dem Großhändler, an den indirekten Abnehmer, den Autohändler, und von diesem an den Endverbraucher weitergegeben. Hier kann der Endverbraucher – ohne dass es eines Rückgriffs auf § 33c bedarf – den Schaden ersetzt verlangen, der ihm aufgrund der schlechteren Abgasreinigung entsteht. (2) Ähnlich würde es sich bei einem **Konditionenkartell** verhalten, wofür ein **Beispiel** ebenfalls aus der Automobilbranche zur Erläuterung dienen soll: Im Wettbewerb haben sich die Automobilhersteller zu immer längeren Durchrostungsgarantien bewegen lassen. Nachdem durch den erhöhten Rostschutz immer höhere Kosten verursacht werden, einigen sich die Hersteller, keine Durchrostungsgarantien von mehr als drei Jahren auszusprechen. Auch hier wird der Mangel oder der durch das Kartell versagte Vorteil vom Hersteller über die Handelsstufen auf den Endverbraucher verlagert, so dass dieser unmittelbar gegenüber dem Hersteller den Ersatz des Schadens verlangen kann, der sich infolge der verschlechterten Konditionen ergibt. Auch hier bedarf es keines Rückgriffs auf § 33c.

3. Vertikale Preisabsprachen

- 42 Verpflichtet der Hersteller den Händler unzulässigerweise, die erworbene Ware **zu einem bestimmten Abgabepreis weiterzuverkaufen**, handelt es sich um einen Verstoß gegen § 1 bzw. Art. 101 AEUV. Die Differenz zwischen dem festgesetzten Preis und dem Preis, den der Händler ohne Preisbindung verlangt hätte, stellt den »Preisaufschlag« dar, den der Käufer, der die Ware

vom Händler erwirbt, als Schadensersatz vom Hersteller oder vom Händler erstattet verlangen kann. Aber auch der Händler selbst kann vom Hersteller, der ihn zur Einhaltung des Mindestpreises verpflichtet hat, nach der Logik der »Courage«-Entscheidung (dazu oben Vor § 33 Rdn. 13 ff.) den Preisaufschlag als Schadensersatz zurückverlangen. Handelt es sich bei dem Käufer um einen Wiederverkäufer, stellt sich die Frage, ob der Käufer den Preisaufschlag auf seinen Abnehmer abgewälzt hat oder nicht. Hier gelten grundsätzlich dieselben Regeln wie bei einem horizontalen Kartell: Klagt der Wiederverkäufer gegen den Hersteller oder den Händler, muss dieser darlegen und beweisen, dass der Wiederverkäufer den Preisaufschlag abgewälzt hat. Klagt der Abnehmer des Wiederverkäufers, so streitet zu seinen Gunsten die Vermutung nach § 33c Abs. 2.

4. Einseitige Maßnahmen (§§ 19 ff. oder Art. 102 AEUV)

Auch die missbräuchliche **Ausübung von Marktmacht** kann zu einem Preisaufschlag führen, der von dem mit dem höheren Preis belasteten Käufer als Schaden von dem missbräuchlich handelnden Verkäufer ersetzt verlangt werden kann. Hier sind es vor allem **zwei Konstellationen**, in denen die Anwendung des § 33c in Betracht kommt: 43

a) Ausbeutungsmisbrauch

Hat sich etwa ein Stromlieferant als Opfer eines missbräuchlich handelnden Netzbetreibers zur Zahlung eines **überhöhten Netznutzungsentgelts** verpflichten müssen, kann er die Differenz zwischen dem angemessenen und dem geforderten Netznutzungsentgelt als Schadensersatz zurückverlangen, wobei sich die Frage stellt, ob der Stromlieferant die zusätzlichen Kosten, die ihm durch das erhöhte Netznutzungsentgelt entstanden sind, auf seine Stromkunden abgewälzt hat (dazu s.o. § 33 Rdn. 43). Auch hier können die **Abnehmer des Stromlieferanten**, also beispielsweise die Endverbraucher, den Teil des Strompreises, der auf das überhöhte Netznutzungsentgelt zurückgeht, als Schaden vom Netzbetreiber ersetzt verlangen, wobei wiederum die Vermutung des § 33c Abs. 2 für sie streitet. 44

b) Unbillige Behinderung durch missbräuchliche Liefersperre

Versucht ein Hersteller, gegenüber seinen Vertragshändlern unzulässigerweise **bestimmte Endverbraucherpreise durchzusetzen**, kommt es nicht selten vor, dass der Händler, der sich nicht an die vorgegebenen Mindestpreise hält, **nicht mehr beliefert wird**, dass er also **mit einer Liefersperre belegt** wird. Hat der Händler die fragliche Ware bereits zu dem günstigen, unter der Vorstellung des Herstellers liegenden Preis beworben und gegebenenfalls bereits entsprechende Bestellungen entgegengenommen, bleibt ihm nun nichts anderes übrig, als sich mit der Ware bei anderen Vertragshändlern einzudecken, wobei er regelmäßig seine Wiederverkäufereigenschaft nicht offenbaren und deswegen genötigt sein wird, den Preis zu entrichten, den der Vertragshändler normalerweise vom Endverbraucher fordert. Hier liegt der **Schaden**, den er nach §§ 33a vom Hersteller ersetzt verlangen kann, in der Differenz zwischen dem Herstellerabgabepreis und dem Preis, den er dem anderen Vertragshändler gezahlt hat. Auch hier stellt sich die Frage, ob er (was in dem Beispielfall eher unwahrscheinlich erscheint) den Schaden bereits in seine Kalkulation eingerechnet und von seinen Kunden einen entsprechenden höheren Preis verlangt hat. Ggf. können hier auch die Kunden, die die Ware vom behinderten Vertragshändler erworben haben, die Differenz als eigenen Schaden vom Hersteller ersetzt verlangen (dazu s.o. § 33 Rdn. 43). Zur Frage, ob auch bei dieser Konstellation mittelbaren Abnehmer sich auf die Vermutung des Abs. 2 berufen können: (s. unten Rdn. 54). 45

II. Entsprechende Anwendung auf Nachfragekartelle und auf missbräuchliches Verhalten marktbeherrschender Nachfrager (§ 33c Abs. 4)

