

**Das allgemeine Wettbewerbsrecht
in der Siebten GWB-Novelle**

**Sondergutachten der Monopolkommission gemäß
§ 44 Abs. 1 Satz 4 GWB**

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	1
1. Anlass und Ziele der Siebten GWB-Novelle.....	2
2. Die Änderungen im Zusammenhang mit dem neuen europäischen Rechtsrahmen.....	3
2.1 Die Grundzüge des Gesetzentwurfs.....	3
2.2 Anpassung an das europäische Recht im Bereich der Kartell- und Missbrauchsaufsicht?.....	6
2.2.1 Anpassung der §§ 1 ff. GWB an Art. 81 EGV.....	6
2.2.2 Beibehaltung der deutschen Regeln zur Missbrauchsaufsicht.....	9
2.3 Befugnisse der Kartellbehörden im Verwaltungs- und Bußgeldverfahren.....	11
2.3.1 Ermittlungs- und Entscheidungsbefugnisse im Verwaltungsverfahren.....	11
2.3.2 Ausgestaltung des Bußgeldverfahrens.....	14
2.4 Der Aufbau eines funktionsfähigen Behördennetzes.....	16
2.5 Zivilrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts	19
2.5.1 Verzicht auf die Schutzgesetzverletzung.....	21
2.5.2 Beweiserleichterungen.....	22
2.5.2.1 Bindungswirkung in- und ausländischer Behörden- und Gerichtsentscheidungen.....	23
2.5.2.2 Sonstige Beweiserleichterungen.....	32
2.5.3 Schadensersatz.....	33
2.5.3.1 Umfang der Schadensersatzpflicht.....	33
2.5.3.2 Ausschluss der "passing on defense" und Klagerechte von Folgevertragspartnern.....	36
2.5.3.3 Mehrfacher Schadensersatz.....	40
2.5.4 Die Rolle der Verbraucherschutzorganisationen.....	45
2.5.4.1 Beseitigungs- und Unterlassungsklagen durch Verbraucherverbände.....	47
2.5.4.2 Schadensersatzklagen von Verbraucherverbänden.....	48
2.5.4.3 Vorteilsabschöpfung durch Verbände.....	51
2.5.5 Streitwert.....	51
3. Aspekte der allgemeinen Fusionskontrolle.....	54
3.1 Die Grundzüge des Gesetzentwurfs.....	54
3.2 Die Einschränkung des vorläufigen Rechtsschutzes bei Drittklagen.....	55
3.3 Mündliche Verhandlung im behördlichen Kartellverfahren.....	58
3.4 Heilung von Verfahrens- und Formfehlern.....	60
3.5 Vermutungsregelung für Verhaltensauflagen.....	61
3.6 Streitwertdeckelung.....	64
4. Rückführung der Ausnahmebereiche.....	66
5. Empfehlungen.....	67

Vorwort

1. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit hat am 17. Dezember 2003 einen Referentenentwurf für die Siebte GWB-Novelle vorgelegt, dem im Februar 2003 ein Entwurf von Eckwerten einer Siebten GWB-Novelle vorausgegangen war. Das Ministerium reagiert damit im Wesentlichen auf die *EG-Verordnung 1/2003*, die am 1. Mai 2004 in Kraft treten wird und eine grundlegende Umstrukturierung des europäischen Kartellverfahrensrechts mit sich bringt.¹ Einen weiteren zentralen Punkt des Gesetzentwurfs bildet die Modifizierung der *pressefusionskontrollrechtlichen Vorschriften*. Sie wurde in erster Linie durch das Ministererlaubnisverfahren in dem Fall Holtzbrinck/Berliner Verlag im letzten Jahr angestoßen.

2. Die Siebte GWB-Novelle sollte nach ursprünglichen Planungen zeitgleich mit der VO 1/2003 am 1. Mai 2004 in Kraft treten, um in dem geänderten europarechtlichen Rechtsrahmen eine effektive nationale Wettbewerbskontrolle sicherzustellen. Aufgrund von Verzögerungen im Zusammenhang mit den geplanten Änderungen der Pressefusionskontrolle dürfte dieses Ziel nicht mehr erreichbar sein. Gegenwärtig findet die Abstimmung zwischen den Ressorts statt, die Weitergabe an den Bundesrat ist für März geplant. Ein In-Kraft-Treten des Gesetzes erst zum 1. Januar 2005 ist wahrscheinlich.

3. Die Monopolkommission hat die Veränderungen des europäischen Kartellverfahrensrechts in der Vergangenheit kritisch verfolgt und ihre Empfehlungen in zwei Sondergutachten dargelegt. In dem erwähnten Ministererlaubnisverfahren hat sie gemäß § 40 Abs. 4 Satz 2 GWB zweimal Stellung genommen. In dem nun vorliegenden Sondergutachten äußert sich die Monopolkommission zu der geplanten GWB-Novelle mit Ausnahme der pressefusionskontrollrechtlichen Änderungen, zu denen sie ein eigenes Sondergutachten erstellt.

Zu der Frage des Ausschlusses der "passing on defense" im deutschen Kartellschadensersatzrecht hat die Monopolkommission eine Stellungnahme von Herrn Wenzel Bulst eingeholt.

Die Monopolkommission bedankt sich bei ihrer wissenschaftlichen Mitarbeiterin Frau Juliane Scholl, die die vorliegende Stellungnahme federführend betreut hat.

¹ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EG Nr. L 1 vom 4. Januar 2003, S. 1 ff.

1. Anlass und Ziele der Siebten GWB-Novelle

4. Der Gesetzentwurf vom 17. Dezember 2003 ist im Wesentlichen eine Reaktion auf die *Reform des europäischen Kartellverfahrensrechts* in Form der VO 1/2003. Diese wird zum 1. Mai 2004 in Kraft treten und hat einen umfassenden Systemwechsel bei der Anwendung des europäischen Kartellrechts zum Gegenstand. Das präventiv wirkende Anmeldesystem wird zugunsten eines nachträglich wirkenden Legalausnahmesystems aufgegeben. Unternehmen müssen ihre Absprachen also nicht mehr anmelden, sondern können selbst entscheiden, ob ihre Vereinbarungen gegen das Kartellverbot des EG-Vertrags verstoßen. Eine behördliche oder gerichtliche Kontrolle findet nur im Nachhinein statt. Darüber hinaus gibt die Europäische Kommission ihre bislang ausschließliche Zuständigkeit für die Anwendung des Freistellungstatbestandes gemäß Art. 81 Abs. 3 EGV auf. Zukünftig soll eine dezentrale Anwendung des Art. 81 Abs. 3 EGV durch die einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden stattfinden, ferner haben auch nationale Gerichte Art. 81 Abs. 3 EGV unmittelbar anzuwenden. Mit diesem Systemwechsel ist eine erhebliche Ausweitung des Vorrangs europäischen Rechts im Bereich der Kartellaufsicht verbunden. Hingegen kann sich in der Missbrauchsaufsicht nach wie vor strengeres nationales Recht gegenüber Art. 82 EGV durchsetzen.

5. Der Gesetzgeber nutzt die anstehende Novelle des GWB darüber hinaus zur Modifizierung einzelner Verfahrensvorschriften im Bereich der *allgemeinen Fusionskontrolle*. Dies betrifft sowohl das behördliche als auch das gerichtliche Verfahren. Auslöser für die geplanten Reformen dürfte in erster Linie das Ministererlaubnisverfahren E.ON/Ruhrgas sein, in dessen Verlauf verfahrensrechtliche Aspekte eine erhebliche, zum Teil streitentscheidende Rolle gespielt haben.

6. Für eine Anpassung der materiellen Regelungen der allgemeinen Fusionskontrolle an europäische Vorgaben sieht der Gesetzgeber jedenfalls derzeit keine Veranlassung. In materieller Hinsicht sollen allerdings die Vorschriften der *Pressefusionskontrolle* geändert werden. Den Anstoß hierfür gab das Zusammenschlussvorhaben Holtzbrinck/Berliner Verlag, das nach der Untersagung durch das Bundeskartellamt ebenfalls in ein Ministererlaubnisverfahren mündete.

7. Laut Begründung verfolgt der Gesetzentwurf das vorrangige Ziel der *Angleichung des nationalen Kartellrechts* an das europäische Recht. Als weiteres Ziel der geplanten GWB-Reform wird die Erhaltung und Stärkung des Wettbewerbsprinzips genannt.

2. Änderungen im Zusammenhang mit dem neuen europäischen Rechtsrahmen

2.1 Die Grundzüge des Gesetzentwurfs

8. Die Grundzüge der Novelle lassen sich nach dem Referentenentwurf (GWB-E) vom 17. Dezember 2003 wie folgt zusammenfassen:

- Die beiden ersten Abschnitte des GWB sollen praktisch komplett gestrichen und durch wenige Paragraphen ersetzt werden, die im Kern den Wettbewerbsbestimmungen des EG-Vertrags entsprechen. Das Kartellverbot des § 1 GWB-E wird auf *vertikale* Wettbewerbsbeschränkungen erstreckt, die speziellen Freistellungstatbestände werden bis auf eine Ausnahme zugunsten einer Generalklausel (§ 2 GWB-E) abgeschafft. Nur für die Mittelstandskartelle soll es weiterhin bei einem Einzelfreistellungstatbestand bleiben (§ 3 GWB-E). Außerdem wird das Per-se-Verbot von Preisbindungen der zweiten Hand mit § 4 GWB-E aufrechterhalten.

Die Verfahrensvorschriften der §§ 9 ff. GWB zur Anmeldung von Kartellen, zum Widerspruchs- und Genehmigungsverfahren etc. entfallen, stattdessen wird das Legalausnahmesystem aus der VO 1/2003 in das deutsche Recht übernommen.

- Die Regelungen zur Missbrauchsaufsicht (§§ 19 ff. GWB-E) bleiben *weitgehend unverändert* bestehen. Die Vorschrift des § 19 Abs. 2 GWB-E wird durch eine Formulierung bezüglich des räumlich relevanten Marktes ergänzt. Sie stellt klar, dass der räumlich relevante Markt aus ökonomischer Sicht abzugrenzen und nicht auf das Bundesgebiet beschränkt ist. Die besonderen Regelungen über Preisempfehlungen (§§ 22, 23 GWB) werden aufgehoben.
- Die neuen §§ 22 und 23 GWB-E verpflichten die deutschen Kartellbehörden zur parallelen Anwendung des deutschen und europäischen Rechts und zur europafreundlichen Auslegung und Anwendung.
- Die Vorschriften über Wettbewerbsregeln bleiben in den §§ 25 ff. GWB-E erhalten.
- Die behördlichen Befugnisse im Rahmen der Kartell- und Missbrauchsaufsicht (§§ 32 ff., 34 GWB-E) werden *angepasst und teilweise ausgedehnt*. Die Regelung des § 32 GWB-E erweitert die bisherige Untersagungsbefugnis um die Möglichkeit der positiven Tenorierung und der nachträglichen Feststellung eines Kartellverstoßes. Die Vorschrift über einstweilige Maßnahmen wird bei gleichzeitiger Einführung einer zeitlichen Befristung neu ge-

fasst (§ 32a GWB-E). Das Instrument von Verpflichtungszusagen wird mit § 32b GWB-E erstmals eingeführt. Die Kartellbehörden können gemäß § 32c GWB-E per Entscheidung feststellen, dass kein Anlass zum Tätigwerden besteht. Nach § 32d GWB-E können die Kartellbehörden den Vorteil einer nach § 2 Abs. 2 GWB-E entsprechend anwendbaren Gruppenfreistellungsverordnung entziehen. Für das Bundeskartellamt wird eine Enquêtebefugnis geschaffen (§ 32e GWB-E). Gleichzeitig werden die Möglichkeiten der behördlichen Vorteilsabschöpfung erweitert (§ 34 GWB-E).

- Die zivilrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts soll durch eine Reihe von Maßnahmen gestärkt werden (§§ 33, 34a, 89a GWB-E). Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche nach § 33 GWB-E kann künftig jeder "*Betroffene*" geltend machen. Die Verletzung einer Schutznorm, wie sie das bisherige Recht fordert, wird nicht mehr vorausgesetzt. Eine weitere Öffnung der Klagemöglichkeit enthält § 33 Abs. 2 GWB-E, wonach neben den Betroffenen und den Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen künftig auch sog. qualifizierte Einrichtungen, d.h. Verbraucherschutzorganisationen, auf Unterlassung klagen dürfen.

Daneben wird der Schadensersatzanspruch durch die in § 33 Abs. 3 bis 5 GWB-E eingefügten Regelungen in mehrfacher Hinsicht *aufgewertet*. Gemäß § 33 Abs. 3 GWB-E kann sich der Schädiger in gewissen Fällen nicht auf eine Vorteilsausgleichung als Schadensminderung berufen. Daneben ist es dem Geschädigten künftig erlaubt, anstelle der Geltendmachung seines konkreten Schadens vom Schädiger die Herausgabe des Gewinns aus dem Kartellrechtsverstoß zu verlangen. Zudem wird der Schadensersatzanspruch ab dem Zeitpunkt des Schadensereignisses verzinst. Nach § 33 Abs. 4 GWB-E ist das inländische Gericht an eine bestandskräftige Entscheidung der Kartellbehörde, der Europäischen Kommission, der Wettbewerbsbehörde oder des als solche handelnden Gerichts in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft, durch die das Vorliegen eines kartellrechtlichen Verstoßes festgestellt wird, gebunden. Das Gleiche soll für rechtskräftige Gerichtsentscheidungen gelten, die infolge der Anfechtung von Entscheidungen einer der genannten Wettbewerbsbehörden ergangen sind. Die Vorschrift des § 33 Abs. 5 GWB-E enthält eine spezielle Verjährungsregelung, wonach die Verjährung eines Schadensersatzanspruches gehemmt wird, solange ein behördliches Kartellverfahren läuft.

- Mit der Vorschrift des § 34a GWB-E wird ein subsidiärer Anspruch der wirtschaftlichen Verbände und Verbraucherschutzorganisationen auf *Vorteilsabschöpfung* eingeführt. Wie in § 10 des UWG-Entwurfs ist der Anspruch auf vorsätzliches Verhalten des Zuwiderhan-

delnden beschränkt. Erzielte Erlöse sind nach Abzug der zur Geltendmachung des Anspruchs erforderlichen Aufwendungen an die Staatskasse abzuführen.

- In diesem Zusammenhang ist auch die Regelung des § 89a GWB-E zu nennen, wonach das Gericht in einem Verfahren nach § 33 oder 34a GWB-E auf Antrag einer Partei die Prozesskosten nach einem an die Wirtschaftslage dieser Partei angepassten Teil des Streitwerts bemessen kann.
- Die Zuständigkeitsverteilung zwischen Landeskartellbehörden und Bundeskartellamt wird durch die Möglichkeit zur gegenseitigen Verfahrensabgabe *flexibilisiert* (§ 49 GWB-E). Die Landeskartellbehörden werden zur Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts ermächtigt und verpflichtet (§ 50 GWB-E). Für die Mitwirkung an Verfahren der Europäischen Kommission sowie für die Beteiligung am Behördennetz bleibt allerdings allein das Bundeskartellamt zuständig.
- § 50a GWB-E betrifft die Zusammenarbeit der Kartellbehörden mit der Europäischen Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden innerhalb des europäischen *Behördennetzes*. Die Vorschrift bezieht sich nur auf Verfahren nach Art. 81 und 82 EGV und übernimmt im Wesentlichen die Regelungen zum Informationsaustausch und diesbezüglichen Einschränkungen in Art. 12 VO 1/2003.
- Die §§ 81 ff. GWB-E enthalten eine Reihe von Vorschlägen, die das Bußgeldverfahren im Sinne einer *verschärften* nachträglichen Kontrolle ändern. Zu nennen ist in erster Linie die Erhöhung des Bußgeldrahmens von 1 Mio. DM auf 2 Mio. € sowie von 50.000 DM auf 100.000 € gemäß § 81 Abs. 2 GWB-E. Daneben wird den Kartellbehörden die Befugnis übertragen, selbständige Verfahren gegen juristische Personen oder Personenvereinigungen zu führen (§ 82 Abs. 1 GWB-E). Gemäß § 82a GWB-E soll die Zuständigkeit im gerichtlichen Bußgeldverfahren bei den Kartellbehörden und nicht mehr bei der Staatsanwaltschaft liegen. Die Vorschrift des § 81 Abs. 7 GWB-E sieht eine Verjährungsunterbrechung vor, solange die EU-Kommission oder eine Wettbewerbsbehörde der Mitgliedstaaten mit einem Bußgeldverfahren gegen dieselbe Vereinbarung oder Verhaltensweise befasst ist.
- Die Zusammenarbeit der Gerichte mit der EU-Kommission und den Kartellbehörden wird in § 90a GWB-E geregelt, der sich an dem Vorbild des Art. 15 VO 1/2003 orientiert. Die Gerichte sind in allen gerichtlichen Verfahren, in denen Art. 81 oder 82 EGV zur Anwendung kommt, verpflichtet, der Europäischen Kommission eine Kopie jedes schriftlichen Urteils zu übermitteln. Die Kommission kann ihrerseits den Gerichten aus eigener Initiati-

ve schriftliche Stellungnahmen zukommen lassen und auch mündlich Stellung nehmen. Außerdem können die Gerichte die Kommission um Übermittlung von Informationen oder eigenen Stellungnahmen ersuchen.

2.2 Anpassung an das europäische Recht im Bereich der Kartell- und Missbrauchs-aufsicht?

2.2.1 Anpassung der §§ 1 ff. GWB an Art. 81 EGV

9. Nach Auffassung des Gesetzgebers folgen aus dem Vorrang des europäischen Rechts im Bereich des Art. 81 EGV zwei Alternativen für die Ausgestaltung des deutschen Wettbewerbsrechts: Für Vereinbarungen mit *zwischenstaatlicher* Bedeutung bestehe die Möglichkeit, entweder nur europäisches Recht anzuwenden – das nationale Recht könne dann unverändert bleiben – oder die parallele Anwendung von europäischem und nationalem Recht festzulegen. In letzterem Fall dürfe das nationale Recht im Ergebnis nicht von Art. 81 EGV abweichen, müsse also gegebenenfalls angepasst werden. Soweit Vereinbarungen *keine zwischenstaatlichen* Auswirkungen haben, könne das deutsche Recht in seiner jetzigen Form beibehalten werden. Der Gesetzgeber sei allerdings auch insoweit nicht an einer Anpassung an das europäische Recht gehindert.

Das Ministerium hat sich in Bezug auf zwischenstaatlich bedeutsame Fälle für eine *parallele Anwendung* des europäischen und des deutschen Rechts entschieden. Zur Begründung führt es insbesondere die fehlende begriffliche Schärfe der Zwischenstaatlichkeitsklausel nach Art. 81 EGV an. Die parallele Anwendung des europäischen und nationalen Rechts auf Vereinbarungen mit Zwischenstaatlichkeitsbezug stelle sicher, dass vor allem in Zweifelsfällen die Rechtmäßigkeit der behördlichen Entscheidungen nicht in Frage gestellt sei, sofern nationales und europäisches Wettbewerbsrecht zum gleichen Ergebnis komme. Für Vereinbarungen ohne zwischenstaatliche Auswirkungen sieht der Gesetzentwurf die weitestgehende Übernahme des europäischen Rechts vor. Für diese Anpassung des nationalen Rechts an die europäischen Regelungen spreche insbesondere das Gebot der Gleichbehandlung. Betroffene Unternehmen sollen unabhängig davon, ob ihr Verhalten zwischenstaatliche Auswirkungen habe oder nicht, identischen Wettbewerbsregeln unterliegen.

10. Hieraus resultieren nach Auffassung des Gesetzgebers folgende Konsequenzen für die rechtliche Behandlung von horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen:

- Zum einen sollen horizontale und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen durch die Neuformulierung des § 1 GWB-E, die Art. 81 Abs. 1 EGV ohne Regelbeispiele entspricht,

künftig *gleich behandelt* werden. Die Vorschriften der §§ 14 bis 18 GWB werden abgeschafft, nur in § 4 GWB-E findet sich ein Verbot von Preisbindungen wieder. Mit der geplanten Regelung entfällt das Missbrauchsprinzip für Vertikalvereinbarungen zugunsten eines generellen Verbotsprinzips,

- Zum zweiten werden (fast) alle speziellen Freistellungstatbestände zugunsten einer *Generalklausel* in § 2 Abs. 1 GWB-E, die der Regelung des Art. 81 Abs. 3 EGV entspricht, abgeschafft. Die spezifischen Freistellungstatbestände der §§ 3, 4 Abs. 2, 5, 6 und 7 GWB entfallen. Es bleibt allein der mittelstandsschützende Freistellungstatbestand des § 4 Abs. 1 GWB (jetzt § 3 GWB-E) erhalten. Die Möglichkeit einer Ministererlaubnis gemäß § 8 GWB wird ebenfalls aufgehoben,
- Drittens wird das *Legalausnahmesystem* in das deutsche Wettbewerbsrecht übernommen, die Verfahrensvorschriften in den §§ 9 ff. GWB zur Anmeldung von Kartellen, zum Widerspruchs- und Genehmigungsverfahren etc. entfallen. Es wird eine dynamische Verweisung auf die Gruppenfreistellungsverordnungen der EG bei der Anwendung des europäischen und des deutschen Wettbewerbsrechts eingeführt (§ 2 Abs. 2 GWB-E).
- Schließlich bestätigt § 22 GWB-E die Verpflichtung der deutschen Wettbewerbsbehörden zur parallelen Anwendung des deutschen und europäischen Rechts sowie den Vorrang des Art. 81 EGV gemäß Art. 3 VO 1/2003, während mit § 23 GWB-E die Verpflichtung statuiert wird, bei Anwendung der §§ 1 bis 4 und 19 GWB-E die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts zu berücksichtigen.

11. Die Monopolkommission hat während der Reformdiskussion wiederholt kritisch zu dem in der VO 1/2003 vorgesehenen System Stellung genommen. Sie hat insbesondere die *Nachteile* des Legalausnahmesprinzips im Vergleich zu einem behördlichen Erlaubnissystem sowie die Risiken der dezentralen Anwendung des europäischen Rechts dargelegt und daraus resultierende Folgeprobleme aufgezeigt.² Erinnert sei hier nur an die aus dem Legalausnahmesystem resultierenden Transparenzverluste auf Seiten der Wettbewerbsbehörden, der Konkurrenten und sonstiger Marktteilnehmer sowie an die Gefahren, die aus einem Rückzug der behördlichen Kontrolltätigkeit und deren Verlagerung auf Private und nicht spezialisierte Gerichte resultieren. Noch stehen in Europa keine geeigneten Rahmenbedingungen zur Verfügung, die eine effektive Durchsetzung des Kartellrechts durch Private erlauben. Auch für die unaus-

² Monopolkommission, Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union?, Sondergutachten 28, Baden-Baden 1999; dies., Folgeprobleme der europäischen Kartellverfahrensreform, Sondergutachten 32, Baden-Baden, 2002.

weichlichen Zuständigkeits- und Kohärenzprobleme in einem dezentralisierten System stehen keine ausgereiften Lösungen bereit. Daraus wie aus der künftig erforderlichen Selbsteinschätzung von Unternehmen folgen erhebliche Rechtssicherheitsdefizite.