§ 33c Abs. 4 erklärt für die Belieferung des Rechtsverletzers die Absätze 1 bis 3 für entsprechend anwendbar, und zwar nur in Bezug auf Verstöße gegen die §§ 1, 19 oder Art. 101 oder 102 AEUV. Das Gesetz will also die Belieferung des Rechtsverletzers nicht anders behandelt wissen als 46

die Abnahme vom Rechtsverletzer, was der Vorgabe aus Art. 12 Abs. 4 der RL 2014/104/EU entspricht. Die Bestimmung trägt dem Umstand Rechnung, dass schon nach dem Wortlaut der Verträge Kartelle der Anbieter ebenso behandelt werden wie **Kartelle der Nachfrager**; ebenso wie es verboten ist, – **downstream** – die Verkaufspreise unter Wettbewerbern abzustimmen, ist es verboten, – **upstream** – die Einkaufspreise unter im Wettbewerb miteinander stehenden Nachfragern zu vereinbaren (Art. 101 lit. a AEUV), § 33c Abs. 4 erfüllt damit eine Vorgabe der Kartell-Schadensersatzrichtlinie (Art. 12 Abs. 4 RL 2014/104/EU).

- 47 Eine **Schadensabwälzung** im engeren Sinne kommt freilich bei einem Nachfragekartell nicht ohne weiteres in Betracht. Zwar ist vorstellbar, dass ein Nachfragekartell auf längere Sicht zu erheblichen Schäden bei den Vorlieferanten führt. In einer Lieferkette bildet sich der Preis jedoch im Allgemeinen von oben nach unten und nicht von unten nach oben, so dass nicht ohne Weiteres erkennbar ist, wie der Verlust, der durch ein Preiskartell auf einer (unteren) Absatzstufe verursacht wird, vom unmittelbar betroffenen Lieferanten sollte auf einen in der Lieferkette einige Stufe höher stehenden Vorlieferanten der Lieferkette abgewälzt werden können.
- 48 Besser vorstellbar ist ein **Szenario** wie das folgende: Ein marktbeherrschender Lebensmittelkonzern kündigt für den kommenden Monat eine »sensationelle« Preissenkung für Molkereiprodukte an; gleichzeitig teilt er der Molkerei, von der er seine Milchprodukte bezieht, mit einem Vorlauf von einer Woche mit, dass er für alle Produkte der Molkerei nur noch einen Preis zahlen werde, der 15 % unter dem bisherigen Einkaufspreis liege. Die Molkerei setzt darauf die Milchpreise, die sie den Erzeugern zahlt, von 40 Cent/Liter auf 33 Cent/Liter (minus 17,5 %) herab. Gesetzt den Fall, bei der Molkerei und ihren Erzeugern handelte es sich um kleine oder mittlere Unternehmen, die keine Chance hätten, auf andere Abnehmer umzusteigen, und angenommen, auch die weiteren Voraussetzungen von § 19 Abs. 2 Nr. 1 lägen vor, kann die betroffene Molkerei den Schaden, der ihr durch die willkürliche Preissenkung entstanden ist, von dem Lebensmittelkonzern ersetzt verlangen, muss sich aber die Vorteile anrechnen lassen, die ihr aufgrund der von ihr gegenüber den Erzeugern verfügbaren Preissenkung entstanden sind. Lassen sich die angegebenen Tatsachen erweisen, können die betroffenen Erzeuger unmittelbar gegenüber dem Lebensmittelkonzern den Schaden geltend machen, der ihnen durch die Senkung der Erzeugerpreise entstanden ist.

I. Vermutung der Schadensabwälzung zugunsten des indirekten Abnehmers (§ 33c Abs. 2 und 3)

I. Bedeutung

- 49 Die für den indirekten Abnehmer streitende Vermutung der Abwälzung des kartellbedingten Preisaufschlags vom direkten Abnehmer auf ihn stellt ein **Kernelement der KartellschadensersatzRL** dar. Indirekt – wenn auch nicht ausdrücklich als anspruchsbegründende Tatsache formuliert – ist damit ausgesprochen, was bereits seit dem ORWI-Urteil des BGH anerkannt war (BGH, 28. 06. 2011, BGHZ 190, 145 = WuW/E DE-R 3431), dass nämlich mittelbare Abnehmer anspruchsberechtigt sein können (vgl. BegrRegE, BT-Drucks. 18/10207, S. 56 f). Der Kommission ging es maßgeblich darum, dass auch atomisierte Kartellschäden der Endverbraucher zum Gegenstand erfolgreicher Schadensersatzklagen gemacht werden können. Hierfür war zweierlei erforderlich: (1) zum einen bedurfte es dafür einer **Regelung für die kollektive Rechtsdurchsetzung**, am besten ausgestaltet als opt-out-Modell; (2) zum zweiten war eine **Beweiserleichterung** für den häufig auf der dritten oder vierten Stufe der Absatzkette stehenden Verbraucher erforderlich, wenn nicht Verbraucherklagen an den absehbaren Beweisschwierigkeiten scheitern sollten.
- 50 Nachdem die Kommission ihren Vorschlag für eine Sammelklage, der noch in ihrem ersten Vorschlag einer Kartellschadensersatzrichtlinie enthalten war, zurückstellen musste, ist es bei dem nicht weniger problematischen Vorschlag einer Vermutung der Schadensabwälzung zugunsten des indirekten Abnehmers – und damit letztlich auch des Verbrauchers – geblieben. Problematisch daran ist, dass die **Vermutung auf jeder von beliebig vielen Absatzstufen anzuwenden** ist und

dass weder der europäische noch der nationale Gesetzgeber **hinreichende Vorsorge gegen eine Mehrfachbelastung des Geschädigten** getroffen hat, so dass es bei Klagen verschiedener Marktstufen zu einer mehrfachen Haftung kommen kann, die die Richtlinie als »Überkompensation« vermeiden wollte.