Tatsache ist jedoch, dass sich der rechtliche Rahmen auf europäischer Ebene kurzfristig ändern wird. Die VO 1/2003 ist beschlossen und wird am 1. Mai 2004 in Kraft treten. Mit einer *gerichtlichen Klärung* der Gesetz- und Rechtmäßigkeit der VO 1/2003 ist zwar nach wie vor zu rechnen. Wenn auch bislang kein Mitgliedstaat den Weg einer Vertragsverletzungsklage beschritten hat, wird eine Überprüfung der Verordnung spätestens dann stattfinden, wenn ein betroffenes Unternehmen gegen eine aufgrund der VO 1/2003 getroffene Maßnahme klagt. Die Gesetzmäßigkeit der Verordnung muss dann vom Gericht inzident geprüft werden. Allerdings lässt sich weder eine verlässliche Voraussage darüber treffen, zu welchem Zeitpunkt eine entsprechende Klage erhoben noch welche Auffassung der Europäische Gerichtshof in dieser Frage vertreten wird. Auch dürfte ein entsprechendes Gerichtsverfahren einige Zeit in Anspruch nehmen. Angesichts dieser Unsicherheiten und der Notwendigkeit, auch kurz- und mittelfristig eine effiziente Kartellrechtsdurchsetzung zu gewährleisten, ist die Ausgestaltung der nationalen Wettbewerbsregeln an den derzeit absehbaren europarechtlichen Gegebenheiten zu orientieren. Im Falle eines entsprechenden Urteilsspruchs des Europäischen Gerichtshofs, mit dem die VO 1/2003 für rechtswidrig erklärt wird, wäre das GWB allerdings erneut anzupassen.

12. In Anbetracht der beschriebenen Rechtsentwicklungen auf europäischer Ebene befürwortet die Monopolkommission eine Anpassung der §§ 1 ff. GWB an die europäischen Kartellregeln. Zwar dürfte Einigkeit darüber bestehen, dass insbesondere die Missbrauchskontrolle für vertikale Vereinbarungen ausreicht und einem allgemeinen Verbotsprinzip, das sowohl horizontale als auch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen erfasst, überlegen ist. Auch hat sich die Monopolkommission bei der Sechsten GWB-Novelle mit guten Gründen für die Beibehaltung der Einzelfreistellungstatbestände und gegen eine Generalklausel nach dem Muster des Art. 81 Abs. 3 EGV ausgesprochen.³ Vor dem Hintergrund des neuen europäischen Rechtsrahmens, insbesondere dem *erweiterten Vorrang* des Art. 81 EGV und den entsprechenden Verfahrensregeln, überwiegen aber die Vorteile einer Anpassung des deutschen Rechts deren Nachteile.

³ Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs, Hauptgutachten 1994/1995, Baden-Baden 1996, Tz. 945 ff.

Maßgebend für diese Auffassung sind in erster Linie die *Abgrenzungsprobleme* und *Umgebungsmöglichkeiten*, die mit der Beibehaltung abweichender nationaler Regelungen verbunden wären. Abgrenzungsprobleme ergeben sich aus der unscharfen Formulierung des Zwischenstaatlichkeitskriteriums und seiner weiten Interpretation durch den Europäischen Gerichtshof. Sie bergen zum einen die Gefahr, dass behördliche Entscheidungen allein wegen einer fehlerhaften Auslegung dieses Kriteriums gerichtlich angegriffen und aufgehoben werden, obwohl in der Sache die richtige Entscheidung getroffen wurde. Sie würden bei Beibehaltung abweichenden nationalen Rechts auch dazu führen, dass die Rechtsunsicherheit bei allen Betroffenen zunimmt. Dies gilt angesichts der künftigen Pflicht zur Selbsteinschätzung in besonderem Maße für die betroffenen Unternehmen. Daneben lassen es die weitreichenden Umgebungsmöglichkeiten auf Seiten potentieller Kartellmitglieder nicht sinnvoll erscheinen, abweichendes deutsches Recht beizubehalten. Unternehmen, die eine kartellrechtlich relevante Vereinbarung treffen wollen, können einen Zwischenstaatlichkeitsbezug auf relativ einfache Weise begründen. Dazu bedarf es noch nicht einmal der Einbeziehung eines Kartellpartners aus einem anderen Mitgliedstaat, vielmehr lässt sich durch geschickte räumliche "Positionierung" der Vereinbarung, etwa in grenznahen Gebieten, leicht ein Zwischenstaatlichkeitsbezug herstellen. Letztlich wären also die kartellierenden Unternehmen in der Lage darüber zu bestimmen, ob nationales oder europäisches Recht anwendbar ist, je nachdem welches Recht sich für sie gerade günstiger auswirkt.

2.2.2 Beibehaltung der deutschen Regeln zur Missbrauchsaufsicht

13. Im Hinblick auf den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen belässt Art. 3 VO 1/2003 den Mitgliedstaaten ausdrücklich die Möglichkeit, bei Fällen zwischenstaatlicher Bedeutung *strengeres* nationales Recht anzuwenden. Der erweiterte Vorrang des europäischen Rechts gilt insofern nicht. Das Ministerium hat sich dafür entschieden, die maßgeblichen Vorschriften der §§ 19 ff. GWB weitgehend unverändert zu belassen. Die Beibehaltung der deutschen Vorschriften wird damit begründet, dass ihr Anwendungsbereich gegenüber der europäischen Regelung weiter sei und dass eine stärkere Ausdifferenzierung existiere.

14. § 19 Abs. 2 GWB wird durch eine Formulierung bezüglich des räumlich relevanten Marktes ergänzt. Sie stellt klar, dass der räumlich relevante Markt aus *ökonomischer* Sicht abzugrenzen und nicht auf das Bundesgebiet beschränkt ist. Dasselbe Ziel sei bereits im Rahmen der Sechsten GWB-Novelle verfolgt worden, als in § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB das Kriterium der "Berücksichtigung des tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerbs durch innerhalb oder außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes ansässige Unternehmen" eingeführt wurde. Die

erneute Klarstellung sei notwendig, da sowohl das Bundeskartellamt als auch das OLG Düsseldorf noch nach der Sechsten GWB-Novelle weiterhin einen normativen, auf das Inland begrenzten räumlichen Marktbegriff verwendet hätten.

15. Bereits im Verlauf des europäischen Reformverfahrens hatte sich die Monopolkommission nachdrücklich für die Möglichkeit ausgesprochen, dass strengeres nationales Recht anwendbar bleiben müsse. Im Bereich der Missbrauchsaufsicht ergeben sich die damit verbundenen *Vorteile* beispielsweise aus der Beweislastverteilung bei der Regelung des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen gemäß § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB, aus der Ausdehnung der Missbrauchsaufsicht auf marktstarke Unternehmen und den Vermutungsregelungen, die im europäischen Recht keine Entsprechung haben.

16. Die wettbewerbliche Beurteilung auf der Grundlage des ökonomisch abgegrenzten Marktes vorzunehmen, ist aus wettbewerblicher Sicht sachgerecht. Eine derartige Abgrenzung dürfte sich nicht nur bei der Marktanteilsberechnung, sondern auch bei der Anwendung der Vermutungsschwellen und der Bagatellmarktklausel auswirken. Nach den Erkenntnissen der Monopolkommission hat das Bundeskartellamt den aus dem Ausland kommenden Wettbewerbsdruck schon bislang im Rahmen einer Gesamtbewertung berücksichtigt. Gegen die vorgesehene Klarstellung bestehen keine grundsätzlichen Bedenken, sofern bei der Feststellung eines über Deutschland hinausreichenden Marktes nicht normativ gedacht (Binnenmarkt), sondern in jedem Einzelfall der tatsächliche Markt ermittelt wird. Dabei können Staatsgrenzen sehr wohl bedeutsam bleiben, etwa wenn nationale Vorlieben der Verbraucher oder Sprach- bzw. sonstige Marktzutrittsbarrieren existieren. Aus verfahrensrechtlicher Sicht ist zu bedenken, dass das Bundeskartellamt außerhalb Deutschlands *keine Ermittlungsbefugnisse* besitzt. Im Ausland tätige Wettbewerber sind nicht zur Auskunftserteilung gegenüber dem Bundeskartellamt verpflichtet. Eine Verpflichtung ausländischer Wettbewerbsbehörden zur Unterstützung der deutschen Ermittlungstätigkeit besteht bislang ebenfalls nicht. Die Monopolkommission hatte bereits im Zusammenhang mit der europäischen Kartellverfahrensreform die Festschreibung derartiger Verpflichtungen angemahnt.⁴ Da diese auf europäischer Ebene bislang ausstehen, erscheint es um so wichtiger, dass wenigstens in Deutschland entsprechende Vorkehrungen getroffen werden.⁵

17. Die Monopolkommission hat in der Vergangenheit Regelungen gefordert, welche die sofortige Vollziehung von Entscheidungen nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB als *Regelfall* vorsehen

⁴ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 32, a.a.O., Tz. 53 ff.

⁵ Vgl. unten Abschnitt 2.4.

und bekräftigt diese Forderung.⁶ Im Rahmen der letzten Novelle zum Energiewirtschaftsgesetz wurde die aufschiebende Wirkung von Missbrauchsverfügungen der Kartellbehörden zwar im Bereich der Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze eingeführt.⁷ Eine allgemeine Regelung für sämtliche Fälle des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB gibt es aber bis jetzt noch nicht. Den Sofortvollzug lediglich für den Energiebereich gesetzlich zu verankern, erscheint nicht angemessen. Die sofortige Vollziehung behördlicher Verfügungen kann auch in anderen Branchen von entscheidender Bedeutung für den Erhalt wettbewerblicher Strukturen sein, die andernfalls unwiderruflich beeinträchtigt würden. Einer allgemeinen Regelung des Sofortvollzugs stehen auch Unzumutbarkeitserwägungen nicht entgegen. Nach den Vorschlägen der Monopolkommission soll dem marktbeherrschenden Unternehmen nämlich ein Anspruch auf Schadensersatz zustehen, falls sich im Nachhinein das Fehlen eines Zugangsanspruchs herausstellt. Im Übrigen kann der Marktbeherrscher auf die allgemeinen Rechtsschutzmöglichkeiten zurückgreifen und die Herstellung der aufschiebenden Wirkung bei Gericht beantragen.

2.3 Befugnisse der Kartellbehörden im Verwaltungs- und Bußgeldverfahren

2.3.1 Ermittlungs- und Entscheidungsbefugnisse im Verwaltungsverfahren

18. Die bestehenden Befugnisse der Kartellbehörden sollen laut Gesetzentwurf an die veränderte Rechtslage angepasst und gegebenenfalls erweitert werden. Dabei orientiert sich der Gesetzgeber weitgehend an den Befugnissen, wie sie bereits Art. 5 VO 1/2003 für die nationalen Wettbewerbsbehörden vorsieht, partiell geht er noch darüber hinaus. Im Einzelnen enthält der Entwurf folgende Vorschläge:

- die Erweiterung der bisherigen Untersagungsbefugnis um die Möglichkeit der positiven Tenorierung und der nachträglichen Feststellung eines Kartellverstoßes gemäß § 32 GWB-E,
- die Neufassung der Regelung über einstweilige Maßnahmen bei gleichzeitiger Einführung einer zeitlichen Befristung nach § 32a GWB-E,
- die Einführung des Instruments von Verpflichtungszusagen in § 32b GWB-E,
- die Einführung von Entscheidungen, mit denen festgestellt wird, dass kein Anlass zum Tätigwerden besteht (§ 32c GWB-E),

⁶ Vgl. Monopolkommission, Netzettbewerb durch Regulierung, Hauptgutachten 2000/2001, Baden-Baden 2003, Tz. 888.

⁷ Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 20. Mai 2003, BGBl. I S. 686, Art. 3.

- gemäß § 32d GWB-E die Möglichkeit zum Entzug einer nach § 2 Abs. 2 GWB-E entsprechend anwendbaren Gruppenfreistellungsverordnung,
- die Schaffung einer Enquêtebefugnis für das Bundeskartellamt nach § 32e GWB-E.

19. In weiten Teilen übernimmt der Gesetzentwurf lediglich Befugnisse, die den nationalen Wettbewerbsbehörden schon durch die VO 1/2003 eingeräumt werden. Dies gilt etwa für die Möglichkeit, Verpflichtungszusagen entgegenzunehmen oder Entscheidungen zu erlassen, wonach kein Anlass zum Tätigwerden besteht (Art. 5). Darüber hinaus eröffnet § 32 Abs. 3 GWB-E die Möglichkeit, Zuwiderhandlungen auch noch nachträglich festzustellen. Die Regelung des § 32e GWB-E verleiht dem Bundeskartellamt in Anlehnung an das Enquêterecht der Europäischen Kommission die Befugnis zur Untersuchung einzelner Wirtschaftszweige oder einzelner Arten von Vereinbarungen. Die Regelung des § 32d GWB-E erlaubt es der Kartellbehörde unter bestimmten Voraussetzungen, den Rechtsvorteil der nach § 2 Abs. 2 entsprechend anwendbaren Gruppenfreistellungsverordnung zu entziehen.

20. Der geplanten Anpassung und Erweiterung von behördlichen Befugnissen ist zuzustimmen. Sie bilden die *notwendige Voraussetzung* für eine effiziente Rechtsverfolgung durch die Wettbewerbsbehörden und werden auch die Mitarbeit in dem aufzubauenden europäischen Behördennetz wesentlich erleichtern. Die Neuausrichtung der Befugnisse ist größtenteils schon wegen des Übergangs zum Legalausnahmesystem unerlässlich. Innerhalb dieses Systems werden bestimmte, derzeit bestehende Handlungsalternativen wie z.B. die Freigabeentscheidungen gemäß § 10 GWB keine Rolle mehr spielen. Sie müssen daher durch behördliche Befugnisse ersetzt werden, die dem Legalausnahmeprinzip angepasst sind. Von besonderer Bedeutung sind etwa die Möglichkeiten, Unternehmen zur Abstellung von bestimmten als kartellrechtswidrig erkannten Verhaltensweisen zu verpflichten und alle erforderlichen Maßnahmen aufzugeben sowie Verpflichtungszusagen entgegenzunehmen. Dies hat auch der europäische Gesetzgeber erkannt, als er entsprechende Ermächtigungen in Art. 5 VO 1/2003 verankert hat.

21. Auch soweit der Gesetzentwurf den nationalen Kartellbehörden Befugnisse verleiht, die in der VO 1/2003 lediglich der Kommission zugewiesen werden wie etwa das Enquêterecht, bestehen keine rechtlichen Einwände. Die Bereitstellung eines umfassenden Maßnahmenkatalogs für die nationalen Kartellbehörden ist sinnvoll, um sicherzustellen, dass diese eine effiziente Wettbewerbskontrolle ausüben und eine aktive Rolle im geplanten Behördennetz spielen können. Aus der VO 1/2003 geht nicht hervor, dass die nationalen Behörden von be-

stimmten Handlungsmöglichkeiten ausgeschlossen sein sollen. Eine Ausnahme bildet nur Art. 10 VO 1/2003, wonach die Kommission aus Gründen des öffentlichen Interesses der Gemeinschaft durch Entscheidung feststellen kann, dass Art. 81 EGV auf eine Vereinbarung keine Anwendung findet. Diese Befugnis wird daher auch nicht auf die deutschen Kartellbehörden übertragen.

22. Soweit die *Enquêtebefugnis* betroffen ist, begrüßt die Monopolkommission eine solche Ermächtigung für das Bundeskartellamt. Mit dieser Befugnis wird dem Bundeskartellamt das Recht verliehen, Untersuchungen bestimmter Wirtschaftszweige wie auch – sektorübergreifend – bestimmter Arten von Vereinbarungen durchzuführen. Die Bestimmung des zu untersuchenden Sektors bzw. der Art von Vereinbarung unterliegt dem pflichtgemäßen Ermessen des Bundeskartellamtes. Die Enquêteuntersuchung stellt eine Ergänzung der Befugnisse des Bundeskartellamtes dar, die über die bisherigen Auskunftsrechte hinausgeht. Ein Auskunftsverlangen nach § 59 GWB erfordert einen konkreten Anfangsverdacht für einen bestimmten Kartellrechtsverstoß. Dies gilt nicht für Ermittlungen nach § 32e GWB-E. Bereits die *Vermutung*, dass der Wettbewerb möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht ist, kann die Grundlage für eine Enquêteuntersuchung bilden. Nach Auffassung des Ministeriums können Enquêteuntersuchungen auch eine Lücke schließen, die sich in der bisherigen Praxis ergeben hat, wenn sich Unternehmen aus Furcht vor Repressalien geweigert haben, bei Beschwerden ihren Namen zu offenbaren (sog. Ross- und-Reiter-Problematik).

Die Monopolkommission hatte bereits in ihrem ersten Sondergutachten die Forderung aufgestellt, der Kartellbehörde die Befugnis zu Sektorenuntersuchungen zu verleihen. Als Aufgreifkriterien hat sie damals Indizien für Wettbewerbsbeschränkungen genannt, wie sie Art. 12 VO 17/62 enthielt: Preisbewegungen, übereinstimmendes Verhalten von Wettbewerbern oder andere Umstände.⁸ In dem neuen System der Legalausnahme können Sektorenuntersuchungen dazu beitragen, die Informationsdefizite zu verringern, die durch die Abschaffung des behördlichen Genehmigungssystems im Bereich der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen entstehen. Die bürokratische Belastung der Unternehmensseite mit Auskunftspflichten dürfte sich in zumutbaren Grenzen halten, da Sektorenuntersuchungen eher relativ selten bleiben und nur temporär zu Auskunftsverlangen seitens des Bundeskartellamtes führen werden.

Zwar ist auch die Monopolkommission nach ihrem gesetzlichen Auftrag ermächtigt, ganze Wirtschaftsbranchen zu untersuchen. Zur Erfüllung ihrer Aufgaben stehen der Monopolkom-

⁸ Vgl. Monopolkommission, Anwendung und Möglichkeiten der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle, Sondergutachten 1, Baden-Baden 1975, Tz. 71 ff.

mission aber keinerlei Untersuchungsbefugnisse oder Auskunftsrechte gegenüber der Unternehmensseite zur Verfügung. Hinsichtlich aussagekräftiger Informationen ist die Kommission vielmehr auf die freiwillige Unterstützung durch die betroffenen Unternehmen angewiesen. Ein solches *Procedere* vermag eine mit wirksamen Sanktionsmechanismen versehene behördliche Enquêtebefugnis nicht zu ersetzen.

2.3.2 Ausgestaltung des Bußgeldverfahrens

23. Der Gesetzentwurf schlägt für den Bereich des Kartellrechts eine Reihe von Maßnahmen vor, die zu einer *Verschärfung* des Bußgeldverfahrens führen. Neben der Erhöhung des Bußgeldrahmens und der Verpflichtung, Geldbußen vom Tag der Verhängung an zu verzinsen, ist vor allem die Einführung selbständiger Bußgeldverfahren gegen Unternehmen zu nennen. Daneben ist auch die geplante Kompetenzänderung im gerichtlichen Bußgeldverfahren – anstelle der Staatsanwaltschaft sollen künftig die Wettbewerbsbehörden zuständig sein – von besonderer Bedeutung.

24. Die Einführung *selbständiger* Bußgeldverfahren gegen Unternehmen gemäß § 82 Abs. 1 GWB-E wird vorgeschlagen, weil im Kartellrecht gegen Unternehmen gerichtete Verfahren eine wichtige Rolle spielen und ein erheblich größeres wirtschaftliches Gewicht als Bußgeldverfahren gegenüber natürlichen Personen haben. Außerdem könnte die Verknüpfung von Bußgeldverfahren gegen natürliche Personen und Unternehmen die effektive Mitarbeit des Bundeskartellamtes im Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden beeinträchtigen. Art. 12 Abs. 3 VO 1/2003 sieht nämlich gewisse Beweisverwertungsbeschränkungen für den Fall vor, dass im Netzwerk ausgetauschte Informationen als Beweismittel für Sanktionen gegen natürliche Personen verwendet werden sollen. Informationen dürfen insbesondere dann nicht als Beweismittel verwendet werden, wenn sie in einer Weise erhoben worden sind, die hinsichtlich der Wahrung der Verteidigungsrechte natürlicher Personen nicht das gleiche Schutzniveau gewährleistet wie nach deutschem Recht.

25. Daneben wird in § 82a GWB-E die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden in *gerichtlichen* Bußgeldverfahren vorgesehen. Nach derzeitiger Rechtslage geht die Verfolgungszuständigkeit der Kartellbehörden auf die Staatsanwaltschaft über, sobald gegen den Bußgeldbescheid Einspruch erhoben worden ist. Die Staatsanwaltschaft ist nicht an die Feststellungen der Kartellbehörden gebunden, sondern kann den Bußgeldbescheid lediglich zur Grundlage ihrer weiteren Verfolgung machen. Laut Begründung führt diese Regelung im Bereich des Kartellbußgeldverfahrens zu einer unnötigen Doppelarbeit. Außerdem könne es zu wider-

sprüchlichen Ergebnissen staatlicher Stellen bei der Klärung identischer Sachverhalte kommen, da die Kartellbehörde in parallelen Kartellverwaltungsverfahren vor Gericht weiterhin zuständig bleibe.

26. Die Monopolkommission begrüßt die Verschärfung des Sanktionsrahmens vor dem Hintergrund, dass die präventive behördliche Kontrolle durch ein nachträglich wirkendes Legal- ausnahmesystem ersetzt wird. Die Monopolkommission hat bereits in ihrem Sondergutachten 28 darauf hingewiesen, dass die Europäische Kommission mit der Einführung des Legal- ausnahmeprinzips zu einem System der *Ex-post-Kontrolle durch Abschreckung* übergeht. In der Konsequenz eines solchen Systems liegt die Verschärfung der Sanktionen bis hin zu einer Kriminalisierung von Kartellrechtsverstößen, wie sie in den USA praktiziert wird.⁹

27. Im geltenden deutschen Ordnungswidrigkeitenrecht (§ 30 Abs. 4 OWiG) sind Bußgeldverfahren gegen Unternehmen lediglich als Annex zum Verfahren gegen natürliche Personen ausgestaltet. Die Monopolkommission *befürwortet* eine Änderung dieser Regelung im Bereich des Kartellrechts, denn die selbständige Verfolgung von Unternehmen gewährleistet eine effektivere Verfolgung kartellrechtswidriger Vereinbarungen und Verhaltensweisen. Selbst wenn feststeht, dass ein Unternehmen sich an Wettbewerbsbeschränkungen beteiligt hat, wird es häufig schwierig sein, das beschränkende Verhalten einer bestimmten natürlichen Person, die das Unternehmen repräsentiert, zuzurechnen. Die Notwendigkeit, einem konkreten Unternehmensvertreter das kartellrechtswidrige Verhalten nachzuweisen, erschwert die Arbeit der Wettbewerbsbehörden erheblich. Hinzu kommt, dass künftig eine effektive Zusammenarbeit im Behördennetzwerk nur möglich ist, wenn gegen Unternehmen selbständig vorgegangen werden kann. Dies ergibt sich aus den in Art. 12 Abs. 3 VO 1/2003 enthaltenen Verwertungshindernissen. Derartige Verwertungshindernisse sind zum Schutz natürlicher Personen durchaus sachgerecht. Sie sollten aber nicht dazu führen, dass Verfahren gegen betroffene Unternehmen mangels Beweises eingestellt werden müssen.

28. Die *Konzentration der Zuständigkeiten* bei den Kartellbehörden hinsichtlich des gesamten Bußgeldverfahrens ist aus Sicht der Monopolkommission ebenfalls zu befürworten. Es ist nicht sinnvoll, dass im Fall nebeneinander betriebener Verwaltungs- und Bußgeldverfahren zwei unterschiedliche Behörden vor Gericht auftreten. Sie müssten beide denselben Sachverhalt ermitteln und beurteilen, was zu erheblicher Doppelarbeit und einem ineffizienten Einsatz personeller und sachlicher Ressourcen führen kann. Außerdem besteht die Gefahr, dass Staatsanwaltschaft und Kartellbehörden bei der Prüfung desselben Sachverhalts zu Wertungs-

⁹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 28, a.a.O., Tz. 36 ff., 80 ff.

widersprüchen und zu abweichenden Ergebnissen gelangen, was eine effektive Rechtsverfolgung beeinträchtigen würde. Die Zuständigkeitskonzentration auf die Kartellbehörden erscheint auch im Hinblick auf das aufzubauende Behördennetz vorzugswürdig. Da die Staatsanwaltschaft keine Wettbewerbsbehörde i.S.d. Art. 35 VO 1/2003 ist, würden ihre Ermittlungsergebnisse nicht in das Behördennetz eingespeist. Eine Einbeziehung der Vielzahl unterschiedlicher Staatsanwaltschaften in das Behördennetz kommt ebenfalls nicht in Betracht, da dies den bürokratischen Aufwand wesentlich erhöhen und die Funktionsfähigkeit des Netzwerks ernsthaft in Frage stellen würde.