II. Die gesetzliche Regelung

Die gesetzliche Regelung sieht in § 33c Abs. 2 unter Nr. 1 bis 3 Voraussetzungen vor, bei deren **kumulativem Vorliegen** die Vermutung der Schadensabwälzung zugunsten des mittelbaren Abnehmers eintreten soll. Die Regelung entspricht Art. 14 Abs. 2 der RL 2014/104/EU. Diese Voraussetzungen schränken den Anwendungsbereich der Vermutungsregelung nicht wirklich ein, weil die Voraussetzungen nach Nr. 1 bis 3 im Falle der Klage eines indirekten Abnehmers gegen einen Kartellanten ohne Weiteres vorliegen werden. 51

1. Erste Voraussetzung: Verstoß gegen §§ 1 oder 19 oder gegen Art. 101 oder 102 AEUV

Während die Bestimmungen der §§ 33, 33a und § 33c Abs. 1 **alle Kartellverstöße** betreffen, die im 1. Teil des GWB (§§ 1 bis 471) aufgeführt sind, gilt die Bestimmung über die Vermutung der Schadensabwälzung **nur für Kartelle (§ 1 bzw. Art. 101 AEUV) und für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (§ 19 bzw. Art. 102 AEUV)**. Die Regelung über die Schadensabwälzung gilt also **nicht für Schadensersatzansprüche aufgrund von Verstößen nach § 20 (Diskriminierungs- und Behinderungsverbot für Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht) oder nach § 21 (Boykott, Liefer- und Bezugssperren)**. Für den unterschiedlichen Anwendungsbereich der Bestimmung über die Schadensabwälzung einerseits und der Vermutung der Schadensabwälzung andererseits gibt die BegrRegE keinen plausiblen Grund an (BT-Drucks, 18/10207, S. 56 f.; dazu eingehend *Kersting* in *Kersting/Podzun*, Kap. 7 Rn. 75 ff.); eine mögliche Erklärung ist, dass der Gesetzgeber die problematische Vermutungsregelung auf die Fälle beschränken wollte, hinsichtlich deren eine Pflicht zur Umsetzung der Richtlinie bestand. 52

2. Zweite Voraussetzung: Verstoß hat einen Preisaufschlag für den direkten Abnehmer des Rechtsverletzers zur Folge

Die Vermutung basiert darauf, dass der Rechtsverstoß einen Preisaufschlag bewirkt hat. Auch dieses Kriterium schränkt den Anwendungsbereich der Vermutung eigentlich nicht ein: Schon aus dem Kontext – es geht um die Abwälzung eines Schadens von einem unmittelbaren auf einen mittelbaren Abnehmer oder von einem mittelbaren Abnehmer auf einen weiteren (mittelbaren) Abnehmer – ist klar, dass **in der Person des unmittelbaren Abnehmers ein Schaden entstanden sein muss**, um dessen Abwälzung auf den mittelbaren Abnehmer es geht. 53

3. Dritte Voraussetzung: Bezug der erworbenen Waren oder Dienstleistungen zum Kartellverstoß

Der mittelbare Abnehmer muss von dem Kartellrechtsverstoß berührt sein. Das dritte Merkmal **beschreibt damit ebenfalls eine Selbstverständlichkeit**: Der mittelbare Abnehmer, der die Vermutung der Schadensabwälzung zu seinen Gunsten streiten lassen möchte, muss ein Produkt (Ware oder Dienstleistung) erworben haben, das **Gegenstand des Kartellverstoßes**, namentlich eines Kartells oder eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, war. Dabei kann das kartellbefangene Gut auch ein **Roh- oder Halbfertigprodukt** sein, das zu einem Bestandteil des vom mittelbaren Abnehmer erworbenen Fertigprodukts geworden ist. 54

4. Was wird vermutet?

Was **Inhalt der Vermutung** ist, lässt sich dem Gesetzestext nicht zuverlässig entnehmen. Unklar ist, was damit gemeint ist, dass die Abwälzung des Preisaufschlags zugunsten des mittelbaren Abnehmers **»dem Grunde nach«** vermutet wird. Die BegrRegE meint, der **Umfang der Schadens-** 55

weitergabe sei nicht Gegenstand dieser Regelung; die für die Bemessung des Umfangs erforderlichen Informationen könnten sich mittelbar Geschädigte mit Hilfe ihres Anspruchs auf Herausgabe von Beweismitteln und auf Erteilung von Auskünften nach §§ 33g, 89b ff. beschaffen (BT-Drucks. 18/10207, S. 56). *Kersting* weist darauf hin, dass die Richtlinie im Gegensatz dazu eine **Vermutung der vollständigen Schadensabwälzung** vorsehe; er schließt dies aus Art. 14 Abs. 2 S. 2 der Richtlinie, wo es heißt, dass die Vermutung keine Anwendung finde, wenn der Beklagte gegenüber dem Gericht glaubhaft machen könne, dass der Preisaufschlag nicht oder nicht vollständig an den mittelbaren Abnehmer weitergegeben worden sei; die Möglichkeit, auch eine nicht vollständige Weitergabe glaubhaft zu machen, sei überhaupt nur sinnvoll, wenn die Vermutung weiterreiche und auch die vollständige Schadensabwälzung erfasse (*Kersting* in: *Kersting/Podzun*, Kap. 7 Rn. 110). Diese Argumentation überzeugt deswegen nicht, weil das deutsche Recht, hinsichtlich dessen *Kersting* eine Erstreckung der Vermutung auf den Umfang der Abwälzung leugnet, in § 33c Abs. 3 ebenso wie die Richtlinie bestimmt, dass die Vermutung der Schadensabwälzung keine Anwendung findet, wenn glaubhaft gemacht wird, dass der Preisaufschlag nicht oder nicht vollständig an den mittelbaren Abnehmer weitergegeben worden sei.