2.4 Der Aufbau eines funktionsfähigen Behördennetzes

29. Dem europaweiten Netz der Wettbewerbsbehörden kommt nach der Vorstellung aller Beteiligten herausragende Bedeutung bei der dezentral organisierten Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen zu. Im vorgelegten Gesetzentwurf befassen sich allerdings nur wenige Vorschriften mit dem geplanten Behördennetz. Die Bestimmung des § 50 Abs. 4 GWB-E enthält lediglich die Befugnis der deutschen Wettbewerbsbehörden, an Verfahren der EU-Kommission und anderer mitgliedstaatlicher Wettbewerbsbehörden mitzuwirken und gegebenenfalls erforderliche Ermittlungen durchzuführen. § 50 Abs. 5 GWB-E stellt klar, dass bei Ermittlungen, die das Bundeskartellamt für eine ausländische Wettbewerbsbehörde durchführt, auch deren Bedienstete teilnehmen können.

In § 50a GWB-E wird der Informationsaustausch im Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden näher geregelt. Der erste Absatz ermächtigt die Kartellbehörden zur *Weitergabe vertraulicher Informationen*. Der zweite Absatz schränkt dieses Recht unter bestimmten Voraussetzungen wieder ein. So darf die Kartellbehörde die empfangenen Informationen nur zum Zweck der Anwendung von Art. 81 und 82 EGV sowie in Bezug auf den Untersuchungsgegenstand als Beweismittel verwenden, für den sie von der übermittelnden Behörde erhoben wurden. Unter bestimmten Umständen darf sie die Informationen auch für die Anwendung des nationalen Gesetzes verwenden. § 50a Abs. 3 GWB-E enthält ein Beweisverwertungsverbot in Bezug auf Sanktionen gegen natürliche Personen. Die geplante Regelung folgt damit Art. 12 VO 1/2003, der die Kommission und die nationalen Wettbewerbsbehörden befugt, einander tatsächliche oder rechtliche Umstände einschließlich vertraulicher Angaben mitzuteilen und diese Informationen als Beweismittel zu verwenden.

Der Gesetzgeber begründet die Regelung damit, dass die grenzüberschreitende Tätigkeit von Unternehmen ständig zunehme und dementsprechend die Kooperationsmöglichkeiten zwi-

schen den staatlichen Behörden verbessert werden müssten. Eine ausdrückliche Regelung zur Informationsweitergabe sei notwendig, um die Straffreiheit der Mitarbeiter der übermittelnden Wettbewerbsbehörde zu gewährleisten.

30. So sehr diese Begründung Zustimmung verdient, so wenig können die geplanten Vorschriften als ausreichend angesehen werden. Die Monopolkommission hat schon an anderer Stelle die gesetzliche Regelung des Behördennetzes als *mangelhaft* kritisiert.¹⁰ Es existieren keine klaren Zuständigkeitsregeln und keine gesetzlich verankerten Lösungsansätze für etwaige Zuständigkeitskonflikte. Auch was die gegenseitigen Hilfeleistungen innerhalb des Behördennetzes bei der Verfolgung international agierender Kartellrechtstäter angeht, finden sich nur eingeschränkt Regelungen in der VO 1/2003. Zwischen nationalen Wettbewerbsbehörden und der EU-Kommission statuiert Art. 11 VO 1/2003 immerhin gewisse Informationspflichten. Außerdem besteht nach Art. 20 Abs. 5 und 6 sowie Art. 22 Abs. 2 VO 1/2003 die Pflicht der Mitgliedstaaten zur Unterstützung der Europäischen Kommission bei deren Nachprüfungen und Ermittlungen. Gemäß Art. 19 Abs. 3 VO 1/2003 kann die nationale Wettbewerbsbehörde die Kommission auch bei der Durchführung von Befragungen unterstützen. Gegenüber anderen Mitgliedstaaten sind die gesetzlichen Vorkehrungen zur Hilfeleistung wesentlich weniger ausgeprägt. Die Übermittlung von Informationen ist lediglich fakultativ (Art. 11 Abs. 3, 4 VO 1/2003), eine entsprechende Befugnis enthält Art. 12 VO 1/2003. Art. 22 Abs. 1 VO 1/2003 verleiht ebenfalls nur eine Befugnis zur Unterstützung bei Ermittlungen, und dies obwohl schon in der Begründung ausgeführt wird, welche zentrale Bedeutung der gegenseitigen Ermittlungshilfe zukommt.

31. Auch nach Auffassung der Monopolkommission spielt die gegenseitige Amtshilfe eine herausragende Rolle für die administrative Zusammenarbeit in einem dezentralisierten System. Nur auf diesem Weg sind die nationalen Wettbewerbsbehörden in der Lage, auch Kartellrechtsverstößen mit Auslandsbezug wirksam zu begegnen. Dies gilt für alle Fälle, in denen potentielle Kartellrechtstäter nur im Ausland niedergelassen sind oder erforderliche Informationen und Beweismittel jedenfalls zum Teil in anderen Mitgliedstaaten zu finden sind. Daher ist es zu bedauern, dass der Gesetzentwurf in diesem Punkt nicht über die VO 1/2003 hinausgeht. Die Vorschrift des § 50a GWB-E verleiht den deutschen Kartellbehörden lediglich die Befugnis, Informationen an die EU-Kommission und die Wettbewerbsbehörden der anderen Mitgliedstaaten zu übermitteln, vermeidet aber jede diesbezügliche Verpflichtung. Auch Pflichten zu sonstigen Hilfeleistungen, etwa im Rahmen von behördlichen Ermittlungen oder

¹⁰ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 32, a.a.O., Tz. 29 ff.

bei der Zustellung und Vollstreckung von ausländischen Behördenverfügungen, werden nicht statuiert.

32. Der Bedeutung der gegenseitigen Amtshilfe wird man so nicht gerecht. Sie kann ihre Wirkungen nur unter zwei Voraussetzungen voll entfalten. Zum einen muss sie möglichst *sämtliche Arten* von Hilfeleistungen umfassen, d.h. nicht nur die Informationsweitergabe, sondern auch Ermittlungs-, Zustellung- und Vollstreckungshandlungen. Zum anderen darf sie nicht lediglich in das Ermessen der ersuchten Wettbewerbsbehörde gestellt werden, sondern muss *verpflichtend* ausgestaltet sein. Ein Ermessensspielraum dürfte nämlich häufig dazu führen, dass die Bitte um Unterstützung abgelehnt wird, entweder weil die Aufnahme arbeitsintensiver Ermittlungen die Durchführung eigener Verfahren erschwert oder weil ein Verfahren gegen inländische Unternehmen politisch nicht opportun erscheint. Die geplanten, positiven Wirkungen gegenseitiger Amtshilfe können auf diese Weise kaum erreicht werden. Ähnliches gilt für die Zustellung und Vollstreckung ausländischer Behördenverfügungen. Bei mangelnder Zustellung werden kartellrechtliche Entscheidungen gegenüber ihren Adressaten nicht wirksam und erlangen keine Rechtskraft. Als Folge lassen sich wettbewerbswidrige Verhaltensweisen nicht mehr abstellen. Ebenso verfehlt die Androhung von Sanktionen oder die Verhängung von Bußgeldern ihre Abschreckungswirkung, wenn ausländische Unternehmen nicht ernsthaft mit einer Vollstreckung rechnen müssen.

33. Eine entsprechende Verpflichtung zur Amtshilfe für ausländische Wettbewerbsbehörden könnte durch *eng begrenzte Ausnahmeregelungen* ergänzt werden. Diese sind für den Fall denkbar, dass ein um Unterstützung ersuchender Mitgliedstaat in der Vergangenheit die Geheimhaltungspflichten verletzt oder die übermittelten Daten zweckwidrig verwendet hat. Gegenseitige Amtshilfepflichten können auch dann Probleme aufwerfen, wenn die beanspruchte Hilfeleistung die öffentliche Ordnung des ersuchten Mitgliedstaats beeinträchtigen würde. Allerdings ist festzustellen, dass die Art. 81 und 82 EGV unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gelten und daher aus materiellrechtlicher Sicht prinzipiell kein Raum für einen "ordre public"-Vorbehalt besteht. Dieser bleibt allerdings im Hinblick auf mögliche Verstöße gegen prozessuale Grundsätze möglich.

34. Der vorgeschlagenen Regelung steht nicht entgegen, dass die Verpflichtung der deutschen Wettbewerbsbehörden – jedenfalls zunächst – einseitig ausgestaltet ist. Eine einzelstaatliche Regelung von Amtshilfepflichten macht unter dem Gesichtspunkt einer effektiven Kartellrechtsdurchsetzung durchaus Sinn und wirkt sich auch positiv für die deutschen Behörden aus. Verpflichtet sich Deutschland zu entsprechenden Unterstützungshandlungen, werden aus-

ländische Wettbewerbsbehörden die von ihnen verfolgten Kartellrechtsverstöße mit Auslandsbezug wirksamer verfolgen können. Das liegt auch im Interesse der deutschen Seite. Außerdem dürften sich andere Mitgliedstaaten um so eher veranlasst sehen, deutsche Ermittlungen auf ihrem Territorium zu unterstützen und zu fördern, je bereitwilliger Amtshilfe von deutschen Behörden geboten wird. Darüber hinaus könnte eine entsprechende "Selbstverpflichtung" Deutschlands andere Mitgliedstaaten zur Nachahmung veranlassen und so am Ende die notwendige europaweit geltende Pflicht zur gegenseitigen Amtshilfe herbeiführen.

2.5 Zivilrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts

35. Der Gesetzentwurf schlägt eine Reihe von Änderungen im Bereich der zivilrechtlichen Rechtsverfolgung vor, die die Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche von Privaten erweitern. Laut Begründung vermindern die Abschaffung des bisherigen Systems der Administrativfreistellung und seine Ersetzung durch das Legalausnahmesystem tendenziell die behördliche Kontrolldichte gegenüber wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und Verhaltensweisen. Damit solle jedoch *keine Einbuße an Wettbewerbsschutz* verbunden sein. Zum Ausgleich würden neben den verwaltungsrechtlichen auch die zivilrechtlichen Sanktionen bei Kartellrechtsverstößen ausgeweitet. Damit solle ein effektives zivilrechtliches Sanktionssystem geschaffen werden, von dem eine zusätzliche spürbare Abschreckungswirkung ausgehe. Dem Kartelltäter sollen alle Vorteile, die er aus dem Kartellverstoß erzielt hat, genommen werden. Im Einzelnen sieht der Entwurf folgende Bestimmungen vor:

- § 33 Abs. 1 GWB-E regelt den Unterlassungsanspruch, der weitgehend der Vorschrift des bisherigen § 33 Satz 1 1. Halbs. GWB entspricht. Anders als das bisherige Recht, das für Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche die Verletzung einer Schutznorm voraussetzt, kann allerdings künftig jeder "*Betroffene*" Ansprüche geltend machen. Betroffen ist gemäß § 33 Abs. 1 Satz 3 GWB-E, wer als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt ist.
- Eine weitere Öffnung der Klagemöglichkeit enthält § 33 Abs. 2 GWB-E, wonach neben den Betroffenen und wirtschaftlichen Verbänden künftig auch *Verbraucherschutzorganisationen* auf Unterlassung klagen dürfen. Laut Begründung knüpft diese Regelung an das System des Rechtsschutzes im UWG an und trägt dem Umstand Rechnung, dass Wettbewerb immer auch dem Verbraucher dient.

- Darüber hinaus wird der Schadensersatzanspruch in § 33 Abs. 3 bis 5 GWB-E in mehrfacher Hinsicht gegenüber dem geltenden Recht aufgewertet, um einen wirksamen Ausgleich für den Geschädigten sicherzustellen und zugleich den Abschreckungseffekt zu verstärken:

In § 33 Abs. 3 Satz 2 GWB-E führt der Gesetzgeber den aus dem US-amerikanischen Recht bekannten Ausschluss der sog. "*passing on defense*" in das deutsche Kartellschadensersatzrecht ein. Dieser Ausschluss bedeutet, dass der Schädiger sich nicht auf eine Vorteilsausgleichung als Schadensminderung berufen kann, selbst wenn es dem Geschädigten gelingt, den Schaden aus einem überhöhten Kaufpreis ganz oder teilweise durch Weiterveräußerung an seine Abnehmer weiterzugeben. Daneben wird es dem Geschädigten in § 33 Abs. 3 Satz 3 GWB-E ermöglicht, anstelle der Geltendmachung seines konkreten Schadens vom Schädiger die Herausgabe des *Gewinns* aus dem Kartellrechtsverstoß zu verlangen. Zudem soll der Schadensersatzanspruch gemäß § 33 Abs. 3 Satz 4 GWB-E ab dem Zeitpunkt des Schadensereignisses verzinst werden.
- Gemäß § 33 Abs. 4 GWB-E soll die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen durch eine *Bindungswirkung* kartellbehördlicher Entscheidungen erleichtert werden. Das Gericht ist hiernach an eine bestandskräftige Entscheidung der nationalen Kartellbehörden, der Europäischen Kommission, der Wettbewerbsbehörde oder des als solche handelnden Gerichts in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft, durch die das Vorliegen dieses Verstoßes festgestellt wird, gebunden. Das gleiche soll für rechtskräftige Gerichtsentscheidungen gelten, die infolge der Anfechtung von Entscheidungen einer der genannten Wettbewerbsbehörden ergangen sind.
- Die Vorschrift des § 33 Abs. 5 GWB-E enthält eine spezielle *Verjährungsregelung*, wonach die Verjährung eines Schadensersatzanspruches gehemmt wird, solange ein behördliches Kartellverfahren läuft.
- In diesem Zusammenhang wird auch die Regelung des § 89a GWB-E relevant. Hiernach soll im gerichtlichen Verfahren die Möglichkeit eröffnet werden, auf Antrag einer Partei die Gerichtskosten an einen ihrer Wirtschaftslage angepassten Teil des Streitwerts zu bemessen. Von dieser *Streitwertanpassung* sind auch die Anwaltsgebühren des Klägers sowie – im Falle seines Unterliegens – die von ihm zu erstattenden Gerichtsgebühren und Anwaltsgebühren seines Gegners erfasst. Mit der Streitwertanpassung soll für potentielle Kläger das Prozesskostenrisiko minimiert werden.

36. Die Monopolkommission hat bereits früher betont, dass der privaten Kartellrechtsdurchsetzung in dem neuen System der Legal Ausnahme *zentrale Bedeutung* zukommt.¹¹ Das Legal ausnahmesystem führt dazu, dass die Aufgabe des Wettbewerbsschutzes in erheblichem Ausmaß von den zuständigen Fachbehörden auf Private und Gerichte verlagert wird. Effektiver Wettbewerbsschutz kann unter diesen Umständen nur erhalten bleiben, wenn mittels geeigneter Rahmenbedingungen Anreize für eine private Rechtsverfolgung gesetzt werden. Damit ließe sich gleichzeitig die Abschreckungswirkung privatrechtlicher Sanktionen erhöhen. In diesem Sinne ist die Zielsetzung des Gesetzentwurfs ausdrücklich zu begrüßen.

37. Bislang ist die private Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland wenig ausgeprägt. Die Gründe liegen vor allem bei den zivilprozessualen Rahmenbedingungen, insbesondere den Beweislastregeln und dem mit einer Klageerhebung stets verbundenen Kostenrisiko. Hier gilt es für den Gesetzgeber anzusetzen. Zu denken ist vor allem an eine *Ausweitung des klagebefugten Personenkreises*, an eine *Verringerung des Prozessrisikos* insbesondere durch *Beweiserleichterungen* sowie an eine *Minimierung des Kostenrisikos* und eine *Erhöhung der zu erlangenden Schadensersatzleistung*. Der vorgelegte Gesetzentwurf enthält eine ganze Reihe von Überlegungen in diese Richtung. Im Einzelnen müssen die Vorschläge aber nochmals überdacht und ergänzt werden.

2.5.1 Verzicht auf die Schutzgesetzverletzung

38. Die Monopolkommission befürwortet den Vorschlag, bei der Geltendmachung von Ansprüchen aus § 33 GWB-E künftig auf das Erfordernis der Schutzgesetzverletzung zu verzichten. Dieses Erfordernis und seine enge Interpretation durch die Gerichte bilden *einen* Grund für die geringe praktische Bedeutung der privaten Rechtsverfolgung in Deutschland. Die Unsicherheit darüber, ob ein Geschädigter vom Schutzbereich der Norm erfasst war und einen Anspruch erfolgreich geltend machen konnte, dürfte die Klageerhebung insbesondere bei Verstößen gegen § 1 GWB häufig verhindert haben. Aufgrund der neuen Regelung wird in erster Linie die Stellung von Abnehmern und Lieferanten gestärkt, die Unterlassung oder Schadensersatz beanspruchen können, selbst wenn sich die Kartellabsprache nicht direkt gegen sie wendet.

39. Offen bleibt nach dem Gesetzeswortlaut die Frage, ob nach der Vorstellung des Gesetzgebers auch Endverbraucher zu dem Kreis der Betroffenen zählen können. Die Vorschrift des § 33 Abs. 1 Satz 3 GWB-E definiert denjenigen als betroffen, der als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt wird. Eine weitere Konkretisierung

¹¹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 32, a.a.O., Tz. 64 ff.

des Begriffs geht aus der Begründung hervor, die eine konkrete, d.h. insbesondere unmittelbare Betroffenheit fordert. Dies könnte man dahin interpretieren, dass Verbraucher "Betroffene" sind, wenn sie Leistungen unmittelbar von den Mitgliedern eines Kartells beziehen, dass sie dagegen nicht zur Klage legitimiert sind, wenn sie lediglich auf einer nachgeordneten Marktstufe bei einem Unternehmen einkaufen, das seinerseits Leistungen von Mitgliedern des Kartells bezieht. Für die Legitimation der Verbraucher käme es also darauf an, wie die Vertriebsstrukturen der Kartellmitglieder organisiert sind. Dies ist aus wettbewerbspolitischer Sicht nicht sinnvoll und führt zu zufälligen Ergebnissen. Die Monopolkommission tritt für eine umfassende Legitimation der Konsumenten ein. Für eine grundsätzliche Einbeziehung der Endverbraucher in den Betroffenenbegriff spricht auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs im Fall "Courage". In dieser Entscheidung hat der Gerichtshof ausdrücklich gefordert, dass "jedermann erlittene Schäden geltend machen können muss".¹²

2.5.2 Beweiserleichterungen

40. Bereits in einer früheren Stellungnahme hat die Monopolkommission auf ein weiteres erhebliches Verfahrenshindernis für die Klagetätigkeit Privater hingewiesen.¹³ Dieses besteht in den zivilprozessualen *Beweislastregeln*, die den Kläger verpflichten, die anspruchsbegründenden Tatsachen darzulegen und zu beweisen. Für die Anwendung des § 33 Abs. 3 GWB-E bedeutet dies, dass der Kläger die Kartellvereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise bzw. das missbräuchliche Verhalten sowie die aktive Beteiligung des Beklagten nachweisen muss. Daneben hat er den erlittenen Schaden sowie die Kausalität zwischen Rechtsgutsverletzung und Schaden zu belegen. Es ist offensichtlich, dass z.B. der Nachweis einer kartellrechtlichen Vereinbarung immer dann besonders schwierig zu erbringen ist, wenn der Kläger nicht selbst an der wettbewerbsbeschränkenden Maßnahme teilnimmt. Er hat dann nämlich in aller Regel keinen Zugang zu den entsprechenden Dokumenten oder anderen Beweismitteln. Ähnliche Beweisschwierigkeiten bestehen hinsichtlich des Schadens, den der Kläger als Folge des wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens geltend macht, und des Kausalitätszusammenhangs zwischen Kartellverstoß und eingetretenem Schaden. So wird der Kläger zwar häufig einen Umsatzrückgang angeben, die unmittelbare Verursachung durch die wettbewerbsbeschränkende Praxis aber kaum eindeutig nachweisen können.

Abhilfe können hier nur Maßnahmen schaffen, die den Nachweis anspruchsbegründender und -ausfüllender Umstände erleichtern. Der Gesetzgeber hat diese Notwendigkeit erkannt und

¹² EuGH, Urteil vom 20. September 2001, Rs. C-453/99 – *Courage ./. Crehan* –, Slg. 2001, I-6297.

¹³ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 32, a.a.O., Tz. 69 ff.

diesbezügliche Regelungen vorgeschlagen. Sie verfolgen grundsätzlich die richtige Stoßrichtung, sind im Detail aber noch zu modifizieren und zu ergänzen.

2.5.2.1 Bindungswirkung in- und ausländischer Behörden- und Gerichtsentscheidungen

41. Eine besonders weitreichende Beweiserleichterung enthält die Norm des § 33 Abs. 4 GWB-E, die bei Schadensersatzklagen die Bindung des Zivilgerichts an bestandskräftige Entscheidungen in- und ausländischer Wettbewerbsbehörden bestimmt. Gemäß § 33 Abs. 4 Satz 1 GWB-E sind die inländischen Zivilgerichte an eine bestandskräftige Entscheidung der Kartellbehörde, der EU-Kommission, der Wettbewerbsbehörde oder des als solche handelnden Gerichts in einem anderen Mitgliedstaat der EG gebunden, durch die das Vorliegen eines Kartellrechtsverstoßes festgestellt wird. Dieselbe Bindungswirkung sollen rechtskräftige Gerichtsentscheidungen entfalten, die infolge der Anfechtung von Entscheidungen nach Satz 1 ergangen sind. Nach der Begründung bezieht sich die Bindungswirkung alleine auf die Feststellung des *Kartellrechtsverstoßes*. Alle weiteren Fragen, insbesondere zur Schadenskausalität und zur Schadensbeifferung, sollen weiterhin der freien Beweiswürdigung des Gerichts unterliegen. Außerdem soll die Tatbestandswirkung insbesondere in räumlicher Hinsicht nur so weit reichen, wie die Entscheidung überhaupt Wirkung entfalten kann.

42. Soweit § 33 Abs. 4 GWB-E die Bindung der deutschen Gerichte an rechtskräftige Entscheidungen der *deutschen Wettbewerbsbehörden und der Europäischen Kommission* vorschlägt, ist dem grundsätzlich zuzustimmen. Die geplante Regelung ist geeignet, zur Stärkung der Rechtsdurchsetzung seitens Privater beizutragen. Zweifellos erleichtert die vorgeschlagene Bindungswirkung die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen *i.S.d.* § 33 Abs. 3 GWB-E. Ein potentieller Kläger muss den behaupteten Kartellrechtsverstoß nicht mehr selbst nachweisen, sondern kann sich auf die diesbezügliche Feststellung einer in- oder ausländischen Wettbewerbsbehörde berufen. Für die Wettbewerbsbehörde wiederum ist der Beweis eines kartellrechtswidrigen Verhaltens aufgrund der ihr zustehenden sanktionsbewehrten Auskunfts- und Ermittlungsbefugnisse wesentlich einfacher zu erbringen als für den privaten Kläger. Positiv wirkt dabei auch, dass sich die Bindungswirkung nach dem Gesetzesvorschlag offenbar unabhängig davon entfalten soll, ob die Feststellung des Kartellverstoßes Ziel der behördlichen Entscheidung ist oder inzidenter im Rahmen einer Untersagungs- oder sonstigen Verfügung erfolgt.