- 56 Die Auffassung, die Vermutung des Abs. 2 streite für den mittelbaren Abnehmer nur in der Weise, dass es überhaupt zu einer Schadensabwälzung, wenn auch nur zu einem vernachlässigbaren Betrag, gekommen sei, überzeugt aber – unabhängig von der Argumentation *Kerstings* – auch aus anderen Gründen nicht. Denn wenn es sich so verhielte, wie *Kersting* meint, käme der **Vermutung kaum eine praktische Bedeutung** zu (was das Schlechteste nicht wäre). Es liegt auf der Hand, dass dem indirekten Abnehmer mit der Vermutung, zumindest ein Teil des Preisaufschlags – also mindestens 0,01 € – seien auf ihn abgewälzt worden, in keiner Weise geholfen wäre: Schon für den zweiten Cent, den er verlangen möchte, müsste der indirekte Abnehmer **den steinigen Weg der Auskunftsklage** beschreiten, und versuchen, von den Absatzmittlern, die vor ihm in der Vertriebskette stehen, Auskunft über die Abwälzung des Preisaufschlags zu erhalten. Wenn dies so einfach wäre, wie es die BegrRegE anzunehmen scheint, könnte der indirekte Abnehmer von vornherein auf die Vermutung der Abwälzung verzichten und stattdessen unter Inanspruchnahme der Auskunft seines Lieferanten bzw. seiner Vorlieferanten den vollständigen Preisaufschlag, der auf ihn abgewälzt worden ist, geltend machen.
- 57 Gesetzt den Fall, ein **Fahrgast**, der regelmäßig den ICE zwischen Berlin und Hamburg benutzt, möchte den Schaden geltend machen, der ihm als **Bahnreisendem durch das Kartell der Aufzug- und Fahrtreppenhersteller** entstanden ist. Er könnte nach dem Modell der Entwurfsbegründung letztlich nur dann Erfolg haben, wenn ihm die Deutsche Bahn Auskunft darüber gäbe, inwieweit die kartellbedingt erhöhten Preise, die die Deutsche Bahn beim Bau des Berliner Hauptbahnhofs für Aufzüge und Rolltreppen hat aufwenden müssen, zu einer Erhöhung der Fahrpreise für die Strecke Berlin-Hamburg geführt hat.

III. Gefahr der Mehrfachbelastung des Rechtsverletzers

1. Kritik an dem Konzept der Richtlinie, dem indirekten Abnehmer mit Hilfe einer Vermutung der Schadensabwälzung zu helfen

- 58 Sowohl der europäische und auch der deutsche Gesetzgeber haben die Augen davor verschlossen, dass ein **Warenabsatz über viele Stufen laufen kann und dass die Vermutung, die die Richtlinie und das Gesetz vorsehen, nicht nur auf der ersten, sondern auf allen weiteren Vertriebsstufen Platz greift**. Dabei muss man davon ausgehen, dass sich die Abwälzung eines Schadens im Einzelfall schwer nachweisen lässt, vor allem wenn nicht um den Absatz eines Fertigprodukts geht, sondern wenn auf jeder Stufe eine Weiterverarbeitung erfolgt.
- 59 Nehmen wir als **Beispiel** nur das bekannte **Aufzug- und Fahrtreppen-Kartell**. Wer will sagen, dass der kartellbedingte Preisaufschlag für einen in einem Geschäftshaus eingebauten Aufzug oder eine Rolltreppe die Produkte, die dieses Unternehmen herstellt oder vertreibt, verteuert habe? Wer will sagen, ob die Erhöhung der Fahrpreise der Deutschen Bahn teilweise darauf beruhen,

dass die Deutsche Bahn in einigen Bahnhöfen und Verwaltungsgebäuden kartellbedingt verteuerte Aufzüge oder Rolltreppen hat einbauen lassen, oder ob die einzige Auswirkung ist, dass der Gewinn der Deutschen Bahn durch die erhöhten Aufwendungen entsprechend geschmälert worden ist?

Bei derartigen Konstellationen ist klar, dass es **kaum gelingen wird, den Nachweis zu führen**, dass der **kartellbedingte Preisaufschlag auf die Kunden abgewälzt** worden ist. **Ebenso wenig wird der Beweis gelingen, dass eine solche Abwälzung des Preisaufschlags nicht stattgefunden hat.** Das Beispiel (Rdn. 58) lässt sich freilich noch beliebig verkomplizieren: Mit der Deutschen Bahn reisen nicht nur Privatleute, sondern ebenso Geschäftsleute, deren (erhöhte) Reisekosten in die Kosten der sie beschäftigenden Unternehmen und damit letztlich auch in die Kalkulation der Preise einfließen, die diese Unternehmen für ihre Produkte verlangen. Geht man einmal davon aus, dass die Deutsche Bahn von einem der potenten Kartellmitglieder einen dreistelligen Millionenbetrag als Schadensersatz erhalten hat, wobei dem Kartellmitglied der Nachweis nicht gelungen war, dass die Deutsche Bahn den ihr entstandenen Schaden ganz oder teilweise auf ihre Kunden hat abwälzen können. Gleichwohl wird sich das Unternehmen, dessen Mitarbeiter für ihre Geschäftsreisen regelmäßig die Dienste der Bundesbahn in Anspruch nehmen, auf die Vermutung der Schadensabwälzung berufen können. Aber auch den Kunden dieses Unternehmens, die die von diesem Unternehmen hergestellten oder vertriebenen Produkte erworben haben, werden sich darauf berufen können, dass die erhöhten Reise- und damit Produktionskosten in die von ihnen gezahlten Preise eingeflossen seien.

Der Gesetzgeber darf das **Instrument der gesetzlichen Vermutung** nur in solchen Fällen einsetzen, in denen das vermutete Ergebnis mit großer Wahrscheinlichkeit der Wirklichkeit entspricht. In einem Fall wie dem hier in Rede stehenden muss man den Einsatz einer (widerleglichen) Vermutung durch den Gesetzgeber als verantwortungslos bezeichnen, weil die Ergebnisse, die durch diese Vermutung erzielt werden, mit einiger Wahrscheinlichkeit die Wirklichkeit nicht widerspiegeln werden.

2. Vermeidung einer Mehrfachbelastung des Rechtsverletzers

In der europäischen wie in der deutschen Diskussion um die Stärkung der privaten Rechtsdurchsetzung war stets unbestritten, dass eine **Multiplikation des Schadensersatzes** nach US-amerikanischem Vorbild (»treble damages«) nicht in Betracht kommen sollte, ja auf jeden Fall zu vermeiden sei (RL 2014/104/EU Erw.Grund 13: »Unbeschadet des Ersatzes für entgangene Geschäftsmöglichkeiten sollte der vollständige Ersatz im Rahmen dieser Richtlinie nicht zu Überkompensation führen, weder durch Strafschadensersatz noch durch Mehrfachentschädigung oder andere Arten von Schadensersatz«; Art. 3 Abs. 3: »Der vollständige Ersatz im Rahmen dieser Richtlinie darf nicht zu Überkompensation führen, unabhängig davon, ob es sich dabei um Strafschadensersatz, Mehrfachentschädigung oder andere Arten von Schadensersatz handelt«). Wie dies zu bewerkstelligen sei, hat der Richtliniengeber letztlich **den Mitgliedstaaten überlassen** (Art. 12 Abs. 2 RL 2014/104/EU: »Zur Verhinderung von Überkompensation legen die Mitgliedstaaten Verfahrensvorschriften fest, die geeignet sind zu gewährleisten, dass der Ersatz der eingetretenen Vermögenseinbuße auf keiner Vertriebsstufe den dort erlittenen Schaden in Form des Preisaufschlags übersteigt«).

a) Entkräftung der Vermutung; Glaubhaftmachung als Mittel der Widerlegung der Vermutung (§ 33c Abs. 3)

Eine gesetzliche Vermutung kann grundsätzlich nur durch den **Beweis des Gegenteils** entkräftet werden (§ 292 S. 1 ZPO). Dafür ist der volle Beweis des Gegenteils der gesetzlichen Vermutung erforderlich. Die bloße Erschütterung der gesetzlichen Vermutung durch den Beweis ihrer möglichen Unrichtigkeit genügt nicht. Allerdings enthält § 292 S. 1 ZPO die Einschränkung »sofern nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt«. In diesem Sinne enthält § 33c Abs. 3 wohl eine gesetzliche Ausnahme:

- 64 Nach § 33c Abs. 3 findet die Vermutung einer Schadensabwälzung keine Anwendung, wenn glaubhaft gemacht wird, dass der Preisaufschlag **nicht oder nicht in voller Höhe** an den mittelbaren Abnehmer weitergegeben wurde. Dies entspricht wörtlich Art. 14 Abs. 2 der RL.
- 65 Mit der Glaubhaftmachung als Mittel der Widerlegung der Vermutung ist eine **Herabsetzung des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs** verbunden. Dieses Maß ist erreicht, wenn der Richter es aufgrund der freien Beweiswürdigung für **überwiegend wahrscheinlich** hält, dass es nicht zu einer Schadensabwälzung gekommen ist. Die Behauptung ist glaubhaft gemacht, wenn eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass sie zutrifft (BGH, 11. 09. 2003, BGHZ 156, 139, 141 f. = NJW 2003, 3558; BGH, 21. 12. 2006 NJW-RR 2007, 776 Rn. 11). Als weitere Erleichterung kommt für den Beklagten hinzu, dass **nicht der Ausschluss der Schadensabwälzung** glaubhaft gemacht werden muss; vielmehr reicht es bereits aus, dass glaubhaft gemacht wird, dass der Schaden **nicht vollständig abgewälzt** worden ist. Eine Veranlassung, sowohl die Richtlinie (Art. 14 Abs. 2 S. 2) als auch das Gesetz (§ 33c Abs. 3) gegen den eindeutigen Wortlaut so auszulegen, dass die Konjunktion »wenn« durch die Konjunktion »soweit« ersetzt wird, besteht nicht (so aber Kersting in: Kersting/Podszun, Kap. 7 Rn. 124). Überlegungen, die Widerlegung der Weiterverwälzungsvermutung einschränkend auszulegen, weil der Nachweis, dass die Weiterwälzung »nicht vollständig« erfolgte, der Vermutung insgesamt nicht widerspricht (so Thomas ZHR 180 [2016], 45, 63) und somit die vollständige Widerlegung der Vermutung unlogisch wäre, verbieten sich angesichts der klaren Regelung in Art. 14 Abs. 2 S. 2 RL und § 33c Abs. 3 (vgl. BegrRegE BT-Drucks. 18/10207, S. 56), wenngleich festzustellen ist, dass die Regelung logisch inkonsistent ist.

b) Art. 15 KartellschadensersatzRL 2014/104/EU

- 66 Dem Richtliniengeber ist es u.a. bei den Regelungen zur Verhinderung von »Überkompensationen« (Art. 12 RL) nicht verborgen geblieben, dass die **Vermutungsregelung die Gefahr einer mehrfachen Anwendung auf verschiedenen Vertriebsstufen** in sich birgt. Infolge des Beweislastverteilungssystems besteht die Gefahr, dass es vermehrt zu widersprüchlichen gerichtlichen Entscheidungen bei Klagen von Abnehmern verschiedener Vertriebsstufen kommt. Man stelle sich nur den **Beispielfall** vor, dass ein Produkt von einem **Hersteller über zwei Absatzstufen** (Groß- und Einzelhandel) an die **Endverbraucher** abgesetzt wird. Geht man weiter davon aus, dass der Hersteller mit anderen Wettbewerbern ein Kartell gebildet hat, so kommen Ansprüche des direkten Abnehmers (des Großhändlers) und zweier indirekter Abnehmer (des Einzelhändlers und des Endverbrauchers) in Betracht. Die Anspruchsberechtigten auf allen drei Absatzstufen befinden sich in einer relativ komfortablen Position: (1) Der **Großhändler**, der den Preisaufschlag als Schaden geltend macht, kann sich darauf stützen, dass der Hersteller als Kartellmitglied genötigt ist, darzulegen und zu beweisen, dass er den Preisaufschlag auf seine Kunden abgewälzt hat. (2) Der **Einzelhändler**, der ebenfalls den Preisaufschlag als Schaden geltend macht, stützt sich auf die Vermutung der Schadensabwälzung und auch (3) der **Verbraucher** verweist ebenfalls darauf, für ihn streite die Vermutung, dass der Preisaufschlag vollständig auf ihn abgewälzt worden sei.

Im Zuge der Diskussion des Richtlinienvorschlags war von Seiten der Kommission zu vernehmen, dass dies mit einem **vernünftigen Court-Management** zu lösen sei. Dies ist eine naive Vorstellung, die prozessrechtlich ohne jedes Gewicht ist. Denn es geht nicht darum, dass der Richter, der über die Schadensersatzklage des indirekten Abnehmers entscheidet, Kenntnis davon hat, dass der gesamte Schaden dem direkten Abnehmer bereits zugesprochen worden ist. Mit diesem Wissen kann der deutsche Richter nichts anfangen, zumal wenn zugunsten des klagenden indirekten Abnehmers eine Vermutung der Schadensabwälzung auf ihn besteht.