43. Zu begrüßen ist daneben, dass sich die Bindungswirkung lediglich auf die Feststellung des *Kartellrechtsverstoßes* beschränken und nicht darüber hinaus gehen soll. Feststellungen, die

die Behörde zu Zwecken der Bemessung von Bußgeldern, zur Höhe des Schadens und der Kausalität der wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen getroffen hat, sind für den inländischen Richter nicht verbindlich. Maßgebend hierfür dürfte vor allem die unterschiedliche Zweckeinbindung solcher Feststellungen sein: Der Schadensumfang bei der Festsetzung von Bußgeldern ist nicht mehr als eine Bemessungsgrundlage, die neben anderen Faktoren die Höhe des Bußgeldes mitbestimmt, so dass mangelnde Genauigkeit bei der Ermittlung durch andere Faktoren ausgeglichen werden kann. Bei Schadensersatzleistungen geht es hingegen darum, Vermögenseinbußen wettzumachen.

In Bezug auf ausländische Behörden- und Gerichtsentscheidungen ist ferner zu bedenken, dass "Schaden" ein materiellrechtlicher Begriff des Zivilrechts ist, der in der Europäischen Union bislang nicht harmonisiert ist. Jedes Gericht wendet deshalb in internationalen Fällen das nationale Haftungsrecht an, das nach seinem eigenen Internationalen Privatrecht maßgeblich ist (vgl. in Deutschland Art. 38 ff. EGBGB). So kann sich der Umfang des Schadens je nach anwendbarem nationalen Schadensrecht sehr unterschiedlich darstellen. Die Unsicherheiten sind in diesem Bereich so groß, dass es sich auch aus diesem Grund empfiehlt, eine Bindungswirkung der fremden Behördenentscheidung auf die Frage zu beschränken, ob die streitgegenständlichen Verhaltensweisen gegen Art. 81 und 82 EGV verstoßen oder nicht.

44. Unklar bleibt der Gesetzentwurf allerdings hinsichtlich des *persönlichen* Anwendungsbereichs der Bindungswirkung. Soll sie nur gegenüber dem Adressaten der Entscheidung eintreten oder zulasten aller Personen gelten, die in der Entscheidung als Teilnehmer einer kartellrechtswidrigen Vereinbarung oder Verhaltensweise genannt werden? Diese Frage hat z.B. erhebliche Konsequenzen für Unternehmen, die als Kronzeugen aufgetreten sind oder gegen die das Verfahren nach dem Opportunitätsprinzip eingestellt worden ist. Nach Ansicht der Monopolkommission sollte sich die Bindungswirkung auf den Entscheidungsadressaten beschränken, denn nur dieser hatte die Möglichkeit, gegen die behördliche Entscheidung gerichtlich vorzugehen. Außerdem kann durch eine solche Beschränkung ein größerer Anreiz für Unternehmen erhalten bleiben, die Kronzeugenregelung in Anspruch zu nehmen, was wiederum die Aufdeckung schwerwiegender Kartellverstöße wesentlich erleichtert.

45. Daneben weist die geplante Vorschrift des § 33 Abs. 4 GWB-E weitere Defizite auf, welche die *Wirkung der Anerkennung* und den *systematischen Standort* der Regelung betreffen. § 33 Abs. 4 GWB-E regelt die Anerkennung nur für den Fall, dass vor einem deutschen Gericht wegen Verletzung von Art. 81 oder 82 EGV bzw. des GWB ein Schadensersatzanspruch geltend gemacht wird. Dies ist aber keineswegs die einzige Situation, in der sich die Frage

stellen kann, ob eine in- oder ausländische kartellbehördliche oder verwaltungsgerichtliche Entscheidung im Inland Wirkung entfaltet. So ist es denkbar, dass im Inland aus einem für wettbewerbswidrig erklärten Vertrag auf Leistung geklagt wird und der Beklagte sich im Wege der Einrede auf die Nichtigkeit des Vertrages beruft, die sich daraus ergibt, dass der Vertrag nach der Feststellung der Wettbewerbsbehörde eines anderen Mitgliedstaates gegen Art. 81 EGV verstößt (vgl. Abs. 2 dieser Vorschrift). Ob und unter welchen Bedingungen der deutsche Zivilrichter eine ausländische Behördenentscheidung zu beachten hat, wird weder in § 33 Abs. 4 GWB-E noch in einer anderen Vorschrift des Entwurfs geregelt. Allgemeine Regeln (außerhalb des GWB) über die Anerkennung ausländischer Verwaltungsakte gibt es ebenfalls nicht; dies gilt mit Ausnahme des Prinzips, dass ausländische Exekutiventscheidungen grundsätzlich nicht anerkannt werden. Auch bezüglich einer Feststellungswirkung inländischer Behördenentscheidungen fehlt für diesen Fall eine Regelung im GWB.

Die Folge wäre, dass der deutsche Zivilrichter in dem Verfahren nicht an die Feststellungen der Wettbewerbsbehörde gebunden wäre. Den Parteien stünde es demgemäß frei, in dem inländischen Zivilprozess den Streit über sämtliche Tatsachen- und Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem Verstoß gegen das deutsche oder europäische Kartellrecht neu aufzurollen. Insbesondere könnten sie den von der Behörde ermittelten Sachverhalt in Frage stellen. Ebenso verhält es sich, wenn bei einer Streitigkeit aus demselben Vertrag die Klage nicht auf Leistung aus dem Vertrag, sondern auf Schadensersatz wegen Nichtleistung gerichtet ist. Ganz anders liegen die Dinge dagegen, wenn der Schadensersatzanspruch sich gerade darauf stützt, dass der Beklagte dem Kläger durch sein wettbewerbswidriges Verhalten Schaden zugefügt hat; dann soll die Anerkennungsregelung des § 33 Abs. 4 GWB-E gelten.

Man nehme beispielsweise an, dass Versicherungsunternehmen aus mehreren europäischen Ländern Provisionssätze für ihre Vermittler abgesprochen hätten und dass die schwedische Wettbewerbsbehörde die Unvereinbarkeit dieser Absprache mit Art. 81 EG festgestellt habe. Wenn nun ein Vermittler eines der Unternehmen in Deutschland auf Zahlung der vereinbarten (wettbewerbswidrigen) Provision verklagt, so handelt es sich um eine Klage auf Leistung aus dem Vermittlervertrag, für die § 33 Abs. 4 GWB-E nicht gilt und bei der es folglich keinerlei Bindung des deutschen Zivilgerichts an die schwedische Behördenentscheidung gibt. Wenn der klagende Vermittler dagegen Schadensersatz wegen der ihm durch die Kartellabsprache entgangenen höheren Provision verlangt, handelt es sich um einen Fall des § 33 Abs. 4 GWB-E, so dass der inländische Zivilrichter an die Feststellungen der schwedischen Wettbewerbsbehörde gebunden ist. Für die unterschiedliche Behandlung dieser Fälle gibt es keinen

rationalen Grund. Sie hat ihre Ursache allein darin, dass § 33 Abs. 4 GWB-E die Anerkennungsproblematik als einen Teilaspekt eines Schadensersatzprozesses versteht, obwohl es sich dabei um ein *allgemeines* Problem handelt.

Dieses Problem kann sich auch noch in anderen Zusammenhängen stellen: Man denke an Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung, mit denen Betroffene versuchen, den Gewinn der Kartellmitglieder abzuschöpfen, oder Ansprüche auf Zahlung einer Vertragsstrafe, die in dem im Ausland für wettbewerbswidrig erklärten Vertrag vorgesehen ist. Denkbar ist auch, dass die ausländische Wettbewerbsbehörde versucht, Bußgelder, die sie in ihrer Entscheidung gegen deutsche Unternehmen festgesetzt hat, durch Klage vor einem inländischen Zivilgericht einzutreiben, wenn das deutsche Unternehmen in dem ausländischen Mitgliedstaat nicht über ausreichende Vermögenswerte verfügt. In allen genannten Fällen hängt die Entscheidung davon ab, ob der ausländischen kartellbehördlichen Entscheidung im Inland Wirkung zukommt. Es ist nicht ersichtlich, warum diese Frage nur für *einen* Fall geregelt werden soll, für die anderen dagegen nicht, dies mit der Folge abweichender Ergebnisse.

46. In einem System der dezentralen Anwendung des europäischen Rechts ist es notwendig, auch Lösungen für grenzüberschreitende Fälle zu suchen. Nur so kann man dem Gedanken einer europaweit koordinierten Verfolgung von Kartellverstößen gerecht werden. Die Monopolkommission hatte deshalb bereits im Rahmen des europäischen Reformprozesses den Vorschlag unterbreitet, die *europaweite* Geltung von *nationalen* Behördenentscheidungen auf Gemeinschaftsebene festzuschreiben. In diesem Zusammenhang wurde allerdings auch darauf hingewiesen, dass mit der Einführung einer gemeinschaftsweiten Geltung eine Vielzahl von Problemen verbunden ist, deren Lösung noch eingehendes Nachdenken erfordert.¹⁴ Auf europäischer Ebene ließ sich der genannte Vorschlag bislang nicht realisieren. Somit bleibt es den Mitgliedstaaten überlassen, Regelungen zur transnationalen Geltung von nationalen Behörden- und Gerichtsentscheidungen im Wettbewerbsrecht zu finden. Der deutsche Gesetzgeber hat mit dem Vorschlag in § 33 Abs. 4 GWB-E einen ersten Versuch in diese Richtung unternommen. Eine Reihe von Problemen ist dabei allerdings noch nicht genügend berücksichtigt worden.

47. Die von der Monopolkommission hierzu angestellten, folgenden Überlegungen sind nicht nur für die anstehende GWB-Novelle, sondern weit darüber hinaus von erheblicher Bedeutung. Relevanz dürften sie insbesondere auch für den Bereich der *sektorspezifischen* Wettbewerbsaufsicht, beispielsweise im Telekommunikations- und Energierecht, erlangen. Im Tele-

¹⁴ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 32, a.a.O., Tz. 61.

kommunikationssektor etwa weisen die europäischen Rahmenbedingungen und die gegenwärtige Reformdiskussion auf nationaler Ebene schon jetzt darauf hin, dass es auch hier in Kürze zu einer engen Verzahnung und Koordination der mitgliedstaatlichen Behörden kommen wird. Im Energiesektor ist mittelfristig mit ähnlichen Entwicklungen zu rechnen. Die Reichweite von behördlichen und gerichtlichen Entscheidungen, insbesondere die Geltung von ausländischen Verfügungen im Inland und ihre Bindungswirkung für deutsche Behörden und Gerichte bildet somit ein zentrales Problem der gesamten Kartell- und Missbrauchsaufsicht. Lösungen hierfür, die für den Bereich des GWB erarbeitet werden, dürften sich auch auf Bereiche der spezifischen Wettbewerbskontrolle übertragen lassen.

48. Nach § 33 Abs. 4 GWB-E soll die Bindungswirkung nicht nur von bestandskräftigen Entscheidungen der nationalen Kartellbehörden und der Europäischen Kommission ausgehen, sondern auch in drei anderen Fällen angeordnet werden:

- wenn eine Wettbewerbsbehörde eines anderen Mitgliedstaates bestandskräftig entschieden hat,
- wenn ein Gericht eines anderen Mitgliedstaates entschieden hat, das als Wettbewerbsbehörde handelt,
- wenn ein Gericht eines anderen Mitgliedstaates als Rechtsmittelgericht nach Anfechtung einer kartellbehördlichen Entscheidung eines anderen Mitgliedstaates rechtskräftig entschieden hat.

Der Entwurf geht also davon aus, dass eine bestandskräftige Verwaltungsentscheidung bzw. eine rechtskräftige verwaltungsgerichtliche Entscheidung aus einem anderen Mitgliedstaat ohne weiteres in Deutschland die Wirkungen der *res iudicata* entfaltet. Dies ist erstens völlig neuartig, zweitens ist Deutschland aufgrund der VO 1/2003 zum Erlass derart weitgehender Regelungen nicht verpflichtet und drittens würde die Anwendung solcher Regeln in vielen Fällen zum Verstoß gegen höherrangiges Recht führen.

49. *Neuartig* ist die Bindung an ausländische Verwaltungsentscheidungen und verwaltungsgerichtliche Entscheidungen schon als solche. Eine solche Bindung hat es bislang im Grundsatz nicht gegeben. Lediglich in besonderen Zusammenhängen ist entweder in völkerrechtlichen Abkommen oder gemeinschaftsrechtlichen Rechtsakten eine Anerkennung von Verwaltungsakten auf einzelnen, näher spezifizierten Rechtsgebieten verankert worden, so z.B. in Bezug auf Schulzeugnisse, Berufsqualifikationen, Führerscheine und andere rein deklaratorische Verwaltungsakte. In allen diesen Fällen ist die Gegenseitigkeit gewährleistet, werden also

nicht nur Bindungswirkungen in Deutschland an ausländische Entscheidungen geknüpft, sondern umgekehrt auch Bindungswirkungen in den ausländischen Vertragsstaaten bzw. anderen Mitgliedstaaten an deutsche Entscheidungen. Im vorliegenden Fall geht es dagegen um eine einseitige Maßnahme des deutschen Gesetzgebers, der Entscheidungen ausländischer Kartellbehörden auch nicht nur mit feststellender Wirkung anerkennen, sondern sie zur Grundlage von Schadensersatzurteilen deutscher Gerichte machen will, ohne dass sichergestellt ist, dass Entscheidungen des Bundeskartellamts in den anderen Mitgliedstaaten vergleichbare Wirkungen haben. Solche einseitigen Maßnahmen sind bislang im internationalen Verwaltungsrecht außerordentlich selten. Der Verzicht auf die Reziprozität in § 33 Abs. 4 GWB-E dient zwar dem europäischen Rechtsverkehr und wird ähnliche Schritte in anderen Staaten sowie schließlich auch eine entsprechende Gemeinschaftsregelung begünstigen. Freilich lässt sich der Verzicht nicht damit rechtfertigen, dass er den von einer Wettbewerbsbeschränkung betroffenen deutschen Geschädigten zugute komme. Denn vor deutschen Gerichten können selbstverständlich auch ausländische Kläger und auch solche aus Nichtmitgliedstaaten der Europäischen Union auf Schadensersatz klagen, wenn im Inland ein Gerichtsstand nach den Art. 2 ff. VO 44/2001 bzw. nach §§ 12 ff. ZPO besteht.¹⁵

50. Die in § 33 Absatz 4 GWB-E vorgesehene Bindungswirkung ist auch *nicht durch Vorgaben der VO 1/2003 veranlasst*. Gemäß Art. 16 dieser Verordnung dürfen die Gerichte der Mitgliedstaaten keine Entscheidungen erlassen, die einer Entscheidung der *Kommission* zuwiderlaufen, die die fraglichen Vereinbarungen, Beschlüsse oder Verhaltensweisen zum Gegenstand hatte oder die diesbezüglich zu erwarten ist. Gegen eine solche Bindung an Kommissionsentscheidungen in der vertikalen Beziehung bestehen keine Bedenken, weil die Kommission aufgrund übertragener Souveränitätsrechte tätig wird und in ihrem Verfahren durch vielfältige, auch für Deutschland verbindliche Rechtsakte gebunden ist. Dies ist anders, wenn Behörden und Verwaltungsgerichte anderer Mitgliedstaaten Entscheidungen treffen. Hier hat weder ein Souveränitätstransfer im horizontalen Verhältnis stattgefunden noch ist gewährleistet, dass die Behörden und Gerichte des fremden Mitgliedstaates nach Verfahrensregeln prozedieren, die mit deutschen Grundsätzen vereinbar sind. Zwar kann der deutsche Gesetzgeber aufgrund seiner souveränen Rechte auch bestimmen, dass ausländischen Verwaltungsentscheidungen unter näher festzulegenden Voraussetzungen und in gewissem Umfang Bindungswirkung zukommen soll. Allerdings darf dies nicht zur Einschränkung grundlegender Verfahrensgarantien führen. Weder § 33 Abs. 4 GWB-E noch die Begründungserwägungen

¹⁵ Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. EG Nr. L 12 vom 16. Januar 2001, S. 1 ff.

dazu lassen erkennen, dass die Urheber des Entwurfs die damit zusammenhängenden Probleme bislang erkannt haben.

51. Da das deutsche Recht keine allgemeinen Regeln für die Anerkennung ausländischer Verwaltungsakte vorsieht und es im vorliegenden Zusammenhang auch um zivilrechtliche Folgen geht, ist es angebracht, einen Blick auf Vorschriften zu werfen, die für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer zivilgerichtlicher Entscheidungen maßgeblich sind. Im deutschen Recht sind dabei vor allem die §§ 328 ZPO und 16a FGG zu nennen, im europäischen Recht die Art. 32 ff. VO 44/2001. Danach ist grundsätzlich kein besonderes Verfahren für die Anerkennung vorgesehen; wie in § 33 GWB-E kann vielmehr ein Gericht, dessen Entscheidung von der Anerkennung abhängt, selbst über die Anerkennung entscheiden, Art. 33 Abs. 3 VO 44/2001 (sog. Inzidentanerkennung). Die Anerkennung ist gemäß Art. 37 nicht auf rechtskräftige ausländische Urteile beschränkt; wenn aber die Anerkennung eines nicht rechtskräftigen Urteils geltend gemacht wird, kann der Anerkennungsrichter sein Verfahren aussetzen, wenn gegen die ausländische Entscheidung ein ordentlicher Rechtsbehelf eingelegt worden ist. Dies könnte im Zusammenhang mit § 33 Abs. 4 GWB-E bedeutsam werden, wenn ein Gericht eines anderen Mitgliedstaates, das als Wettbewerbsbehörde handelt, entschieden hat, seine Entscheidung aber noch nicht unangreifbar ist. Der Entwurf verlangt für diesen Fall keine Rechtskraft und das Erfordernis der Bestandskraft passt nicht auf Gerichtsentscheidungen.

52. Die Ermächtigung des Richters zur Anerkennung der ausländischen Entscheidung bedeutet nicht, dass diese Anerkennung voraussetzungslos wäre. Zwar darf der Richter die ausländische Entscheidung nicht in der Sache selbst nachprüfen, Art. 36 VO 44/2001. Doch legen die Artikel 34 und 35 sowie die genannten Vorschriften des deutschen Rechts einige *Anerkennungshindernisse* fest. Danach wird eine ausländische Entscheidung nicht anerkannt,

(1) wenn die Anerkennung dem *ordre public* widerspricht, d. h. mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist; dies ist insbesondere der Fall, wenn die Anerkennung mit den Grundrechten unvereinbar ist;

(2) wenn dem Beklagten bei der Verfahrenseinleitung kein rechtliches Gehör gewährt wurde, wenn ihm nämlich das verfahrenseinleitende Schriftstück nicht so rechtzeitig und in einer Weise zugestellt worden ist, dass er sich verteidigen konnte;

(3) wenn die ausländische mit einer inländischen Entscheidung unvereinbar ist, die zwischen denselben Parteien ergangen ist;

(4) wenn die ausländische Entscheidung mit einer anerkennungsfähigen Entscheidung aus einem anderen Land zwischen denselben Parteien und in derselben Angelegenheit unvereinbar ist;

(5) wenn der Richter des ausländischen Urteilsstaates nicht zuständig war. Diese Zuständigkeit wird innerhalb der Europäischen Union durch die Vorschriften der VO 44/2001 festgelegt, die vom Richter des ausländischen Urteilsstaates zu beachten sind, so dass eine Überprüfung im Anerkennungsstaat im Allgemeinen, aber nicht immer entfällt.

53. An dieser Liste von Anerkennungsvoraussetzungen bzw. -hindernissen, die hier etwas vergrößert wiedergegeben wurden, dürfte auch bei der Anerkennung ausländischer kartellbehördlicher Verwaltungsentscheidungen und entsprechender verwaltungsgerichtlicher Urteile kein Weg vorbei führen, da es sich dabei, vom Zuständigkeitserfordernis abgesehen, größtenteils um Ausprägungen des *Grundrechts auf rechtliches Gehör* (Art. 103 Abs. 1 GG) handelt. Auch das Menschenrecht auf ein rechtsstaatliches Verfahren gemäß Art. 6 EMRK wird beeinträchtigt, wenn eine Entscheidung eines Mitgliedstaats, welche nach nationalen Prozessregeln ergangen ist, die unter Umständen mit rechtsstaatlichen Garantien nicht vereinbar sind, in einem anderen Mitgliedstaat ohne weiteres Bindungswirkung entfaltet. Dies hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Urteil *Pellegrini* mit aller Deutlichkeit festgestellt.¹⁶ Hier ging es um eine Entscheidung, die von der Gerichtsbarkeit eines Nichtvertragsstaats der Europäischen Menschenrechtskonvention unter Missachtung von Verfahrensrechten der Beklagten erlassen und in Italien anerkannt worden war. Doch liegen die Dinge genauso, wenn eine Entscheidung eines mitgliedstaatlichen Gerichts, die unter Verletzung verfahrensrechtlicher Garantien zustande gekommen ist, in einem anderen Mitgliedstaat anerkannt und/oder vollstreckt werden soll. Im Falle *Krombach* hatte ein französisches Gericht einen in Deutschland wohnhaften deutschen Staatsbürger in Abwesenheit strafrechtlich und zugleich im zivilrechtlichen Adhäsionsverfahren zu Schadensersatz verurteilt. Wegen der Abwesenheit des Angeklagten war es ihm nach französischem Prozessrecht nicht erlaubt, sich vor dem französischen Gericht anwaltlich vertreten zu lassen. Als er sich in Deutschland gegen die Vollstreckung der zivilrechtlichen Verurteilung zu Schadensersatz wehrte, legte der Bundesgerichtshof dem Europäischen Gerichtshof die Frage vor, ob die deutschen Gerichte in diesem Falle unter Berufung auf eine Verletzung des deutschen *ordre public* eine Anerkennung und Vollstreckung des französischen Urteils ablehnen könnten. Dies bejahte der Europäische Gerichts-

¹⁶ EGMR, Urteil vom 20. Juli 2001, No 30882/96 – *Pellegrini ./. Italien*, *Reports of Judgments and Decisions 2001 – VIII*.

hof.¹⁷ Der Gerichtshof verwies auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu dieser Frage und erklärte, dass bei Verletzung der europäischen Menschenrechtsstandards eine Anerkennung und Vollstreckung nach dem europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen (jetzt VO 44/2001) nicht in Betracht komme. Damit hat der Gerichtshof verdeutlicht, dass die Verletzung von grundlegenden Verfahrensgarantien nicht nur eine *Befugnis* des Anerkennungsstaates begründet, sich gegen die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen aus anderen Mitgliedstaaten zur Wehr zu setzen; in solchen Fällen ist es vielmehr geradezu eine *Pflicht* des Anerkennungsstaates, von der Anerkennung abzusehen.

54. Nach alledem ist die in § 33 Abs. 4 GWB-E festgelegte, völlig uneingeschränkte Pflicht deutscher Zivilgerichte, ausländische kartellbehördliche Verwaltungsakte und entsprechende verwaltungsgerichtliche Entscheidungen anzuerkennen, *mit dem geltenden Gemeinschaftsrecht nicht zu vereinbaren*. Wie eine Anerkennungsregel im Einzelnen auszusehen hätte, lässt sich zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht abschließend beurteilen. Dies liegt daran, dass es bislang an einer umfassenden Erhebung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens in den Mitgliedstaaten fehlt. Es ist darauf hinzuweisen, dass vor der Verabschiedung des europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens von 1968 umfassende rechtsvergleichende Untersuchungen über das zivilgerichtliche Verfahren in den damaligen Mitgliedsländern unternommen wurden. Es empfiehlt sich deshalb, zunächst entsprechende Erhebungen und Bewertungen des Verwaltungsverfahrens und verwaltungsgerichtlichen Verfahrens in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union durchzuführen, um dann die Bedingungen festzulegen, unter denen eine Beachtung ausländischer kartellbehördlicher Verfügungen und entsprechender verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen angeordnet werden kann. Mit der gegenwärtigen Fassung des § 33 Abs. 4 GWB-E läuft die Bundesrepublik Deutschland Gefahr, gegen ihre Verpflichtungen aus der europäischen Menschenrechtskonvention zu verstoßen und sich damit nach dieser Konvention *schadensersatzpflichtig* zu machen.