Kann der Kartellant weder die Abwälzung des Preisaufschlages nach § 33c Abs. 1 nachweisen noch die Vermutung des § 33c Abs. 2 widerlegen, geht dies zweimal zu seinen Lasten und er wird wegen derselben Schadensposition doppelt verurteilt (vgl. Kirchhoff, WuW 2015, 952, 954 f.; Stomper, WuW 2016, 410, 413). Die Gefahr einer Mehrfachinanspruchnahme ist durch die Ver-

mutung in § 33c Abs. 2 im Vergleich zur bisherigen deutschen Rechtslage deutlich erhöht worden.

In der Generaldirektion Wettbewerb der Kommission, aus der der Vorschlag der Richtlinie 67 stammt, herrschte gleichwohl die Vorstellung, die Gefahr einer Mehrfachbelastung des Geschädigten sei gebannt, solange das Gericht, das über einen der drei Fälle zu entscheiden habe, **Kenntnis von den anderen beiden Verfahren** und deren Ergebnissen habe. Die Richtlinie enthält eine Bestimmung, die diesem Gedanken Rechnung tragen soll, die aber nicht ins deutsche Recht umgesetzt worden ist; es handelt sich um **Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie**; die Bestimmung lautet:

Um zu verhindern, dass Schadensersatzklagen von Klägern verschiedener Vertriebsstufen zu einer mehrfachen Haftung oder fehlenden Haftung des Rechtsverletzers führen, gewährleisten die Mitgliedstaaten, dass die mit einer Schadensersatzklage befassten nationalen Gerichte bei der Prüfung, ob die sich aus der Anwendung der Artikel 13 und 14 ergebende Beweislastverteilung beachtet ist, mit nach dem Unionsrecht oder dem nationalen Recht zur Verfügung stehenden Mitteln Folgendes gebührend berücksichtigen können:

- a) Schadensersatzklagen, die dieselbe Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht betreffen, aber von Klägern auf anderen Vertriebsstufen erhoben wurden;
- b) Urteile, mit denen über Schadensersatzklagen nach Buchstabe a entschieden wird;
- c) relevante Informationen, die infolge der öffentlichen Durchsetzung von Wettbewerbsrecht öffentlich zugänglich sind.

Die Frage, weshalb nicht versucht worden ist, diese Bestimmung ins deutsche Recht umzusetzen, wird in der BegrRegE nicht beantwortet.

c) Behandlung der Kenntnis von Klagen von Klägern anderer Vertriebsstufen als **allgemeinkundige oder gerichtskundige Tatsache** (§ 291 ZPO)

Zu erwägen ist, dem Gedanken des Art. 15 der Richtlinie dadurch Rechnung zu tragen, dass man 68 die Kenntnis von den anderen Verfahren und deren Ausgang als **allgemeinkundige oder gerichtskundige Tatsache nach § 291 ZPO** (je nachdem, woher das Wissen des Richters stammt) bewertet. Abgesehen davon, dass es nicht ohne Weiteres zu gewährleisten ist, dass der Richter von den Klagen der Abnehmer anderer Vertriebsstufen erfährt (in der Regel wird der beklagte Kartellant zu solchen anderen Verfahren vortragen), wäre mit der Information **wenig geholfen**. Auch die in den Erwägungsgründen der RL (Erw.Gr. 44) und von *Kirchhoff* (WuW 2015, 952, 956 ff.) angesprochene Möglichkeit der **Verbindung von miteinander in Zusammenhang stehenden Klagen** (§ 147 ZPO), oder die ebenfalls angesprochene Möglichkeit (Erw.Gr. 50) der **Aussetzung des Verfahrens bei Voreigenschaft** (§ 148 ZPO) helfen nicht weiter, weil es sich auch bei verbundenen Verfahren um eine Klagenhäufung handelt, (innerhalb deren der Richter über zwei verschiedene Prozessrechtsverhältnisse nach den jeweils für sie geltenden Beweisgrundsätzen zu entscheiden hat); insofern ändert sich durch die Verbindung nichts. Der Richter, der der **Klage des direkten Abnehmers** (Großhändlers) stattgibt, weil der Beklagte den Beweis einer Schadensabwälzung nicht erbracht hat, muss der **Klage des indirekten Abnehmers** (des Einzelhändlers) ebenfalls stattgeben, weil zu dessen Gunsten die Vermutung der Schadensabwälzung streitet. Da das Urteil, das der Großhändler erhat, nichts dazu sagt, ob er den Schaden **tatsächlich abgewälzt** hat oder nicht, sondern insofern nur eine **Beweislastentscheidung** trifft, steht der Erfolg der einen wie der anderen Klage nicht im Widerspruch zueinander. Hat der Richter auch noch die Klage eines Endverbrauchers, der wiederum für sich die Vermutung der Schadensabwälzung in Anspruch nimmt, mit den anderen beiden Klagen verbunden, gilt das Entsprechende: Der Umstand, dass der beklagte Kartellant weder im Prozess des Großhändlers noch im Prozess des Einzelhändlers die Nichtabwälzung des Schadens hat beweisen können, steht der Anwendung der Vermutung der Schadensabwälzung zu Gunsten des Endverbrauchers nicht im Wege, so dass allen drei miteinander verbundenen Klagen stattgegeben werden muss, ohne dass das Urteil in sich widersprüchlich wäre.

3. Ist die Streitverkündung die Lösung des Problems der Mehrfachbelastung?

- 69 Die Schwierigkeit besteht darin, die **Mehrfachbelastung bei einer Inanspruchnahme der Kartellanten durch den direkten Abnehmer auf der einen und durch indirekte Abnehmer auf der anderen Seite** oder durch mehrere indirekte Abnehmer auf unterschiedlichen Vertriebsstufen zu verhindern. Bereits die Kartellschadensersatz-Richtlinie stellt in Art. 3 Abs. 3 die Forderung auf, dass »der vollständige Ersatz des Schadens im Rahmen dieser Richtlinie ... nicht zur Überkompensation führen [darf], unabhängig davon, ob es sich dabei um Strafschadensersatz, Mehrfachentschädigung oder andere Arten von Schadensersatz handelt«. Dies ist freilich so einfach, wie sich dies der europäische Gesetzgeber vorgestellt hat, nicht zu erreichen, zumal sich das Problem durch die Vermutung der Schadensabwälzung (§ 33c Abs. 2) noch ganz erheblich verstärkt. Dabei ist zu bedenken, dass das Problem der Mehrfachbelastung nicht nur bei einer Inanspruchnahme durch den direkten und den indirekten Abnehmer entsteht, sondern auch dann, wenn indirekte Abnehmer, die auf verschiedenen Absatzstufen am Absatz des kartellbefangenen Gutes mitgewirkt haben und zu deren Gunsten **auf jeder Stufe auch die Vermutung der Schadensabwälzung streitet**, jeweils ihre Schadensersatzansprüche geltend machen.
- 70 Es scheint nicht fernzuliegen, bei dieser Konstellation an die Streitverkündung zu denken. Sie wäre in der Tat hilfreich, wenn es gelänge, die **Feststellung** aus dem Urteil, das der direkte Abnehmer erstritten hat (»dem Kläger ist es nicht gelungen, den kartellbedingten Preisaufschlag auf seine Abnehmer abzuwälzen«) **mit Bindungswirkung für den Prozess des indirekten Abnehmers** in der Weise auszustatten, dass auch in diesem Verfahren von der Nichtabwälzung des Preisaufschlags auszugehen wäre. Doch dies kann – wie sogleich zu zeigen ist (s.u. Rdn. 71 ff.) – die Streitverkündung nicht leisten. Dennoch hat der BGH offenbar in der Streitverkündung die Lösung des Problems der Mehrfachbelastung gesehen. In der »ORWI«-Entscheidung hat er hierzu folgendes ausgeführt (BGH, 28. 06. 2011 »ORWI«, BGHZ 190, 145 = WuW/E DE-R 3431, 3444, Rn. 73): »Solange nicht feststeht, in welchem Umfang die kartellbedingten Preiserhöhungen auf nachfolgende Marktstufen weitergegeben worden sind, kann sich der Schädiger **durch eine Streitverkündung vor doppelter Inanspruchnahme schützen**. Die Voraussetzungen der Streitverkündung nach § 72 Abs. 1 ZPO liegen vor, wenn der Kartellteilnehmer unabhängig vom Ausgang des durch einen direkten oder indirekten Abnehmer zunächst gegen ihn begonnenen Schadensersatzprozesses damit rechnen muss, auch von Abnehmern anderer Marktstufen in Anspruch genommen zu werden.« Der BGH führt dann aus, wann dies regelmäßig der Fall sein wird.

a) Praktische Schwierigkeiten mit der Streitverkündung?

- 71 Der BGH hat bereits auf eine **praktische Schwierigkeit** hingewiesen, an der die Streitverkündung scheitern kann: Häufig werden den Kartellteilnehmern, die indirekten Abnehmer, ggfls. wohl aber dem direkten Abnehmer **namentlich nicht bekannt** sein (so auch *Kirchhoff*, WuW 2012, 927, 931 f). Das Institut der Gesamtgläubigerschaft i.S.v. § 430 BGB mit einer Ausgleichspflicht im Innenverhältnis hilft nicht weiter, weil es an der Einheitlichkeit der zu beanspruchenden Leistung fehlt (s.o. Rdn. 8).

b) Streitverkündung bietet keine Möglichkeit, Mehrfachbelastung zu verhindern

- 72 Der Hinweis des BGH in der »ORWI«-Entscheidung geht aber aus einem anderen Grunde fehl. Dieser Einwand macht deutlich, dass der Rettungsring, den der BGH dem beklagten Kartellanten zuwirft, nicht trägt. **Dem Problem der Mehrfachbelastung der Schädiger ist bei Licht betrachtet mit der Streitverkündung nicht beizukommen** (Hinweis hierauf bereits bei *Bornkamm*, GRUR 2010, 501, 505): Anders, als der BGH meint, bietet die Streitverkündung dem Beklagten in der Regel **keine Möglichkeit, sich vor einer mehrfachen Inanspruchnahme zu schützen**.

Beispiel: Nehmen wir an, der beklagte Kartellant sei vom direkten Abnehmer wegen des Kartellschadens in Anspruch genommen worden und habe einem indirekten Abnehmer, der bereits seine Schadensersatzansprüche angemeldet hatte, den Streit verkündet; nehmen wir weiter an, der Kläger sei mit seiner Klage vollständig durchgedrungen, weil es dem Beklagten nicht gelungen ist, eine Schadensabwälzung und damit einen Vorteilsausgleich zugunsten des Klägers nachzuweisen. In diesem Fall gibt es in dem Urteil keine Aussage, die sich der Beklagte in dem folgenden Prozess des indirekten Abnehmers **kraft der Interventionswirkung** nach § 74 Abs. 3 i.V.m. § 68 ZPO zu-nutze machen könnte. Eine Aussage, die dem Beklagten im Prozess des indirekten Abnehmers helfen würde, müsste den Inhalt haben, dass der Klage des direkten Abnehmers stattgegeben wird, **weil eine Schadensabwälzung nicht stattgefunden habe**. Eine solche Aussage wird das Urteil, das der direkte Abnehmer erstritten hat, in aller Regel nicht enthalten; es ist kein Grund ersichtlich, warum das Gericht, das über diese Klage des direkten Abnehmers entscheidet, Feststellungen dazu treffen sollte, dass eine Schadensabwälzung nicht stattgefunden habe. Es wird sich vielmehr – einer richterlichen Tugend folgend – in seinen Aussagen auf das beschränken, was für die Entscheidung des in Rede stehenden Rechtsstreits erforderlich ist. Um der Klage, wie geschehen, in vollem Umfang stattzugeben, reicht aber die Aussage aus, dass der Beklagte nicht in der Lage gewesen sei, die von ihm behauptete Schadensabwälzung auf indirekte Abnehmer substantiiert vorzutragen bzw. zu beweisen. 73

Anders verhält es sich nur, wenn zunächst der indirekte Abnehmer klagt. Verkündet hier der beklagte Kartellant dem direkten Abnehmer den Streit, weil er damit rechnet, von diesem auch noch in Anspruch genommen zu werden, und wird der Klage des indirekten Abnehmers mit der Begründung stattgegeben, dass eine Abwälzung des Preisaufschlags auf ihn stattgefunden habe, so kann **hinsichtlich dieser Aussage eine Interventionswirkung in Betracht kommen**, d.h. der direkte Abnehmer, der im Rahmen seiner Klage mit dem Urteil, das der indirekte Abnehmer erstritten hat, konfrontiert wird, wird nicht mehr mit der Behauptung gehört, dass es ihm nicht gelungen sei, den Preisaufschlag auf den indirekten Abnehmer abzuwälzen. Es bleibt dem direkten Abnehmer aber unbenommen vorzutragen, dass es ihm nur gelungen sei, den Preisaufschlag in diesem einen Fall abzuwälzen, während im Verhältnis zu allen anderen indirekten Abnehmern keine Abwälzung stattgefunden habe. 74