55. Aus diesen Überlegungen folgt, dass möglichst zügig eine vergleichende Untersuchung der nationalen Verwaltungsverfahren in Gang zu setzen ist, die in eine Regelung zur Anerkennung ausländischer Behörden- und Gerichtsentscheidungen münden müsste. Diese könnte sich an die Bestimmung des § 328 ZPO anlehnen. Für die Übergangszeit sollte eine Regelung in das GWB aufgenommen werden, wonach die behördliche Feststellung eines Kartellverstoßes eine widerlegliche Vermutung für die inländischen Gerichte begründet, dem Beklagten

17 EuGH, Urteil vom 28. März 2000, Rs. C-7/98 – *Krombach /. Bamberski* –, Slg. 2000, I-1935.

aber die Möglichkeit eröffnet wird, die Vermutungswirkung unter entsprechender Anwendung von § 328 ZPO auszuräumen.

2.5.2.2 *Sonstige Beweiserleichterungen*

56. In den meisten Fällen von Kartellverstößen wird sich der Kläger nicht auf eine behördliche Entscheidung stützen können. Mit dem Legalausnahmesystem ist gerade ein Rückzug der behördlichen Kontrolle und eine Verlagerung auf die private Rechtsdurchsetzung verbunden. Für die Fälle, in denen der Kartellverstoß nicht bereits durch behördliche Verfügung festgestellt wurde, sind andere Möglichkeiten der Beweiserleichterung zugunsten des Klägers im Gesetz vorzusehen. Eine geeignete Regelung würde darin bestehen, den Beklagten zur Darlegung bestimmter aus seiner Einflussosphäre stammender Tatsachen zu verpflichten. Im deutschen Recht ist es durchaus nicht ungewöhnlich, die Beweislast einer Partei in Hinsicht auf Tatsachen und Umstände, die in der Sphäre der gegnerischen Partei liegen, zu erleichtern. Erwähnt seien in diesem Zusammenhang nur die entsprechenden Pflichten des Herstellers im Rahmen der Produkthaftung. Sie beruhen darauf, dass der Geschädigte in der Regel nicht den Nachweis für Vorgänge erbringen kann, die sich bei der Herstellung des fehlerhaften Produktes im Betrieb des Produzenten abgespielt haben. Im Rahmen des § 33 GWB-E sollte deshalb eine Bestimmung eingefügt werden, wonach der Kläger seiner Beweislast schon dann Genüge tut, wenn er *konkrete Anhaltspunkte* für das kartellrechtswidrige Verhalten darlegt. Sache des Beklagten wäre es dann, das Gericht über die genauen Hintergründe der betroffenen Geschäftspraxis zu informieren.

57. Eine Beweiserleichterung müsste auch hinsichtlich des erlittenen Schadens getroffen werden. In diese Richtung geht die geplante Vorschrift des § 33 Abs. 3 Satz 3 GWB-E, wonach der Geschädigte an Stelle des Schadensersatzes den *anteiligen Gewinn*, den der Kartelltäter durch das wettbewerbswidrige Verhalten erlangt hat, verlangen kann. Der Geschädigte muss laut Begründung in diesem Fall nicht nachweisen, dass der erzielte Gewinn seinem konkreten Schaden entspricht. Die Einführung alternativer Formen der Schadensberechnung entspreche insbesondere dem Vorbild des gewerblichen Rechtsschutzes und des subsidiären Leistungsschutzes nach § 1 UWG, wo ebenfalls die Herausgabe des Verletzergewinns anstelle der Schadensberechnung nach den §§ 249 ff. BGB eine anerkannte Wahlmöglichkeit darstelle. Ziel der Regelung sei es insbesondere, die Anspruchsdurchsetzung in den Fällen zu erleichtern, in denen die Ermittlung des hypothetischen Marktpreises als Grundlage einer Schadensberechnung nach der Differenzmethode mit großen Schwierigkeiten verbunden ist. Der An-

spruch auf anteilige Gewinnherausgabe wird gemäß § 33 Abs. 3 Satz 3 a.E. GWB-E durch einen Anspruch auf Rechnungslegung über diesen Gewinn ergänzt.

58. Der Gesetzentwurf folgt damit einer Forderung, die die Monopolkommission bereits früher in Bezug auf den vom Kläger geltend gemachten Schaden aufgestellt hat.¹⁸ In vergleichbaren Situationen – bei der Verletzung von Patenten und Marken – erlauben deutsche Gerichte dem Kläger, seinen Schaden auf drei verschiedenen Wegen zu berechnen: Er darf seine konkreten Verluste darlegen, eine durchschnittliche Lizenzgebühr verlangen oder den durch die Rechtsverletzung beim Beklagten erzielten Gewinn beziffern. Diesen Gedanken hat der Gesetzgeber zurecht für den kartellrechtlichen Gerichtsprozess fruchtbar gemacht. Der vorgesehene Anspruch auf Rechnungslegung begründet richtigerweise die Pflicht des Beklagten, die relevanten Informationen *aus seiner Einflussosphäre* zu offenbaren.

2.5.3 Schadensersatz

2.5.3.1 Umfang der Schadensersatzpflicht

59. Gemäß § 33 Abs. 3 GWB-E ist "dem Betroffenen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet", wer einen Verstoß gegen eine Vorschrift des GWB oder die Art. 81 oder 82 EGV oder eine Verfügung der Kartellbehörde vorsätzlich oder fahrlässig begeht. Was unter "Schaden" zu verstehen ist, wird in § 33 Abs. 3 nicht näher erläutert. Lediglich hinsichtlich einer Fallgruppe heißt es in § 33 Abs. 3 Satz 2 GWB-E: "Besteht der Schaden darin, dass der Betroffene eine Ware oder Dienstleistung zu einem überteuerten Preis bezogen hat, wird der Schaden durch die Weiterveräußerung der Ware oder Dienstleistung nicht gemindert."

60. Die Vorschrift des § 33 Abs. 3 GWB-E setzt als Tatbestandsmerkmal voraus, dass ein "Schaden" eingetreten ist, und verweist damit implizit auf allgemeine zivilrechtliche Grundsätze, insbesondere auf die sog. *Differenzhypothese*. Danach wird ein Schaden dadurch ermittelt, dass die reale Vermögenslage des Geschädigten mit der hypothetischen Vermögenslage verglichen wird, die sich ohne Eintritt des schädigenden Ereignisses (hier: ohne die zu Übersteuerung führenden Kartellabsprachen) ergeben hätte.¹⁹ Der Begriff des Schadens bezieht sich also stets auf die Vermögenslage des Geschädigten insgesamt, nicht auf einen Einzelaspekt. So sind denn einerseits Einbußen (*damnum emergens*) ebenso zu berücksichtigen wie ausbleibende Gewinne (*lucrum cessans*), §§ 249, 252 BGB; andererseits werden im Prinzip auch Vorteile saldiert, die dem Geschädigten aufgrund des schädigenden Ereignisses zufließen,

¹⁸ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 32, *a.a.O.*, Tz. 71.

¹⁹ Vgl. Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Aufl., München 2004, Vorb v § 249, Rn. 8.

sog. Vorteilsausgleichung.²⁰ § 33 Abs. 3 Satz 2 GWB-E deutet demgegenüber einen anderen Schadensbegriff an, ohne dass dies reflektiert wird. Wenn es dort heißt, dass der Schaden in dem überteuerten Bezug der Ware bestehe, so wird einer von mehreren Effekten hervorgehoben, ohne dass die systematische Einordnung im Zusammenhang der Gesamtschadensermittlung deutlich würde.

61. Die Anwendung der sog. Differenzhypothese hängt davon ab, was man für die Situation unterstellt, die sich ohne den Eintritt des schädigenden Ereignisses ergeben hätte. Im Fall der zur Überteuerung führenden Kartellabsprachen könnte man bei enger Auslegung denken, die hypothetische Vergleichssituation werde dadurch beschrieben, dass der Käufer in die Lage versetzt werde, mit jedem der Anbieter zu verhandeln, ohne dass diese sich miteinander verständigten. Nimmt man das Prinzip der Entscheidungsautonomie der Anbieter wörtlich, so könnte man argumentieren, dass jeder von ihnen auch in einer solchen Verhandlung die Möglichkeit hätte, den Kartellpreis zu verlangen, es mithin gar keinen Schaden gäbe. In Anbetracht dessen, dass bei einer derartigen Verhandlung im Normalfall ein Kontrahieren zum Wettbewerbspreis zu erwarten ist, erscheint eine solche enge Auslegung jedoch als abwegig.

62. Ein angemessener Vergleichsmaßstab ergibt sich, wenn man für die Vergleichssituation unterstellt, dass die Käufer ohne die rechtswidrige Kartellabsprache in der Lage wären, zum (hypothetischen) Wettbewerbspreis die bei diesem Preis von ihnen gewünschte Menge zu kaufen. Dabei sind die weiterverkaufenden bzw. -verarbeitenden Käufer (vgl. unten Tz. 64) von denen zu unterscheiden, die die Ware für sich behalten. Letztere werden durch die Kartellbildung in derselben Weise geschädigt, wie wenn ein Kaufvertrag zum Wettbewerbspreis über die zu diesem Preis gewünschte Menge gebrochen würde und sie darauf angewiesen wären, sich zum Kartellpreis einzudecken. Zu diesem höheren Preis fragen sie weniger nach. In Anwendung des Differenzprinzips setzt sich ihr Schaden aus *zwei Positionen* zusammen. Er besteht zum einen darin, dass sie für die Menge, die sie beziehen, den Kartellpreis statt des Wettbewerbspreises bezahlen, zum anderen auch darin, dass die Käufer bei dem höheren Preis ihre Nachfrage zurücknehmen und ihnen der Gewinn entgeht, den sie hätten, wenn sie die zum Wettbewerbspreis gewünschten zusätzlichen Einheiten zu diesem Preis erwerben könnten. Aus dieser Überlegung folgt, dass die Überteuerung der tatsächlich bezogenen Waren nur einen Teil des Schadens infolge der Preisüberhöhung ausmacht. Ebenso zu berücksichtigen ist der entgangene Gewinn auf die infolge der Preisüberhöhung nicht gekauften Einheiten des betreffenden Gutes.

²⁰ Ebenda, Vorb v § 249, Rn. 119 ff., 120.

63. Für die Schätzung des entgangenen Gewinns auf die infolge der Preisüberhöhung nicht gekauften Einheiten des betreffenden Gutes ist folgende Überlegung maßgeblich: Der Vorteil, der aus der einzelnen Einheit zu ziehen wäre, ist größer als der Wettbewerbspreis, denn zu diesem hätte der Käufer die Einheit noch gekauft; der Vorteil ist auch kleiner als der Kartellpreis, denn zu diesem wird die Einheit nicht mehr gekauft. Das arithmetische Mittel dieser beiden Größen ist ein brauchbarer Schätzwert, der gemäß § 287 ZPO bei der Schadensschätzung berücksichtigt werden könnte. Als entgangener Gewinn je Einheit wäre demnach die Differenz zwischen diesem Schätzwert und dem Wettbewerbspreis anzusetzen. Der entgangene Gewinn insgesamt entspricht dem Produkt aus dieser Differenz mit der Mengenreduzierung.

64. Im Falle des Händlers oder des weiterverarbeitenden Unternehmens stellt sich die Frage, wie mit dem Umstand umzugehen ist, dass die Preisüberhöhung auf einem Inputmarkt möglicherweise auf die eigenen Kunden überwältigt wird. Ohne die Vorschrift des § 33 Abs. 3 Satz 2 GWB-E wären bei einem Händler (H), der zu einem überhöhten Preis von einem kartellierten Produzenten (P) einkauft und die Waren an einen Endverbraucher (V) weiterverkauft, unter anderem folgende Effekte zu berücksichtigen:

- die Verteuerung der von P bezogenen Ware entsprechend der Differenz zwischen dem Kartellpreis und dem Wettbewerbspreis,
- die Erhöhung der Kosten des H, die sich daraus ergibt, dass er aufgrund der Preisüberhöhung seine Nachfrage nach Produkten der Kartellunternehmen zurücknimmt und durch andere Inputs substituiert, deren Einsatz für ihn teurer ist als der Einsatz des Kartellprodukts zum Wettbewerbspreis,
- der durch den Versuch der Kostenüberwälzung und den dadurch induzierten Rückgang der Verbrauchernachfrage verursachte Rückgang der Verkaufserlöse abzüglich der dem Mengnrückgang entsprechenden Kosteneinsparungen. Der Rückgang der Verkaufserlöse hängt davon ab, um wie viel er seinen eigenen Verkaufspreis erhöht und wie elastisch die Nachfrage seiner Kunden darauf reagiert.

Unabhängig davon, wie mit der Möglichkeit der Überwälzung umgegangen wird, gilt hier wie schon in der vorher diskutierten einfachen Verkäufer-Käufer-Beziehung, dass neben der Überteuering der tatsächlich bezogenen Mengen auch der Umstand zu berücksichtigen ist, dass die Überteuering den H veranlasst, die tatsächlich bezogenen Mengen zurückzunehmen, und dass ihm hier Gewinne entgehen.

65. Im vorstehend beschriebenen Beispiel ist grundsätzlich auch der Verbraucher V als *Geschädigter* des Kartells zu betrachten. Wenn die Preisüberhöhung des Kartells den Händler H veranlasst, seinerseits den Preis zu erhöhen, ist der V als Folgevertragspartner betroffen. Sein Schaden umfasst entsprechend den Ausführungen in Tz. 62 f. zum einen die Überteuerung der tatsächlich von H bezogenen Mengen, zum anderen den Gewinnentgang, der daher rührt, dass er aufgrund der Preisüberhöhung auf den Erwerb des Gutes und damit auf bestimmte Nutzungsmöglichkeiten verzichtet. Freilich bereiten Darlegung und Nachweis solcher Schäden im Allgemeinen große Probleme.

2.5.3.2 Ausschluss der "passing on defense" und Klagerechte von Folgevertragspartnern

66. Mit der Regelung des § 33 Abs. 3 Satz 2 weicht der Entwurf von den in Tz. 64 f. aus allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen abgeleiteten Überlegungen zur Schadenszuordnung ab. Damit soll verhindert werden, dass sich verklagte Kartellmitglieder auf eine Schadensminderung beim Geschädigten berufen können, wenn es diesem gelingt, die aus dem überteuerten Bezug resultierenden Vermögensnachteile ganz oder teilweise durch Weiterveräußerung auf seine Abnehmer abzuwälzen. Mit der Regelung des § 33 Abs. 3 Satz 2 GWB-E wird nach der Begründung der Ausschluss der sog. "passing on defense" nach dem Vorbild des US-amerikanischen Rechts in das deutsche Kartellschadensersatzrecht eingeführt. Der Ausschluss dieser Einrede ist im amerikanischen Recht mit zwei Erwägungen begründet worden. Zum einen stehen den Endverbrauchern, an die die überteuerten Preise der Kartellmitglieder letztlich weitergegeben werden, oft keine eigenen Schadensersatzansprüche zu, so dass die Gefahr bestünde, dass der Schädiger nicht in Anspruch genommen wird; dieses Argument entspricht den in Deutschland für die Drittschadensliquidation vorgebrachten Gründen. Zum anderen fällt es dem unmittelbaren Abnehmer der kartellierten Unternehmen auch leichter als den Letztverbrauchern, die schadensrelevanten Umstände zu beweisen.²¹

67. Die vorgeschlagene Regelung ist grundsätzlich zu begrüßen. Jedoch bedarf es einiger Präzisierungen. Zunächst ist klarzustellen, dass die Regelung nicht so verstanden werden darf, als bestehe der Schaden des Händlers oder des weiterverarbeitenden Unternehmens *nur* in der Überteuerung der tatsächlich bezogenen Mengen. Die Auswirkungen der Preisüberhöhung auf den aufgrund von Mengenreduktionen entgangenen Gewinn machen einen Teil des dem Händler oder weiterverarbeitenden Unternehmen entstehenden Schadens aus. Die oben in Tz. 62 konstruierte Parallele zum Schadensersatz bei Bruch eines Kaufvertrags zum Wettbe-

²¹ Vgl. Roger D. Blair/Jeffrey L. Harrison, Reexamining the Role of Illinois Brick in Modern Antitrust Standing Analysis, in: George Washington Law Review, Vol. 68, 1999, S. 1 ff.

verkaufspreis über die zu diesem Preis gewünschte Menge gilt für den Händler bzw. das weiterverarbeitende Unternehmen und macht auch hier eine Berücksichtigung des entgangenen Gewinns erforderlich.

68. Bei der Beurteilung der "passing on defense" bzw. ihres Ausschlusses im Rahmen einer an zivilrechtlichen Grundsätzen orientierten Schadensschätzung steht der Umstand zur Diskussion, dass ein Teil der Mengenreduktion des Händlers oder weiterverarbeitenden Unternehmens die Outputpreiserhöhung dieses Unternehmens selbst widerspiegelt, auch der Umstand, dass das Unternehmen den entgangenen Gewinn durch die Outputpreiserhöhung mindert. Aus der Verpflichtung des Geschädigten zur Schadensbegrenzung gemäß § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB ergibt sich, dass der Händler oder das weiterverarbeitende Unternehmen sich diese Möglichkeit zur Minderung des entgangenen Gewinns zurechnen lassen muss, womit der Ausschluss der "passing on defense" abzulehnen wäre. Dieser Überlegung zum Vorteilsausgleich (vgl. oben Tz. 60) steht allerdings der Umstand entgegen, dass die Maßnahme der Outputpreiserhöhung als Instrument der Schadensbegrenzung beim Händler oder weiterverarbeitenden Unternehmen kaum mehr ist als eine Überwälzung des Schadens auf Dritte, nämlich die eigenen Abnehmer. Insofern deren Klagemöglichkeiten beschränkt sind, hätte die "passing on defense" zur Folge, dass die Kartellmitglieder diesbezüglich keine Schadensersatzansprüche zu gewärtigen hätten. Dies wäre mit dem Grundgedanken der Vorteilsausgleichung unvereinbar. Danach kommt eine Anrechnung der mit dem Schadensfall verbundenen Vorteile nur in Betracht, wenn dies dem Zweck der Schadensersatzpflicht entspricht und den Schädiger nicht unbillig entlastet.²² Gerade das wäre aber in der erläuterten Situation der Fall. Die Absicht des Gesetzgebers, die private Durchsetzung des Kartellrechts durch Schadensersatzansprüche zu fördern, lässt eine Entlastung der Kartellmitglieder aufgrund der Abwälzung des Schadens auf Dritte nicht zu. Dem entspricht der Ausschluss der "passing on defense" durch § 33 Abs. 3 Satz 2 GWB-E.

69. Bei der Beurteilung von Klagemöglichkeiten der Folgevertragspartner ist zwischen *rechtlichen* und *faktischen* Möglichkeiten zu unterscheiden. Die faktischen Klagemöglichkeiten der Folgevertragspartner sind grundsätzlich beschränkt. Die Preisüberhöhung, der sie sich ausgesetzt sehen, ist den Kartellmitgliedern nur mittelbar zuzurechnen. Unmittelbar werden die Preise durch die dazwischen geschalteten Händler und weiterverarbeitenden Unternehmen fixiert. In jeglichem Verfahren wäre daher zu klären, ob und inwiefern die Preiserhöhung überhaupt auf die Preisüberhöhung des Kartells und nicht etwa auf ein aus sonstigen Erwägungen

²² BGH, Urteil vom 16. Januar 1990, VI ZR 170/89, NJW 1990, 1630; BGH, Urteil vom 13. Juli 1981, II ZR 91/80, BGHZ 81, 275; BGH, Urteil vom 17. Mai 1984, VII ZR 169/82, BGHZ 91, 210.

begründetes Verhalten der Endverkäufer zurückgeht. Für den Folgevertragspartner ergibt sich hier ein oft unlösbares Beweisproblem, denn die zur Klärung erforderlichen Informationen liegen bei seinem Lieferanten.

70. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass der Kausalzusammenhang zwischen der Preisüberhöhung des Kartells und der Preissetzung der Händler oder weiterverarbeitenden Unternehmen nicht immer durch einfache Kostenüberwälzungserwägungen zu ermitteln ist. So hat der Umstand, dass das Kartell den Inputpreis *aller* Händler erhöht, zur Folge, dass sich nicht nur die Kosten, sondern auch die Wettbewerbsverhältnisse unter den Händlern ändern. Die Erhöhung des Inputpreises für die Händler B und C erhöht deren Kosten. Dadurch mindert sich der Wettbewerbsdruck, den diese auf Händler A ausüben und dieser erhält zusätzliche Preiserhöhungsspielräume. Inwiefern die vom Kunden beklagte Preiserhöhung des Händlers A auf die direkte Wirkung der durch das Kartell induzierten Erhöhung der Kosten des A oder auf die indirekte Wirkung der durch das Kartell induzierten Minderung des Wettbewerbsdrucks auf A zurückgeht, dürfte im konkreten Fall kaum zu bemessen sein. Dabei ist daran zu erinnern, dass die Gerichte in Deutschland wie in den USA im Umgang mit Schadensersatzklagen in Kartellfällen der Überlegung erhebliches Gewicht beimessen, dass der Kreis der Schadensersatzberechtigten und das Ausmaß ihrer Forderungen nicht unübersehbar werden.²³

71. Skepsis bezüglich der faktischen Wirkung der Klagen von Folgevertragspartnern rechtfertigt den vorgesehenen Ausschluss der "passing on defense". Jedoch sollte diese Regelung nicht dazu führen, dass Klagen von Folgevertragspartnern auch rechtlich ausgeschlossen werden. Der Wortlaut des Entwurfs lässt diese Frage offen und spricht nur von "Betroffenen". Weder aus dem Entwurf noch aus der Begründung kann entnommen werden, ob und wenn ja, in welcher Höhe Vertragspartner des Direktabnehmers eigene Schadensersatzansprüche geltend machen können. In der bisherigen Diskussion um den Gesetzentwurf lassen sich Äußerungen von Vertretern des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit allerdings dahingehend verstehen, dass Folgevertragspartner grundsätzlich von Schadensersatzleistungen ausgeschlossen werden sollen. Dies hält die Monopolkommission für problematisch.