Eine andere Frage ist, ob eine solche, dem beklagten Kartellanten günstige **Interventionswirkung** auch dann in Betracht kommt, wenn der Klage des indirekten Abnehmers nicht aufgrund einer Feststellung der Schadensabwälzung, sondern **allein aufgrund der widerleglichen Vermutung des § 33c Abs. 2 stattgegeben** worden ist. Hat der beklagte Kartellteilnehmer, nachdem er vom indirekten Abnehmer auf Schadensersatz in Anspruch genommen worden ist, dem direkten Abnehmer den Streit verkündet, so wird dieser im Rechtsstreit mit dem Kartellteilnehmer **nach §§ 74, 68 ZPO** nicht mit der Behauptung gehört, der Erstprozess – also der Prozess des indirekten Abnehmers gegen den Kartellanten – sei unrichtig entschieden worden. Gleichwohl kann der direkte Abnehmer, wenn er seinerseits den Kartellanten auf Zahlung von Schadensersatz in Anspruch nimmt, in diesem zweiten Prozess vortragen, dass ihm eine Abwälzung des Schadens auf den indirekten Abnehmer nicht gelungen sei. Denn mit dieser Behauptung stellt er sich nicht auf den (ihm verwehrten) Standpunkt, der Erstprozess des indirekten Abnehmers gegen den Kartellanten sei falsch entschieden worden. Das wäre nur dann der Fall, wenn im Erstprozess festgestellt worden wäre, dass eine Abwälzung des Schadens vom direkten auf den indirekten Abnehmer wirklich stattgefunden hätte. Eine solche Feststellung ist aber im Erstprozess gerade nicht getroffen worden. Im Erstprozess ist lediglich entschieden worden, dass zugunsten des indirekten Abnehmers die Abwälzung des Schadens auf ihn vermutet werde. Mit dieser Vermutung, die ja gerade nichts darüber aussagt, ob die Schadensabwälzung tatsächlich erfolgt ist oder nicht, steht die Behauptung des Kartellanten, der direkte Abnehmer habe den Schaden auf den indirekten Abnehmer abgewälzt nicht im Widerspruch. 75

J. Schadensschätzung nach § 287 ZPO (§ 33c Abs. 5)

- 76 Was den Umfang der Abwälzung angeht, kann der Richter auf § 287 ZPO zurückgreifen. Grundsätzlich hat das beklagte Kartellmitglied nicht nur eine Abwälzung des Preisaufschlags an sich, sondern auch den Umfang der Abwälzung darzulegen und zu beweisen. Für den Beklagten ist es nicht damit getan, dass er eine Abwälzung gegenüber einzelnen Abnehmern dartut und beweist. Operiert der direkte Abnehmer mit individuell ausgehandelten Preisen, fällt naturgemäß der Nachweis, dass eine Abwälzung gegenüber allen Abnehmern des Klägers stattgefunden habe, schwer. In dieser Situation kommt dem Beklagten die Beweiserleichterung des § 287 ZPO zugute; denn nach § 287 ZPO reicht für die richterliche Überzeugungsbildung eine deutlich überwiegende, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit aus, dass ein Schaden entstanden ist (vgl. *BGH*, 12. 07. 2016 »Lottoblock II«, BGHZ 211, 16 Rn. 41 = WuW 2016, 488). Damit kann dem Richter aufgrund des Nachweises einer Abwälzung gegenüber verschiedenartigen Kunden der Schluss erlaubt sein, dass generell eine Abwälzung des Preisaufschlags stattgefunden hat (zur Anwendung des § 287 ZPO für die Bemessung des Schadens generell, s. § 33a Rdn. 33 ff.).

Nach der Gesetzesbegründung (BegrRegE, BT-Drucks. 18/10207, S. 57) können die Gerichte im Rahmen der Schätzung die nach Art. 16 KSERL herauszugebenden Leitlinien der Kommission berücksichtigen, »wie der Teil des auf den mittelbaren Abnehmer abgewälzten Preisaufschlags zu schätzen ist.« Nach § 33c Abs. 5 findet § 287 ZPO allgemein »bei der Entscheidung über den Umfang der Schadensabwälzung« entsprechende Anwendung. Damit soll § 287 ZPO in allen Fällen der Abwälzung des kartellbedingten Schadens Anwendung finden. § 33c Abs. 5 ist nach § 186 Abs. 3 auch auf Schadensersatzansprüche anwendbar, die vor dem 26. 12. 2016 entstanden sind. Die Vorschrift zählt damit offenbar nicht zu den materiell-rechtlichen Vorschriften, für die Art. 22 der KSERL eine Rückwirkung verbietet, sondern zu den prozessualen Vorschriften.

§ 33d Gesamtschuldnerische Haftung

(1) Begehen mehrere gemeinschaftlich einen Verstoß im Sinne des § 33a Absatz 1, sind sie als Gesamtschuldner zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Im Übrigen finden die §§ 830 und 840 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung.

(2) Das Verhältnis, in dem die Gesamtschuldner untereinander für die Verpflichtung zum Ersatz und den Umfang des zu leistenden Ersatzes haften, hängt von den Umständen ab, insbesondere davon, in welchem Maß sie den Schaden verursacht haben. Im Übrigen finden die §§ 421 bis 425 sowie § 426 Absatz 1 Satz 2 und Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung.

(3) Verstoßen mehrere Unternehmen gegen die §§ 1 oder 19 oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union, so ist die Verpflichtung eines kleinen oder mittleren Unternehmens im Sinne der Empfehlung 2003/361/EG der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (ABl. L 124 vom 20. 5. 2003, S. 36) zum Schadensersatz nach § 33a Absatz 1 auf den Ersatz des Schadens beschränkt, der seinen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten aus dem Verstoß entsteht, wenn

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

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