72. Zunächst erscheint zweifelhaft, ob ein solcher Ausschluss bestimmter Personengruppen von der Geltendmachung der in § 33 GWB-E vorgesehenen Schadensersatzansprüche überhaupt möglich ist. Bereits oben wurde auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in dem Fall "Courage" verwiesen. Dort wurde ausdrücklich festgestellt, dass grundsätzlich je-

²³ Vgl. LG Mannheim, Urteil vom 11. Juli 2002, 7 O 326/02, GRUR 2004, 182.

dermann in der Lage sein muss, erlittene Schäden geltend zu machen. Ein pauschaler Ausschluss von Zwischenabnehmern und Endverbrauchern dürfte sich damit als europarechtswidrig erweisen.²⁴

73. Ein solcher Ausschluss wäre aber auch sachlich problematisch. Ein Ausschluss von Folgevertragspartnern von der Geltendmachung der in § 33 GWB-E vorgesehenen Schadensersatzansprüche würde Delinquenten den Anreiz geben, sich jeweils durch Einschaltung von möglicherweise nur zu diesem Zweck geschaffenen Zwischenhändlern gegen die Schadensersatzpflicht zu immunisieren. Selbst wenn nicht explizit ein Umgehungstatbestand vorliegt, ist zu berücksichtigen, dass die Direktabnehmer des Kartells in wichtigen Fällen gar kein Interesse an einer Klage haben. Das gilt beispielsweise, wenn der in Tz. 70 beschriebene Effekt der Kartellbildung auf den Wettbewerb unter den Direktabnehmern der Kartellunternehmen zur Folge hat, dass sie durch die Kartellbildung in ihrem Inputmarkt sogar besser gestellt werden. In solchen Fällen liefe § 33 GWB-E bei Ausschluss der Klagemöglichkeit von Folgevertragspartnern leer. Gerade in solchen Fällen jedoch wäre das Interesse der Folgevertragspartner an einer Ahndung des Kartellvergehens besonders ausgeprägt.

74. Mit dem Ausschluss von Klagemöglichkeiten von Folgevertragspartnern wird in der US-amerikanischen Rechtsprechung versucht, die Möglichkeit der Doppelhaftung von Kartelltätern bei Ausschluss der "passing on defense" zu vermeiden. Die angesprochenen Probleme eines Ausschlusses von Klagemöglichkeiten von Folgevertragspartnern werden aber auch in den USA intensiv diskutiert, mit der Folge, dass dieses Prinzip in der Mehrzahl der Bundesstaaten nicht angewandt wird. Die Monopolkommission empfiehlt, das Problem einer möglichen Doppelhaftung von Kartelltätern dadurch zu lösen, dass in den Fällen, in denen dieses Problem konkret auftritt, unbeschadet der noch zu besprechenden Möglichkeit des mehrfachen Schadensersatzes eine *Anrechnung* des an Folgevertragspartner bezahlten Schadensersatzes auf den dem Direktabnehmer geschuldeten Schadensersatz vorgenommen wird. Weiterhin empfiehlt sie, die *Klageberechtigung von Folgevertragspartnern und ihren Verbänden* ausdrücklich im Gesetz klarzustellen. Die Ablehnung der "passing on defense" bleibt dem Grundsatz nach unberührt, doch sollte entsprechend Tz. 67 klargestellt werden, dass die Berücksichtigung der Überteuerung der tatsächlich bezogenen Waren die *weitere Berücksichtigung des entgangenen Gewinns* nicht ausschließt.

²⁴ EuGH, Urteil vom 20. September 2001, a.a.O.

2.5.3.3 Mehrfacher Schadensersatz

75. Ein weiterer erfolgversprechender Ansatz, die private Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland zu fördern, besteht in der Einführung einer Sanktion, die den Kartellrechtstäter zu *mehrfachem* Schadensersatz verpflichtet. Der Geschädigte würde dann im Fall einer erfolgreich abgeschlossenen Klage einen über die bloße Kompensation hinausgehenden Betrag von dem Schädiger erhalten. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass das Opfer einer kartellrechtswidrigen Vereinbarung oder Verhaltensweise bereits durch die Wettbewerbsbeschränkung zum Teil erhebliche Verluste erlitten hat. Es weiß außerdem, dass ein hoher finanzieller und zeitlicher Aufwand mit einer Klage verbunden ist. Es weiß schließlich auch, dass seine Klage mit gewisser Wahrscheinlichkeit erfolglos enden wird und er dann die Prozesskosten zu tragen hat. Den Aufwand, der mit der Klageerhebung verbunden ist, wird der Geschädigte daher nur tätigen, wenn die davon erwarteten Vorteile die zu erwartenden Kosten wenigstens um die dem Prozessrisiko entsprechende Risikoprämie übersteigen. Dies ist oftmals nicht der Fall, wenn bei einem Prozesserfolg lediglich der erlittene Schaden ausgeglichen wird. Wird dagegen ein mehrfacher Schadensersatz in Aussicht gestellt, so ist der Geschädigte eher bereit, seine Ansprüche gerichtlich geltend zu machen.

76. Gleichzeitig kommt dem Instrument des mehrfachen Schadensersatzes eine starke *Abschreckungs- und Präventionswirkung* gegenüber potentiellen Kartellrechtstätern zu. Diese Abschreckungs- und Präventionsfunktion wird insbesondere in den USA den sog. "punitive damages" beigemessen. Ökonomisch wird sie folgendermaßen begründet: Verhalten sich Unternehmen risikoneutral, werden sie zwischen dem Gewinn, der aus einer rechtswidrigen Verhaltensweise zu ziehen ist, und den Kosten abwägen und die Rechtsgutsverletzung dann und nur dann in Betracht ziehen, wenn der erwartete Gewinn die erwarteten Kosten übersteigt. Die erwarteten Kosten hängen nicht nur von der Höhe des Schadensersatzes ab, sondern auch von der Wahrscheinlichkeit, mit der dieser zu leisten ist, d.h. von der Wahrscheinlichkeit, dass das rechtswidrige Verhalten des Schädigers entdeckt und gerichtlich angegriffen wird und dieser Angriff Erfolg hat. Geht der Schädiger davon aus, dass sein rechtswidriges Verhalten mit hoher Wahrscheinlichkeit ungeahndet bleibt, so wird die Schadensersatzpflicht keine abschreckende Wirkung auf ihn haben, es sei denn die geringe Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Wirkung der Schadensersatzpflicht würde durch eine Überhöhung der zu ersetzenden Summe kompensiert. Die Wahrscheinlichkeit, dass das rechtswidrige Verhalten des Schädigers entdeckt und erfolgreich gerichtlich angegriffen wird, ist insbesondere dann als gering anzusehen, wenn die Beweisschwierigkeiten auf Seiten des Geschädigten hoch sind oder wenn eine

Klage mit erheblichen Anstrengungen und Kosten verbunden ist und der Geschädigte den Aufwand und das damit verbundene Risiko scheut. Entspricht der Vorteil, den der Schädiger aus seinem Verhalten zieht, in etwa dem Nachteil des Geschädigten, so kann bei einfachem Schadensersatz die Abschreckungs- und Präventivwirkung des Gesetzes selbst dann versagen, wenn die Wahrscheinlichkeit der Entdeckung und erfolgreichen gerichtlichen Verfolgung zwar erheblich ist, aber gleichwohl kleiner als Eins. In diesem Fall kann der Schädiger erwägen, dass er mit positiver Wahrscheinlichkeit die Früchte seines rechtswidrigen Verhaltens behält und dass er ansonsten kaum mehr herauszugeben hat als eben diesen Vorteil. Hat er jedoch gegebenenfalls mehrfachen Schadensersatz zu leisten, so ist sein Anreiz zu rechtswidrigem Verhalten deutlich vermindert.

Danach haben "punitive damages" immer dann ihre Berechtigung, wenn der Schädiger eine erhebliche Chance hat, sich der Verantwortung für den von ihm verursachten Schaden zu entziehen. Sei die Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme des Schädigers gering, müsse der potentielle Schadensersatz um einen entsprechenden Faktor erhöht werden. In der amerikanischen Literatur ist hierzu der Vorschlag gemacht worden, die "punitive damages" als Ergebnis aus dem tatsächlich entstandenen Schaden multipliziert mit dem Kehrwert der Wahrscheinlichkeit des Haftungseintritts zu errechnen. Folgendes Beispiel soll das verdeutlichen: Wenn sich der tatsächliche Schaden auf 1.000 € beläuft und die Wahrscheinlichkeit des Haftungseintritts 25 % beträgt, ist der Multiplikator 4 ($= 1/0,25$). Das heißt, es sind 4.000 € Schadensersatz zu zahlen.²⁵

77. Diese Überlegungen können für das deutsche Kartellrecht fruchtbar gemacht werden. Wie oben bereits erörtert, sind die Beweisschwierigkeiten gerade in privatrechtlich verfolgten Kartellrechtsfällen besonders hoch. Auch das Prozesskostenrisiko dürfte in vielen Fällen beträchtlich sein. Da die Wahrscheinlichkeit einer Inanspruchnahme des Kartelltäters also eher gering ist, entfaltet eine Schadensersatzlösung, die sich auf die reine Kompensation beschränkt, keine ausreichende Abschreckungswirkung. Kann die drohende Schadensersatzsumme hingegen höher ausfallen, erhöht sich damit auch die Wahrscheinlichkeit, dass die betroffenen Unternehmen auf ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten als nicht mehr lohnend verzichten. Gleichzeitig verstärkt sich mit der Erhöhung der Schadensersatzsumme der Anreiz für den Geschädigten, eine entsprechende Klage zu erheben.

²⁵ Vgl. A. Mitchell Polinsky/Steven Shavell, Punitive Damages: an economic analysis, in: Harvard Law Review, Vol. 111, 1998, S. 869 ff., dies., Punitive Damages, in: Peter Newman (ed.), The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, London u.a., 1998, S. 192 ff.

78. Die Monopolkommission verkennt nicht, dass ein wesentlicher Grundgedanke des deutschen Schadensersatzrechts in dem Ausgleich erlittener Schäden besteht. Die Schadensersatzleistung soll in erster Linie den entstandenen Nachteil kompensieren, eine Überkompensation findet grundsätzlich nicht statt. Dieser Grundsatz wird allerdings auch heute schon nicht durchgängig aufrechterhalten, sondern in bestimmten Fällen von anderen Aspekten überlagert. Neben *rechtsethischen* Zielvorstellungen sind insbesondere die Aspekte der *Prävention, Abschreckung und Genugtuung* zu nennen. Dahinter steht die Vorstellung, dass die Leistung von Schadensersatz nicht nur eine reine Ausgleichsfunktion hat, sondern immer auch verhaltenssteuernde Elemente aufweist. Soziale Zwecke führen zum Beispiel in den Fällen der fiktiven Schadensberechnung bei Kraftfahrzeugschäden zu einer Überkompensation. Diese wird unter anderem damit gerechtfertigt, dass die Folgen eines Unfalls auch für den "kleinen Mann" erträglich bleiben müssen, der selbst nach einem Schadensfall nicht auf die künftige Benutzung eines Kraftfahrzeugs verzichten müssen soll.

79. Wesentliche Zielvorstellungen des Haftungsrechts kommen auch in dem Gedanken der *Prävention und Schadensverhütung* zum Ausdruck, wie er sich in verschiedenen Tatbeständen der Gefährdungshaftung wiederfindet, beispielsweise im Produkthaftungs- und Arzneimittelgesetz. Sie werden noch durch *verbraucherschützende* Aspekte ergänzt. Abschreckende Wirkung legt der Europäische Gerichtshof ausdrücklich dem Entschädigungsanspruch bei Verletzung des geschlechtlichen Benachteiligungsgebots gemäß § 611a BGB bei.²⁶ Zusätzlich zum Ausgleichs- und Präventionszweck wird der Leistung von Schadensersatz auch *Sanktionscharakter* beigemessen. Hier sei auf die Rechtsprechung zum doppelten Schadensersatzanspruch der GEMA verwiesen, die zu der einfachen Lizenzgebühr noch einen hundertprozentigen Zuschlag zum Normaltarif gewährt.²⁷ Gerechtfertigt wird dieser Zuschlag mit der umfangreichen Überwachungsorganisation, die die GEMA unterhält, um Urheberrechtsverletzungen nachzugehen. Diese Überwachungskosten werden ebenfalls als kompensationsfähig angesehen, obwohl es an der Kausalität zwischen der konkreten Rechtsverletzung und den durch den Überwachungsapparat als solchen hervorgerufenen Kosten fehlt. Zur Begründung führt der Bundesgerichtshof unter anderem an, dass andernfalls für potentielle Rechtsverletzer kein Anreiz zu normgerechtem Verhalten bestünde.²⁸ Ähnlich gelagert ist der Fall der Einbeziehung der sog. Fangprämie in den beim Ladendiebstahl zu leistenden Schadensersatz.

26 EuGH, Urteil vom 22. April 1997, Rs. C-180/95 – *Nils Draehmpaehl ./. Urania Immobileinservice OHG* –, Slg. 1997, I-2195, NJW 1997, 1839; EuGH, Urteil vom 10. April 1984 Rs. 14/83 – *Sabine von Colson und Elisabeth Kamann ./. Land Nordrhein-Westfalen* –, Slg. 1984, 1891; EuGH, Urteil vom 10. April 1984, Rs. 76/83 – *Dorit Harz ./. Deutsche Tradax GmbH* –, Slg. 1984, 1921.

27 BGH, Urteil vom 24. Juni 1955, I ZR 178/53, BGHZ 17, 376.

28 BGH, Urteil vom 10. März 1972, I ZR 160/70, BGHZ 59, 286.

80. Neben dem Bereich der Vermögensschädigungen findet die Überlagerung des Ausgleichsgedankens durch andere Aspekte auch beim Ersatz immaterieller Schäden statt. Hier ist die Entwicklung des Schmerzensgeldanspruchs hin zum *Strafschadensersatz* zu nennen, die im Wesentlichen auf dem sog. Genugtuungsgedanken beruht.²⁹ Im Bereich der Verletzung des Persönlichkeitsrechts misst die Rechtsprechung außerdem dem *Präventionsgedanken* besondere Bedeutung bei. Dies machte der Bundesgerichtshof in seiner "Caroline"-Rechtsprechung besonders deutlich, wo er explizit ausführte, dass der Ausgleichsgedanke zugunsten des Präventionszwecks in den Hintergrund treten müsse.³⁰ Der Präventionsgedanke war von solcher Relevanz, dass das Gericht die Gewinnerzielungsabsicht einer Illustrierten als Bemessungsfaktor für die Schmerzensgeldhöhe heranzog.³¹ Nach Auffassung des Gerichts wäre ohne fühlbare Geldentschädigung die Klägerin einer rücksichtslosen Zwangskommerzialisierung ihrer Persönlichkeit weitgehend schutzlos ausgeliefert. Eine Verurteilung zur Geldentschädigung sei aber nur dann geeignet, den Präventionszweck zu erreichen, wenn die Entschädigung der Höhe nach ein Gegenstück dazu bilde, dass hier die Persönlichkeitsrechte zur Gewinnerzielung verletzt worden seien. Der Bundesgerichtshof stellte deshalb ausdrücklich fest: "Erfolgt der Einbruch in das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen vorsätzlich mit dem Ziel der Auflagensteigerung und Gewinnerzielung, dann gebietet der Gedanke der Prävention, die Gewinnerzielung als Bemessungsfaktor in die Entscheidung über die Höhe der Geldentschädigung einzubeziehen." Das genannte Urteil belegt somit ebenfalls, dass präventive und abschreckende Faktoren in die Bemessung des Schadensersatzes einfließen und sogar eine erhebliche Rolle spielen können.

81. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass Präventions-, Abschreckungs- und Strafmerkmale dem deutschen Schadensersatzsystem durchaus nicht fremd sind. Sanktionsmerkmale weist ein Schadensersatzanspruch zum Beispiel immer dann auf, wenn er zugebilligt wird, ohne dass ein Schaden (in dieser Höhe) entstanden oder nachgewiesen ist (GEMA, Fangprämie). Sanktionszwecke verfolgt der Schadensersatz auch dann, wenn die Festlegung des Umfangs der Schadensersatzsumme vom Grad des Verschuldens abhängig gemacht wird (Schmerzensgeld) oder wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schädigers und des Geschädigten bei der Schadensersatzleistung berücksichtigt werden (Billigkeitshaftung).³²

82. Nach den hier vorgetragenen Erwägungen soll die Schadensersatzpflicht angemessene Verhaltensanreize für Schädiger und Geschädigte setzen. Auf Seiten des Klägers ist sowohl

²⁹ BGH, Urteil vom 19. September 1961, VI ZR 259/60, BGHZ 35, 363.

³⁰ BGH, Urteil vom 5. Dezember 1995, VI ZR 332/94, NJW 1996, 984.

³¹ BGH, Urteil vom 15. November 1994, VI ZR 56/94, NJW 1995, 861.

³² Vgl. Peter Müller, Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht, Berlin u.a., 2000, S. 93 ff.

ein "Zuwenig" als auch ein "Zuviel" an Anreizen zum Beschreiten des Gerichtswegs zu vermeiden. Wird die Schadensersatzpflicht zu niedrig angesetzt, so kann sich die Präventiv- und Abschreckungswirkung des Gesetzes nicht entfalten. Insofern gilt es insbesondere, den Auswirkungen von Beweisschwierigkeiten, Prozesskosten und Prozessrisiken auf das Verhalten der Geschädigten entgegenzuwirken. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch, dass die verhaltenssteuernde Wirkung der Klage *allen* Betroffenen zugute kommt, was der Einzelne in seiner Entscheidung über die Einreichung einer Klage jedoch nicht berücksichtigt. Für den Kreis der Geschädigten insgesamt hat Letztere die Eigenschaft eines "öffentlichen Guts", wovon bekanntermaßen durch Eigeninitiative Einzelner tendenziell zu wenig bereitgestellt wird. Wird die Schadensersatzpflicht jedoch zu hoch angesetzt, so kann es zu einem Übermaß an Klagen kommen, weil die Kläger erwarten, auf jeden Fall etwas zu bekommen und sei es auch nur im Zuge eines Vergleichs, der geschlossen wird, weil der Beklagte sich den Prozess und das Prozessrisiko vom Hals schaffen will. Im allgemeinen Schadensersatzrecht ist an dieser Stelle auch der Möglichkeit Rechnung zu tragen, dass eine überhöhte Schadensersatzpflicht das Geschäftsrisiko des Schädigers erhöht, da Schadensfälle zufällig und ohne unmittelbares Zutun des "Schädigers" eintreten können. Dieser Aspekt spielt bei Kartellverstößen keine Rolle, da das jeweilige rechtswidrige Verhalten als solches mit Willen des Schädigers erfolgt.

83. Soweit es um die Höhe des in § 33 GWB-E vorzusehenden Schadensersatzes geht, bietet die Regelung des dreifachen Schadensersatzes im US-amerikanischen Antitrustrecht einen geeigneten Ansatzpunkt. Allerdings ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass "punitive damages" im amerikanischen Recht auch eine Art Kompensationsleistung darstellen können. Dies gilt etwa im Hinblick auf die Anwaltskosten, die im amerikanischen Rechtssystem auch der erfolgreiche Kläger selbst zahlen muss. Diese Kosten können ein beträchtliches Ausmaß erreichen, das den gerichtlich zugesprochenen kompensatorischen Schadensersatz erheblich schmälern würde. Die Leistung von "punitive damages" stellt in diesem Zusammenhang sicher, dass der obsiegende Geschädigte jedenfalls im Endeffekt nicht mit seinen Anwaltskosten belastet wird. Unterschiedliche Rahmenbedingungen bestehen des Weiteren im Hinblick auf die Geltendmachung von Verzugszinsen. Anders als im deutschen Recht fallen im amerikanischen Recht Verzugszinsen in aller Regel nicht schon ab dem Zeitpunkt der Mahnung, sondern erst mit dem Urteilsspruch des Gerichtsverfahrens an. Bei hohen Schadensersatzforderungen, wie sie im Kartellrecht nicht unüblich sind, und einer mehrjährigen Verfahrensdauer können dem Kläger in den USA somit beträchtliche Zinszahlungen entgehen, die in Deutschland gewährt werden. Aus diesen Gründen wäre es aus Sicht der Monopol-

kommission ausreichend, wenn in § 33 GWB eine Regelung aufgenommen würde, die dem erfolgreichen Kläger den *zweifachen* Schadensersatz in Aussicht stellt.

2.5.4 Die Rolle der Verbraucherschutzorganisationen

84. Der Gesetzentwurf wertet die Rolle der Verbraucherschutzorganisationen bei der Kartell- und Missbrauchsaufsicht in mehrfacher Hinsicht auf.

- Gemäß § 33 Abs. 2 Nr. 2 GWB-E können *Ansprüche auf Beseitigung und Unterlassung* künftig auch von qualifizierten Einrichtungen geltend gemacht werden, die nachweisen, dass sie in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 UKlaG oder in dem Verzeichnis der Kommission der Europäischen Gemeinschaft nach Art. 4 der Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen eingetragen sind.³³ Qualifizierte Einrichtungen im oben genannten Sinne sind laut Begründung hauptsächlich die Verbraucherschutzverbände. Mit ihrer Einbeziehung in den Kreis der Anspruchsberechtigten soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen durch die Sicherung eines wirksamen Wettbewerbs auch die Interessen der Verbraucher schützt.
- Die Vorschrift des § 34a GWB-E ermächtigt die in § 33 Abs. 2 Nr. 1 und 2 GWB-E genannten Verbände zur *Vorteilsabschöpfung*. Sie dürfen von dem, der einen Verstoß im Sinne des § 33 Abs. 1 GWB-E vorsätzlich begeht und hierdurch auf Kosten einer Vielzahl von Geschädigten einen wirtschaftlichen Vorteil erzielt, die Herausgabe eines entsprechenden Geldbetrags verlangen. Dies gilt allerdings nur subsidiär, soweit nicht die Kartellbehörde die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils anordnet. Die Verbände und qualifizierten Einrichtungen haben gemäß § 34a Abs. 4 GWB-E den erlangten Geldbetrag nach Abzug der zur Geltendmachung des Anspruchs erforderlichen Aufwendungen an das Bundeskartellamt abzuführen.

Aufgrund der Beschränkung auf vorsätzliche Zuwiderhandlungen, die dem § 10 des UWG-Entwurfs nachgebildet ist, wird nach Ansicht des Gesetzgebers die Vorteilsabschöpfung vor allem bei Verstößen gegen wettbewerbsrechtliche Kernbeschränkungen relevant, bei denen vorsätzliches Handeln der beteiligten Unternehmen in der Regel evident ist. Die Vorteilsabschöpfung soll sich nur gegen besonders gefährliche kartellrechtswidrige Handlungen richten, nämlich solche mit Breitenwirkung, die tendenziell eine größere Anzahl von Marktteilnehmern betreffen. In diesen Fällen sei die Verstärkung der Abschreckungs-

³³ ABl. EG Nr. L 166 vom 11. Juni 1998, S. 51 ff.

wirkung gerechtfertigt. Durch das Merkmal "auf Kosten" werde klargestellt, dass der Tatbestand nur dann greift, wenn der Erzielung des wirtschaftlichen Vorteils unmittelbar ein Vermögensnachteil der Marktteilnehmer gegenüberstehe. Dazu genüge jede wirtschaftliche Schlechterstellung. Die Verpflichtung zur Abführung des erlangten Geldbetrags sei notwendig, um dem Risiko einer missbräuchlichen Ausnutzung des Rechts zur Vorteilsabschöpfung zu begegnen. Ansonsten bestehe die Gefahr, dass der Anspruch allein aus dem sachfremden Motiv der Einnahmeerzielung heraus geltend gemacht werde.

- Die Verbraucherschutzorganisationen werden darüber hinaus im Verfahren zur Anerkennung von Wettbewerbsregeln genannt. Gemäß § 25 GWB-E sollen künftig Verbraucherzentralen und andere Verbraucherverbände, die mit öffentlichen Mitteln gefördert werden, das *Recht zur Stellungnahme* erhalten, wenn die Interessen der Verbraucher erheblich berührt sind. Damit soll laut Begründung der oftmals erheblichen verbraucherpolitischen Bedeutung von Wettbewerbsregeln Rechnung getragen werden.

85. Die Monopolkommission begrüßt die Ausdehnung der Befugnisse von Verbraucherverbänden im Rahmen der §§ 33 und 34a GWB-E. Dadurch, dass der *Kreis der potentiellen Anspruchsberechtigten* um die Verbraucherverbände erweitert wird, stärkt man die private Rechtsdurchsetzung und erhöht die Abschreckungswirkung privatrechtlicher Sanktionen. Gesetzgeberische Maßnahmen zur Intensivierung der privaten Rechtsverfolgung dürfen nicht auf Unternehmen, die als Wettbewerber, Abnehmer oder Lieferanten auf dem betroffenen Markt tätig sind, oder Endverbraucher beschränkt bleiben. Diese sind oft nicht in der Lage oder bereit, Unterlassungs- oder Schadensersatzansprüche auf eigene Verantwortung und Kosten geltend zu machen. Zweifelhaft kann im Einzelfall schon sein, wer zu dem Kreis der Anspruchsberechtigten gehört. Dies gilt in erster Linie für den Kreis der Endverbraucher, aber in geringerem Ausmaß auch für Folgevertragspartner von Direktabnehmern. Abnehmer und Lieferanten sind darüber hinaus häufig wirtschaftlich abhängig von den Kartellpartnern und sehen wegen befürchteter Repressalien von einer Klageerhebung ab. Andere Unternehmen werden wegen des hohen Aufwands und Prozessrisikos den Weg zum Gericht oft scheuen.

Um so wichtiger sind daher gesetzliche Vorkehrungen, die eine Rechtsdurchsetzung durch die maßgeblichen privaten Verbände fördern. Deren Einbeziehung in den Kreis der Anspruchsberechtigten erhöht die Abschreckungswirkung privatrechtlicher Sanktionen und bietet so eine zusätzliche Gewähr für die Einhaltung der Wettbewerbsvorschriften durch die betroffenen Unternehmen. Diese Auffassung hat sich auch bislang schon im Gesetz niedergeschlagen. Ge-

mäß § 33 Satz 2 GWB durften Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen bereits nach geltendem Recht Ansprüche auf Unterlassung gerichtlich einklagen.

86. Nach Ansicht der Monopolkommission gehen die geplanten Änderungen allerdings noch nicht weit genug. Die Erweiterung der Klagebefugnis für Beseitigungs- und Unterlassungsklagen auf Verbraucherschutzorganisationen ist zwar ein erster richtiger Schritt. Die Klagebefugnis der Verbände sollte sich jedoch nicht hierauf beschränken, sondern auch *Schadensersatzklagen* umfassen. Grundsätzlich positiv ist die Ausdehnung der Möglichkeit zur *Vorteilsabschöpfung* auf die Verbraucherschutzorganisationen zu bewerten. Die nähere Ausgestaltung dieser Befugnis, insbesondere die Pflicht zur Abgabe des abgeschöpften Vorteils, ist aber nochmals zu überdenken.

2.5.4.1 Beseitigungs- und Unterlassungsklagen durch Verbraucherverbände

87. Wie der Wegfall des Schutzgesetzfordernisses in § 33 Abs. 1 GWB-E erweitert auch die Vorschrift des § 33 Abs. 2 Nr. 2 GWB-E den Kreis der Anspruchsberechtigten. Nach bisherigem Recht bestand die Möglichkeit von Verbandsklagen nur gemäß § 33 Satz 2 GWB, demzufolge Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen Ansprüche auf Unterlassung geltend machen dürfen. Hinter diesem Klagerecht stand die Überlegung des Gesetzgebers, ebenso wie im Rahmen des UWG bestehe im GWB ein *legitimes Interesse*, neben den Betroffenen auch den Verbänden einen Unterlassungsanspruch zuzubilligen. Sie sollen in die Lage versetzt werden, Abwehrmaßnahmen gegen kartellrechtswidriges Verhalten auch dann zu ergreifen, wenn die unmittelbar Betroffenen entweder keine Maßnahmen ergreifen können oder wollen.

88. Die Begründung der Verbandsklage für Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen nach § 33 Satz 2 GWB lässt sich unmittelbar auf die Verbraucherschutzorganisationen übertragen. Einzelne Verbraucher werden sich in der Regel kaum gegen sie treffende kartellrechtswidrige Verhaltensweisen wehren können oder wollen. Fraglich kann im Einzelfall schon sein, ob sie "Betroffene" im Sinne des § 33 Abs. 1 GWB-E und damit klagebefugt sind. Daneben ist die Bestimmung des konkreten Kartelltäters sowie der Nachweis eines kartellrechtswidrigen Verhaltens für den einzelnen Verbraucher noch wesentlich schwieriger als für markteteiligte Unternehmen oder Verbände, die einen besseren Zugang zu den erforderlichen Marktdaten haben. Auch der mit einer Klageerhebung verbundene Aufwand und das Prozessrisiko stellen für den Einzelnen eine beträchtliche Belastung und damit ein oft unüberwindliches Hindernis dar, wogegen Unternehmen und Verbände in der Regel über größere finanzielle Ressourcen verfügen. Vor diesem Hintergrund ist die Einbeziehung der Verbrau-

cherschutzorganisationen in die Vorschrift des § 33 Abs. 2 GWB-E ausdrücklich zu begrüßen. Sie erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass gegen kartellrechtswidriges Verhalten gerichtlich vorgegangen und Zuwiderhandlungen gegen das Kartellrecht ein Ende gesetzt wird.

Die allgemeinen Voraussetzungen, die zur Erhebung einer Unterlassungsklage berechtigen, dürften in der Regel bei den in § 4 Abs. 2 UKlaG genannten Verbraucherschutzorganisationen vorliegen. Klagebefugt sind lediglich rechtsfähige Verbände, auf die Rechtsform kommt es hingegen nicht an. Daneben wird erwartet, dass der Verband durch seine Tätigkeit tatsächlich die Förderung der Verbraucherinteressen verfolgt. Außerdem muss der gerichtlich verfolgte Verstoß gegen das Kartellrecht die satzungsmäßigen Aufgaben des Verbandes betreffen.

2.5.4.2 Schadensersatzklagen von Verbraucherverbänden

89. Die Monopolkommission empfiehlt, dass die in § 33 Abs. 2 Nr. 2 GWB-E genannten qualifizierten Einrichtungen nicht auf die Geltendmachung von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen beschränkt bleiben, sondern darüber hinaus in die Lage versetzt werden, auf *Schadensersatz* zu klagen. Das deutsche Recht sieht zwar derzeit lediglich Verbandsklagen vor, die auf Unterlassung und Beseitigung gerichtet sind, während die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen im Wege der Verbandsklage bislang nicht kodifiziert ist. Es sprechen aber gute Gründe dafür, den Verbraucherverbänden im Kartellrecht derartige Klagerechte einzuräumen. Deutschland wäre mit der Einführung einer auf Schadensersatz gerichteten Verbandsklage auch keineswegs Vorreiter in der Europäischen Union. In Frankreich und Griechenland sind auf Schadensersatz gerichtete Verbandsklagen ausdrücklich zugelassen, in Frankreich bilden sie sogar den Regelfall. Auch in Spanien sind sie für das AGB-Recht erlaubt.

90. Eine auf Schadensersatz gerichtete Verbandsklage würde den effektiven Rechtsschutz im Kartellrecht wesentlich verbessern. Der verhaltenssteuernde Effekt rechtlicher Normen ist generell bei einer Schadensersatzandrohung höher, als wenn nur Unterlassung oder Beseitigung geleistet werden muss. Droht lediglich ein Unterlassungsurteil, muss der Rechtsverletzer nicht um den Verlust seiner in der Vergangenheit erworbenen unrechtmäßigen Vorteile fürchten. Die Unterlassungsklage entfaltet nur Wirkung für die Zukunft, die Schadensersatzklage reicht dagegen in die Vergangenheit zurück. Die Abschreckungswirkung von Schadensersatzsanktionen würde zum einen dadurch zunehmen, dass sich der Kreis der potentiellen Anspruchsberechtigten ausdehnt. Zum anderen erhöht sich für den Kartelltäter das Risiko, zu Schadenser-

satzleistungen herangezogen zu werden, weil Verbände häufig eher zur Klageerhebung bereit und in der Lage sein dürften als einzelne Konsumenten.

91. Hindernisse grundsätzlicher Natur, die eine Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen im Wege der Verbandsklage ausschließen, bestehen nach Auffassung der Monopolkommission nicht. Probleme können zwar bei der *Berechnung der Schadenshöhe* oder der *Verwendung von Schadensersatzzahlungen* auftreten. Hier lassen sich aber geeignete Lösungen finden. Die Höhe des Schadens ist insbesondere bei Streuschäden nicht immer exakt zu ermitteln. Zum einen kann unklar sein, wie hoch der Schaden bei jedem einzelnen Geschädigten ausfällt, zum anderen besteht möglicherweise Ungewissheit darüber, wie viele Geschädigte betroffen sind. Zur Lösung dieser Probleme kann die Regelung des § 287 ZPO herangezogen werden, die dem Gericht die Schadensschätzung erlaubt. Steht der Haftungsgrund fest, darf das Gericht die Höhe des Schadens nach freier Überzeugung schätzen, sofern darüber Streit besteht. Daneben könnte man eine Regelung einführen, die dem griechischen Recht nachgebildet ist. Um den Gerichten gewisse Anhaltspunkte für die Schadensschätzung zu liefern, enthält dieses einen nicht abschließenden Kriterienkatalog, der beispielhaft die Schwere der Verletzungshandlung, den vom Schädiger aufgrund der Rechtsverletzung erzielten Gewinn, die Größe und den Umsatz des beklagten Unternehmens sowie die Bedürfnisse der generellen und speziellen Prävention nennt.

Zur Lösung der Frage, wer die Schadensersatzleistung letztlich erhalten soll, sind verschiedene Antworten denkbar: Die erstrittenen Gelder könnten – wie in Frankreich üblich – bei dem Verband verbleiben, der sie eingeklagt hat. In Griechenland dürfen die Zahlungen nur für Verbraucherschützende Zwecke verwendet werden, die der Handelsminister im Einzelfall festlegt. Bei Schadensersatzleistungen im Rahmen einer Gruppenklage in den USA muss die Entschädigungssumme grundsätzlich individuell auf die einzelnen Betroffenen verteilt werden. Nur soweit dies nicht möglich ist oder unwirtschaftlich erscheint, können die Gelder für einen gemeinnützigen, mit der Klage in Zusammenhang stehenden Zweck verwendet werden.

92. Die Monopolkommission hält die letztgenannte Lösung für vorzugswürdig. Sie wird den Interessen der einzelnen Geschädigten am besten gerecht, denn diese profitieren an erster Stelle von einer erfolgreichen Verbandsklage. Nur wenn die Schadensersatzsumme, die jedem einzelnen Betroffenen zusteht, sehr gering oder die Zahl der Betroffenen unübersehbar groß ist, so dass eine Verteilung unwirtschaftlich wäre, wird auf sie verzichtet. In diesem Fall kommen die erstrittenen Gelder wiederum den Verbrauchern zugute, weil sie zu einem mit der Klage in Zusammenhang stehenden Zweck, also im Sinne des Verbraucherschutzes, verwen-

det werden müssen. Nach Auffassung der Monopolkommission sollte das Gericht, das über den Schadensersatzanspruch entscheidet, auch über die weitere Verwendung der Schadensersatzsumme bestimmen. Dem klagenden Verband könnte gegebenenfalls ein Vorschlagsrecht eingeräumt werden. Ein derartiges Vorgehen garantiert ein möglichst unbürokratisches Verfahren und erhält den Anreiz zur Klageerhebung, da die Verbraucherverbände entweder unmittelbar Geld für ihre Mitglieder und sonstige Verbraucher erstreiten oder aber für Organisationen und Projekte, die jedenfalls mittelbar dem Schutz des Verbraucherinteresses dienen.

93. Die Gefahr, dass die Verbraucherschutzorganisationen insbesondere bei hohen Schadensersatzforderungen der Versuchung erliegen könnten, die Verbandsklage als Einnahmequelle zu missbrauchen, besteht nach Ansicht der Monopolkommission nicht. Der Gesetzentwurf dehnt das Verbandsklagerecht ausdrücklich nur auf qualifizierte Einrichtungen nach § 4 UKlaG bzw. nach Art. 4 der Richtlinie 98/27/EG aus. Gemäß § 4 Abs. 2 UKlaG sind unter qualifizierten Einrichtungen rechtsfähige Verbände zu verstehen, zu deren satzungsmäßigen Aufgaben es gehört, die Interessen der Verbraucher durch Aufklärung und Beratung nicht gewerbsmäßig und nicht nur vorübergehend wahrzunehmen, wenn sie in diesem Aufgabenbereich tätige Verbände oder mindestens 75 natürliche Personen als Mitglieder haben. Sie müssen seit mindestens einem Jahr bestehen und aufgrund ihrer bisherigen Tätigkeit Gewähr für eine sachgerechte Aufgabenerfüllung bieten. Nach § 4 Abs. 2 Satz 2 UKlaG wird unwiderleglich vermutet, dass Verbraucherzentralen und andere Verbraucherverbände, die mit öffentlichen Mitteln gefördert werden, diese Voraussetzungen erfüllen.

Schon die genannten Kriterien schließen eine Missbrauchsgefahr weitgehend aus. Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang vor allem der angegebenen *Mindestbestandsdauer* von einem Jahr und der *nicht gewerbsmäßigen* und nicht nur vorübergehenden Vertretung von Verbraucherinteressen zu. Diese Erfordernisse begegnen wirksam der Gefahr, dass Verbände nur kurzfristig gebildet werden, um von Einzelfall zu Einzelfall Ansprüche auf Schadensersatz in Gewinnerzielungsabsicht geltend machen zu können. In dieselbe Richtung zielt die Voraussetzung einer bestimmten Mindestanzahl von Mitgliedern. Aus dem Gesetzestext geht ferner hervor, dass die Verbände einer kontinuierlichen *behördlichen Kontrolle* unterliegen. So kann insbesondere die Eintragung eines Verbandes in die entsprechenden Listen rückgängig gemacht werden kann, wenn die Gewähr für eine sachgerechte Aufgabenerfüllung nicht mehr besteht. Darüber hinaus verhindert der oben vorgeschlagene *Verteilungsmodus* bezüglich des erstrittenen Schadensersatzes, demzufolge die Zahlungen an geschädigte Verbraucher bzw. Verbraucherschützende Organisationen oder Projekte weitergegeben werden müssen, dass

Schadensersatzklagen lediglich in Gewinnerzielungsabsicht geführt werden. Schließlich kann das Gericht auch bei der Handhabung der Streitwertfestsetzung gemäß § 89a GWB-E reagieren, wenn es Anhaltspunkte für einen Missbrauch der Klagebefugnis hat.³⁴

2.5.4.3 Vorteilsabschöpfung durch Verbände

94. Im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes ist es ebenfalls zu begrüßen, dass die in § 33 Abs. 2 GWB-E genannten Verbände die Befugnis zur Vorteilsabschöpfung erhalten. Auch mit dieser Maßnahme wird die Abschreckungswirkung der kartellrechtlichen Sanktionen erhöht und ein weiterer Anreiz für die Klagetätigkeit Privater gesetzt. Abzulehnen ist allerdings die Vorstellung, der erlangte Geldbetrag solle nach Abzug der zur Geltendmachung des Anspruchs erforderlichen Aufwendungen an das Bundeskartellamt abgeführt werden. Eine solche Pflicht zur Weitergabe des erstrittenen Vorteils macht das positive Signal zunichte, das von der erweiterten Möglichkeit zur Vorteilsabschöpfung ausgeht. Bleibt es bei der Pflicht, den erlangten Vorteil an das Bundeskartellamt abzugeben, ist schon jetzt abzusehen, dass eine Vorteilsabschöpfung seitens der Verbände *praktisch keine Bedeutung* erlangen wird. Für sie fehlt dann der Anreiz, ein aufwendiges Verfahren in Gang zu setzen, das mit hohem zeitlichem und finanziellen Aufwand verbunden ist und stets ein beträchtliches Prozessrisiko birgt. Auch Verbände verfügen nicht über unbegrenzte finanzielle Ressourcen.

95. Die vorgeschlagene Regelung ist jedenfalls im Hinblick auf die Verbraucherschutzorganisationen auch nicht notwendig, um einer möglichen Missbrauchsgefahr entgegenzuwirken. Wie oben bereits dargelegt wurde, wird dieses Risiko schon mittels der in § 4 UKlaG festgelegten Voraussetzungen eingeschränkt. Hält man diese Vorkehrungen dennoch nicht für ausreichend, käme allenfalls eine Verpflichtung der Verbraucherverbände in Betracht, den erstrittenen Vorteil wie entsprechende Schadensersatzleistungen an verbraucherschützende Organisationen oder Projekte abzugeben.³⁵

2.5.5 Streitwert

96. Der Gesetzentwurf schlägt in § 89a eine Streitwertanpassung für den Fall vor, dass eine Partei in einer Rechtsstreitigkeit nach § 33 oder § 34a GWB-E glaubhaft macht, dass die Belastung mit den Prozesskosten nach dem vollen Streitwert ihre wirtschaftliche Lage erheblich gefährden würde. In derartigen Fällen kann das Gericht künftig anordnen, dass die Verpflich-

³⁴ Vgl. unten Abschnitt 2.5.5.

³⁵ Vgl. zur Rolle der Verbraucherverbände im einstweiligen Rechtsschutz bei Drittklagen gegen Entscheidungen im Fusionskontrollverfahren unten Abschnitt 3.2.

tung dieser Partei zur Zahlung von Gerichtskosten sich nach einem ihrer Wirtschaftslage angepassten Teil des Streitwerts bemisst.

Laut Begründung stellt das Kostenrisiko einen wesentlichen Faktor für die bislang geringe Bedeutung des privaten Rechtsschutzes im deutschen Kartellrecht dar. Die Regelung des § 89a GWB-E entspreche der einseitig begünstigenden Streitwertherabsetzung, wie sie bereits in § 23b UWG vorgesehen sei. Damit habe das Gericht eine Möglichkeit, das Kostenrisiko für die Betroffenen zu verringern, ohne von dem Grundprinzip der Unterliegenshaftung abzuweichen. Die Einführung dieser Vorschrift führe zu einer Art Erfolgshonorar für den Anwalt. Unterliege der Begünstigte, so müsse er nur die nach dem verringerten Streitwert bemessenen Gerichtsgebühren und Kosten seines Gegners zahlen. Auch der eigene Anwalt erhalte nur die nach dem verringerten Streitwert bemessene Gebühr. Obsiege der Begünstigte, so könne dessen Anwalt von der gegnerischen Seite seine nach dem nicht verringerten Ausgangsstreitwert bemessenen Gebühren verlangen.

97. Die Monopolkommission teilt die Einschätzung des Gesetzentwurfs, wonach das häufig erhebliche Kostenrisiko einen maßgeblichen Grund für die zurückhaltende private Rechtsdurchsetzung darstellt. Nach Auffassung der Monopolkommission ist die geplante Vorschrift des § 89a GWB-E geeignet, zur Stärkung der privaten Rechtsdurchsetzung beizutragen. Die vorgeschlagene Vorschrift stimmt weitgehend mit den §§ 23b UWG, 144 PatG, 17a GebrMG, 142 MarkenG sowie § 5 UKlaG überein. Der Grundgedanke dieser Regelungen liegt darin, einer wirtschaftlich schwachen Partei die Rechtsverfolgung bzw. -verteidigung durch eine Streitwertermäßigung zu erleichtern. Hintergrund der Regelungen ist die Befürchtung des Gesetzgebers, dass ansonsten das Klagerecht der Verbände, insbesondere der Verbraucherverbände, wegen des Kostenrisikos keine praktische Bedeutung erlangen würde.

Die Befürchtung, dass insbesondere Verbraucherverbände das Prozesskostenrisiko scheuen werden, lässt sich ohne weiteres auf die kartellrechtlichen Unterlassungs- und Schadensersatzklagen übertragen. Auch hier fallen häufig beachtliche Prozesskosten an, die Verbraucherverbände von der Klageerhebung abhalten könnten. Da gerade auch Verbandsklagen künftig eine wesentliche Rolle bei der privaten Durchsetzung des Kartellrechts spielen sollen, müssen derartige Hürden abgebaut und Verbände darin bestärkt werden, Ansprüche nach § 33 GWB-E gerichtlich geltend zu machen. Es ist deshalb dafür Sorge zu tragen, dass die Klagetätigkeit für Verbände finanziell tragbar bleibt und ihre wirtschaftliche Lage durch die Belastung mit den Prozesskosten nicht erheblich gefährdet wird.

98. Das Risiko einer missbräuchlichen Klageerhebung aufgrund der vorgeschlagenen Regelung besteht nach Einschätzung der Monopolkommission nicht. Zum einen hat die beantragende Partei nach den Grundsätzen des § 294 ZPO *glaubhaft* zu machen, dass ihre wirtschaftliche Lage durch die Belastung mit den vollen Prozesskosten erheblich gefährdet wäre. Die Glaubhaftmachung muss sich auch darauf erstrecken, dass die von der Partei zu tragenden Kosten des Rechtsstreits weder unmittelbar noch mittelbar von einem Dritten übernommen werden. Der Teilstreitwert muss außerdem in einem angemessenen Verhältnis zum vollen Streitwert stehen, um der Bedeutung des Rechtsstreits zu entsprechen und auch bei der begünstigten Partei das *Kostenbewusstsein* wach zu halten. Schließlich liegt die Entscheidung über die Herabsetzung im Ermessen des Gerichts, das einen entsprechenden Antrag ablehnen kann.

99. Die Regelung begründet auch *keine verfassungsrechtlichen Bedenken*. Das Bundesverfassungsgericht³⁶ hat bezüglich der übereinstimmenden Regelung in § 23b UWG festgestellt, dass insbesondere ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz in Art. 3 Abs. 1 GG nicht vorliegt. Die Ungleichbehandlung beruhe auf sachlichen Unterschieden, die die verschiedene Behandlung rechtfertigten. Der Gesetzgeber sei aus Gründen des sozialen Rechtsstaats und der in Art. 3 Abs. 1 GG gewährleisteten Rechtsgleichheit gehalten, die prozessuale Stellung von bemittelten und unbemittelten Parteien im Bereich des Rechtsschutzes weitgehend anzugleichen. Er gehe im Wege typisierender Betrachtungsweise davon aus, dass auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts das wirtschaftliche Übergewicht der einen über die andere Partei nicht selten einer gerechten Lösung hinderlich sei, weil die weniger bemittelte Partei das mit der Einlassung in den Prozess verbundene Kostenwagnis nicht tragen könne. Nach Meinung des Gesetzgebers könne man dem Ungleichgewicht nur dadurch begegnen, dass das Kostenrisiko dem Unterschied in der Wirtschaftskraft angepasst werde. Das rechtfertige es, der wirtschaftlich stärkeren, obsiegenden Partei einen Teil ihrer Kosten selbst aufzubürden. Das Gericht erkennt auch keinen Verstoß gegen das Gebot der Waffengleichheit. Diese gewährleiste im Zivilprozess die Gleichwertigkeit der prozessualen Stellung der Parteien vor dem Richter. Daraus ergebe sich der Grundsatz, dass für die Verfahrensbeteiligten eine vergleichbare Kostensituation geschaffen und das Risiko am Verfahrensausgang gleichmäßig verteilt werden solle.

36 BVerfG, Beschluss vom 16. Januar 1991, 1 BvR 933/90, NJW-RR 1991, S. 1134.

3. Aspekte der allgemeinen Fusionskontrolle

3.1 Die Grundzüge des Gesetzentwurfs

100. Im Bereich der allgemeinen Fusionskontrolle sieht der Gesetzentwurf keine umfassende Reform der materiellen und formellen Vorschriften vor, sondern beschränkt sich auf die Überarbeitung einzelner Regelungen zum behördlichen Verfahren und zum Drittrechtsschutz. Die dargestellten Vorschläge lassen sich sämtlich als Reaktion auf das Ministererlaubnisverfahren E.ON/Ruhrgas verstehen.

- Den zentralen Punkt der geplanten Änderungen in diesem Bereich bildet die *Einschränkung des vorläufigen Rechtsschutzes Dritter* gegen Freigaben des Bundeskartellamts bzw. Erlaubnisentscheidungen des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit. Nach § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB-E soll die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes künftig an die Verletzung subjektiver Rechte des Drittklägers anknüpfen. Dagegen verbleibt es im Hauptsacheverfahren bei den derzeit geltenden niedrigeren Anforderungen an die Beschwerdebefugnis.
- Die Bestimmungen des § 56 Abs. 1 und 3 GWB-E ändert die Vorschriften über die *mündliche Verhandlung* im Verfahren vor den Kartellbehörden. Im Wesentlichen wird die Durchführung einer mündlichen Verhandlung in das Ermessen der Kartellbehörde gestellt. Diese entscheidet auch, ob und in welcher Form die mündliche Verhandlung öffentlich ist. Lediglich für die Fälle einer Ministererlaubnis bleibt die Verpflichtung zur Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung erhalten. Dies gilt allerdings wie nach bisheriger Rechtslage dann nicht, wenn alle Beteiligten darauf verzichten.

Gemäß § 56 Abs. 3 GWB-E hat in den Fällen des § 42 GWB das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen. Damit wird klargestellt, dass die Verhandlung nicht vom Minister persönlich geleitet werden muss. Außerdem entfällt durch die Neuformulierung die ausdrückliche Verpflichtung, im Ministererlaubnisverfahren "aufgrund" der öffentlichen mündlichen Verhandlung zu entscheiden.

- Der Gesetzentwurf fügt in § 56 Abs. 4 GWB-E die Feststellung ein, dass die §§ 45 und 46 VwVfG auch im Kartellrecht anwendbar sind. Diese Vorschriften betreffen die Heilung und die Folgen von Verfahrens- und Formfehlern im Verwaltungsverfahren.

3.2 Die Einschränkung des vorläufigen Rechtsschutzes bei Drittklagen

101. Nach § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB-E soll die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes künftig an die Verletzung subjektiver Rechte des Drittklägers anknüpfen. Zur Begründung führt der Gesetzgeber an, dass die Gerichte in der Vergangenheit in zu großem Umfang vorläufigen Rechtsschutz gewährt hätten. Die Unternehmen könnten daher nicht mehr darauf vertrauen, dass eine Freigabe oder Erlaubnis im Regelfall den Vollzug des Zusammenschlusses ermögliche. Die Konsequenz von *unberechtigten Blockaden* von Fusionen durch *überzogenen Rechtsschutz* könnten Investitionshemmnisse mit erheblichen nachteiligen Folgen für den Standort Deutschland sein.

Laut Begründung wird durch die geplante Änderung der Rechtsschutz insgesamt nicht beeinträchtigt. Insbesondere bleibe die Regelung im GWB, die Klagen gegen Freigaben des Bundeskartellamts oder Ministererlaubnisse deutlich über den allgemeinen Rahmen der Verwaltungsgerichtsordnung hinaus ermögliche, für das Hauptsacheverfahren unangetastet. Zwar habe die geplante Regelung die unerwünschte Rechtsfolge, dass für den Rechtsschutz in der Hauptsache einerseits und für das Eilverfahren andererseits unterschiedliche Standards gelten würden. Es gebe aber keine Alternative, die den Rechtsschutz so weit wie möglich unangetastet lasse, zugleich aber unnötige Blockaden von Freigabe- und Erlaubnisentscheidungen verhindere.

102. Die Monopolkommission *lehnt* die geplante Regelung des § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB-E *ab*. Die Regelung würde den gesamten Drittrechtsschutz, der erst mit der Sechsten GWB-Novelle in das Gesetz aufgenommen worden ist, untergraben. Sollte sie trotz der bestehenden massiven Bedenken Gesetz werden, müsste zumindest eine Ausnahmeregelung vorgesehen werden, die eine Verbandsklage und vorläufigen Rechtsschutz für Verbraucherschutzorganisationen auch *ohne das Vorliegen einer subjektiven Rechtsverletzung* gestattet.

103. Für die geplante Gesetzesänderung besteht nach Auffassung der Monopolkommission kein Bedürfnis. Die derzeit geltende Regelung führt zu einem *ausgewogenen Ausgleich* zwischen dem Rechtsschutzinteresse Drittbetroffener und der unternehmerischen Dispositionsfreiheit der Zusammenschlussbeteiligten. Mit der Sechsten GWB-Novelle wurde zwar die Möglichkeit von Drittklagen gegen förmliche Freigabeentscheidungen des Bundeskartellamts eingeführt. Ziel der Regelung war dabei neben der Erhöhung der Transparenz von fusionskontrollrechtlichen Entscheidungen auch der Interessenschutz von dritten Unternehmen, die durch Freigaben in ihren wirtschaftlichen Interessen betroffen wurden. Zum Schutz der Zu-

sammenschlussbeteiligten und ihrer unternehmerischen Entscheidungen wurde solchen Drittklagen aber grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung beigemessen. Sie kann vielmehr nur über die Einschaltung des Gerichts erreicht werden. Dabei wurde der vorläufige Rechtsschutz im Kartellrecht von besonders schwerwiegenden Gründen abhängig gemacht. Dies belegt insbesondere die Vorschrift des § 65 Abs. 3 Nr. 2 GWB, derzufolge das Gericht einem entsprechenden Antrag nur stattgeben darf, wenn *ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit* der angefochtenen Verfügung bestehen. Damit wird ein strenger Maßstab angelegt, der über die im allgemeinen Verwaltungsprozessrecht geltenden Voraussetzungen hinausgeht.

104. Gegen die beabsichtigte Regelung spricht, dass sie nicht nur den vorläufigen Rechtsschutz, sondern den fusionskontrollrechtlichen Drittrechtsschutz insgesamt aushebeln würde. Das Rechtsschutzsystem des GWB weicht grundlegend von den Regelungen im allgemeinen Verwaltungsprozessrecht ab, das für die Klagebefugnis die *Verletzung subjektiver Rechte* verlangt. Das GWB legt für die Beschwerdebefugnis niedrigere Anforderungen fest und erlaubt die Beschwerde bereits dann, wenn der Beschwerdeführer in seinen *eigenen wettbewerblichen Interessen betroffen* und am Kartellverfahren *beteiligt* gewesen ist. Eine Verletzung subjektiver Rechte muss nicht vorgetragen werden. Dies wäre auch gar nicht möglich, denn nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung haben die fusionskontrollrechtlichen Vorschriften des GWB keinen drittschützenden Charakter. Die Beschwerdeberechtigung wird Dritten in erster Linie als "Sachwaltern des Wettbewerbsschutzes" zugestanden, um eine gerichtliche Kontrolle begünstigender behördlicher Entscheidungen überhaupt zu ermöglichen und dadurch einen möglichst effektiven Wettbewerbsschutz sicherzustellen.

Aus der herrschenden Meinung, die den Fusionskontrollregeln keine drittschützende Wirkung beilegt, folgt, dass die Vorschrift des § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB-E den vorläufigen Rechtsschutz praktisch lahm legen wird. Diese Auswirkungen der geplanten Regelung bleiben aber nicht auf den vorläufigen Rechtsschutz beschränkt, sondern wirken sich in unerwünschter Weise auch auf den Rechtsschutz im Hauptsacheverfahren aus. Dies verkennt der Gesetzgeber, wenn er davon spricht, dass die geplante Gesetzesänderung den Rechtsschutz insgesamt unbeeinträchtigt lasse. Greift der vorläufige Rechtsschutz gegen einen erlaubten Zusammenschluss nicht, ist sein Vollzug durch die Zusammenschlussbeteiligten unausweichlich. Die damit geschaffenen Tatsachen lassen sich in aller Regel nachträglich nicht mehr rückgängig machen. Spätestens seit den Erfahrungen im Fall Krupp/Brüninghaus ist bekannt, dass eine Entflechtung vollzogener Zusammenschlüsse gegen den Willen der beteiligten Unternehmen

kaum durchführbar ist.³⁷ Diese negativen Erfahrungen haben dazu geführt, dass mit der Sechsten GWB-Novelle die nachträgliche Fusionskontrolle abgeschafft und das Zusagenregime auf eine völlig neue gesetzliche Grundlage gestellt wurde. Unter den genannten Voraussetzungen wird kaum ein Kläger das Prozessrisiko eingehen, weil selbst bei einem Prozesserfolg nur *geringe Chancen* auf dessen praktische Durchsetzung bestehen. Damit wird die Intention der Sechsten GWB-Novelle, Drittkläger als Sachwalter effektiven Wettbewerbsschutzes einzusetzen, grundsätzlich in Frage gestellt.

105. Für den Fall, dass § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB-E dennoch wie beabsichtigt Gesetz wird, sind Schutzvorkehrungen zu treffen, damit der Drittrechtsschutz in der Fusionskontrolle nicht gänzlich untergraben wird und behördliche Entscheidungen nach wie vor einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden. Eine geeignete Maßnahme stellt die Einführung einer Verbandsklage für qualifizierte Einrichtungen i.S.d. § 33 Abs. 2 Nr. 2 GWB-E dar, deren Rechtsschutzmöglichkeiten weder in der Hauptsache noch im Eilverfahren von der Geltendmachung einer subjektiven Rechtsverletzung abhängig gemacht werden dürften. Der Rechtsschutz ist vielmehr unter erleichterten Bedingungen zu eröffnen: Als ausreichend müsste das Vorliegen einer erheblichen Interessenbeeinträchtigung entweder seitens des Verbandes oder der von ihm repräsentierten Verbraucher angesehen werden. Soweit auf die Interessen der Verbraucher abgestellt wird, würde die Beeinträchtigung eines wesentlichen Teils der Vertretenen genügen. Die Forderung nach einer Beeinträchtigung sämtlicher Vertretenen käme einem Ausschluss der Verbraucherverbände vom gerichtlichen Verfahren gleich, da kaum jemals alle Verbraucher von einem kartellrechtlich relevanten Verhalten betroffen sein dürften. Hinsichtlich der Erheblichkeit der Interessenberührung ist an den Beschluss des OLG Düsseldorf zu erinnern.³⁸ Das Gericht hat die Erheblichkeit bewweifelt, da ein Zusammenschluss für den einzelnen Verbraucher zu einer durchschnittlichen Mehrbelastung von nur 5 bis 10 € pro Monat führe. Eine solche Betrachtung führt zu unangemessenen Ergebnissen, wenn, wie im Fall E.ON/Ruhrgas, sehr viele Verbraucher betroffen sind, so dass die Gesamtbelastung der Verbraucher sich durchaus auf einen dreistelligen Millionenbetrag, wenn nicht gar einen Milliardenbetrag pro Jahr beläuft. Daher sollte eine Vermutungsregelung in das Gesetz aufgenommen werden, derzufolge die Erheblichkeit immer dann vorliegt, wenn eine bestimmte Anzahl von Verbandsmitgliedern betroffen ist. Die Beiladung zum behördlichen Kartellverfahren müsste nicht als zwingende Voraussetzung für den gerichtlichen Rechtsschutz ausgestaltet

³⁷ Vgl. Monopolkommission, Mehr Wettbewerb auf allen Märkten, Hauptgutachten 1992/1993, Baden-Baden 1994, Tz. 558.

³⁸ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2. September 2002, Kart 27/02.

sein. Will man dennoch nicht auf sie verzichten, ist ein Recht der Verbraucherschutzorganisationen auf Beiladung im Gesetz zu verankern.

Eine Gefahr, dass die Verbandsklage missbräuchlich genutzt wird, besteht nach Auffassung der Monopolkommission nicht. Wie oben bereits erläutert wurde, verringern die in § 4 UKlaG aufgestellten Voraussetzungen das Risiko erheblich, dass eine Verbraucherschutzorganisation missbräuchlich Beschwerde erhebt oder einen Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz stellt.³⁹

106. Mit der vorgeschlagenen Regelung ließe sich auch ein weiteres Problem lösen. In der Vergangenheit ist es immer wieder vorgekommen, dass Dritte sich im Verlauf eines fusionskontrollrechtlichen Prozesses ihre Beschwerderechte *abkaufen* ließen. Wettbewerber der Zusammenschlussbeteiligten verhinderten zunächst mit einer Beschwerde und einem Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz den Vollzug eines freigegebenen Zusammenschlusses, nahmen ihre Beschwerden aber zurück, nachdem die Zusammenschlussbeteiligten ihnen Leistungen zugesagt hatten. Die beim Abkauf der Drittbeschwerde vereinbarten Zugeständnisse sind naturgemäß in erster Linie zum individuellen Vorteil des Beschwerdeführers ausgestaltet. Dies lässt sich nur schwer mit der Funktion des Dritten als "Sachwalter der Wettbewerbsinteressen" vereinbaren, insbesondere wenn die erhaltenen Zugeständnisse dem Wettbewerb insgesamt nicht zuträglich sind. Das Bundeskartellamt musste bereits in einem Fall eine Überprüfung einleiten, weil sich der Verdacht ergeben hatte, dass die Vereinbarungen zu Diskriminierungen Dritter führten und Kartellabsprachen beinhalteten. Im Gegensatz zu marktteilnehmenden und gewinnorientierten Unternehmen hat eine Verbraucherschutzorganisation nach Einschätzung der Monopolkommission *keine Anreize*, eine außergerichtliche Einigung mit den Zusammenschlussbeteiligten zu suchen. Erst ihre Klageberechtigung gewährleistet also, dass die gerichtliche Überprüfung behördlicher Entscheidungen tatsächlich vorgenommen werden kann. Erhalten die Verbraucherschutzorganisationen ihre Klage aufrecht, entfällt damit zugleich der Anreiz der Zusammenschlussbeteiligten, anderen Klägern die Beschwerderechte abzukaufen.

3.3 Mündliche Verhandlung im behördlichen Kartellverfahren

107. In § 56 GWB-E wird die mündliche Verhandlung vor den Kartellbehörden neu geregelt. Die obligatorische mündliche Verhandlung auf Antrag eines Beteiligten gemäß § 56 Abs. 1 GWB entfällt. Die bisherige Regelung des § 56 Abs. 3 Satz 1 GWB, wonach die Kartellbehörde in den Fällen des § 19 GWB *aufgrund* öffentlicher mündlicher Verhandlung entscheidet, wird ersetzt. § 56 Abs. 3 Satz 1 GWB-E bestimmt lediglich noch, dass die Kartellbehörde

³⁹ Vgl. oben Abschnitt 2.5.4.2.

auf Antrag eines Beteiligten oder von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchführen *kann*. Laut Begründung könnte die geltende Regelung bei der Fusionskontrolle zu Schwierigkeiten führen, wenn der Antrag kurz vor Fristablauf gestellt wird. Außerdem sei eine obligatorische mündliche Verhandlung für Verfahren nach § 19 GWB nicht notwendig.

108. Auch im Ministererlaubnisverfahren soll künftig nicht mehr *aufgrund* mündlicher Verhandlung entschieden werden. Daneben wird ausdrücklich bestimmt, dass die Verhandlung vom Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit durchzuführen ist. Dadurch soll klargestellt werden, dass die Anwesenheit des Ministers nicht zwingend geboten ist. Im Unterschied zum sonstigen kartellbehördlichen Verfahren *muss* das Ministerium auch ohne Antrag eine mündliche Verhandlung durchführen. Allerdings kann mit Einverständnis der Beteiligten *ohne* mündliche Verhandlung entschieden werden.

109. Die Monopolkommission hat keine grundsätzlichen Bedenken dagegen, dass die Entscheidung der Kartellbehörde künftig nicht mehr "aufgrund", sondern "nach" der mündlichen Verhandlung fällt. Soweit damit lediglich klargestellt wird, dass die persönliche Anwesenheit des Behördenmitarbeiters, der die Entscheidung letztlich trifft, nicht während der gesamten mündlichen Verhandlung notwendig ist, wird deren Funktion nicht beeinträchtigt. Dasselbe gilt für das Ministererlaubnisverfahren. Auch hier dürfte sich die persönliche Anwesenheit des Ministers bei der mündlichen Verhandlung zwar vorteilhaft auf die zu treffende Entscheidung auswirken, weil er sich dann einen unmittelbaren Eindruck von den vorgebrachten Argumenten verschaffen kann. Sie erscheint aber nicht unerlässlich. Es ist davon auszugehen, dass der Minister auch durch die Repräsentanten des Ministeriums, die die mündliche Verhandlung leiten, in ausreichendem Maße informiert werden kann.

110. Sichergestellt werden muss allerdings auch in Zukunft, dass der Stellenwert und die *Bedeutung der mündlichen Verhandlung* im Ministererlaubnisverfahren, wo sie nach wie vor obligatorisch stattfindet, erhalten bleibt. Die mündliche Verhandlung im Ministererlaubnisverfahren soll die Gelegenheit zu intensiver Aussprache und zu besonders umfassender Gewährung rechtlichen Gehörs geben. Sie dient dem Austausch aller entscheidungserheblichen Argumente und nicht zuletzt der Information der Öffentlichkeit. Sie wird ihrer Aufgabe nur gerecht, wenn sämtliche entscheidungserheblichen Informationen aufgegriffen und angesprochen werden können. Deshalb darf der Minister seiner Entscheidung keine neuen Tatsachen zugrunde legen, die ihm erst nach der mündlichen Verhandlung bekannt geworden sind. Vielmehr muss auch im Rahmen des § 56 Abs. 3 GWB-E gewährleistet sein, dass er seine Entscheidung nur dann auf neue Informationen stützt, wenn eine weitere mündliche Verhandlung

durchgeführt wurde, in der alle Beteiligten sich zu den zwischenzeitlich bekannt gewordenen Erkenntnissen äußern konnten. Eine entsprechende Formulierung in § 56 Abs. 3 GWB-E müsste daher wie folgt lauten:

"Auf Antrag eines Beteiligten oder von Amts wegen kann die Kartellbehörde eine öffentliche mündliche Verhandlung durchführen. Für die Verhandlung oder für einen Teil davon ist die Öffentlichkeit auszuschließen, wenn sie eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung, insbesondere der Staatssicherheit, oder die Gefährdung eines wichtigen Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses besorgen lässt. In den Fällen des § 42 hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen. **Die Entscheidung ergeht nach mündlicher Verhandlung aufgrund ihrer Ergebnisse.** Mit Einverständnis der Beteiligten kann ohne mündliche Verhandlung entschieden werden. "

3.4 Heilung von Verfahrens- und Formfehlern

111. Der Gesetzentwurf fügt in § 56 Abs. 4 GWB-E die Formulierung ein, dass die §§ 45 und 46 VwVfG und die entsprechenden Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder auch im Kartellrecht anwendbar sind. Die Vorschriften betreffen die Heilung und die Folgen von Verfahrens- und Formfehlern im Verwaltungsverfahren. Sie sind wie sonstige Verfahrensregelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes grundsätzlich auch ohne ausdrückliche Feststellung im kartellbehördlichen Verfahren heranzuziehen, soweit das GWB keine speziellen Verfahrensregelungen enthält. An dieser allgemeinen Rückgriffsmöglichkeit auf die Verwaltungsverfahrensgesetze will auch der Gesetzgeber laut Begründung nichts ändern. Diese Auffassung sollte sich im Gesetz selbst widerspiegeln, weil es andernfalls zu Missverständnissen kommen könnte. Die jetzige Gesetzesformulierung, die lediglich die §§ 45 und 46 VwVfG nennt, könnte den Gegenschluss begünstigen, dass andere Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze nicht heranzuziehen seien. Um dem vorzubeugen, sollte eine entsprechende Bestimmung im GWB allgemeiner gefasst und mit einem besonderen Hinweis auf die Heilungsvorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze versehen werden.

112. Nach § 45 Abs. 1 VwVfG können bestimmte Handlungen während des Verwaltungsverfahrens mit der Folge nachgeholt werden, dass der Verwaltungsakt rechtmäßig ist. Nach § 45 Abs. 2 VwVfG können diese Handlungen auch noch im *verwaltungsgerichtlichen* Verfahren nachgeholt werden. Mit der beabsichtigten Gesetzesänderung wird klargestellt, dass eine nachträgliche Heilung im Gerichtsverfahren auch dann möglich ist, wenn für die Anfechtung des Verwaltungsaktes – wie im Kartellrecht – ausnahmsweise der *Zivilrechtsweg* eröffnet ist. Für die Anwendung dieser Regelung auch im Kartellprozess spricht, dass es für die nachträg-

liche Schaffung der Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen eines Verwaltungsaktes nicht darauf ankommen kann, welches Gericht das Vorliegen dieser Voraussetzungen überprüft.

113. Fraglich bleibt nach dem Wortlaut des § 56 Abs. 4 GWB-E allerdings weiterhin, ob § 45 Abs. 1 VwVfG konkret auch die nachträgliche Durchführung der öffentlichen mündlichen Verhandlung i.S.d. 56 Abs. 3 GWB-E erfasst. Der Gesetzgeber geht davon zwar aus, wie sich der Begründung entnehmen lässt. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass § 45 Abs. 1 VwVfG ausdrücklich nur von der Möglichkeit spricht, die erforderliche *Anhörung* eines Beteiligten nachzuholen. Das OLG Düsseldorf hat es im Ministererlaubnisverfahren E.ON/Ruhrgas daher abgelehnt, § 45 VwVfG entsprechend auf die seiner Ansicht nach fehlerhaft durchgeführte öffentliche mündliche Verhandlung im Ministererlaubnisverfahren anzuwenden.⁴⁰ Die endgültige Klärung dieser Frage dürfte wohl erst durch höchstrichterliche Entscheidung erfolgen. Die Monopolkommission bekräftigt ihre Forderung, dass der Minister eine weitere öffentliche mündliche Verhandlung jedenfalls nicht lediglich als nachgeholte Pflichtübung betrachten darf, sondern bereit sein muss, in eine "ergebnisoffene" Auseinandersetzung mit den sich aus der Anhörung ergebenden Erkenntnissen einzutreten.⁴¹

3.5 Vermutungsregelung für Verhaltensauflagen

114. Die Monopolkommission hat in den letzten Jahren mehrfach darüber Klage geführt, dass das Bundeskartellamt und der Bundesminister für Wirtschaft in ihren Entscheidungen zur Fusionskontrolle Auflagen verfügt haben, die auf eine laufende Verhaltenskontrolle hinauslaufen. Zur Erinnerung: In dem vom Bundeskartellamt im Jahr 2000 entschiedenen Fall RWE/VEW, hat die Monopolkommission insbesondere die Abnahmegarantien kritisiert, welche die neue Unternehmenseinheit zugunsten der VEAG eingegangen ist und die sich bis ins Jahr 2007 erstrecken.⁴² Bei einem derart langen Zeitraum sind regelmäßige Anpassungen der Abnahmepreise an veränderte wirtschaftliche Rahmenbedingungen, wie beispielsweise das allgemeine Preisniveau oder die Kosten- und Erlössituation der beteiligten Unternehmen, unumgänglich. Die Einhaltung der Zusagen, ihre konkrete Ausfüllung und Anpassung erfordern mithin eine langjährige Kontrolle durch die Wettbewerbsbehörden. Noch deutlicher trat dies nach Ansicht der Monopolkommission bei den Auflagen und Zusagen zutage, die auf die Verbesserung der Bedingungen für die Durchleitung von Strom und Gas gerichtet sind. Ähnlich kritisch sah die Monopolkommission auch die vom Bundeskartellamt verfügten Auflagen im

⁴⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Juli 2002, Kart 25/02, WuW/E DE-R 1013.

⁴¹ Vgl. Monopolkommission, Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH, Sondergutachten 35, Baden-Baden 2002, Tz. 65 ff.

⁴² Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2000/2001, a.a.O., Tz. 438 ff., 442.

Fall Lufthansa/Eurowings.⁴³ Die Verpflichtung, Frequenzen und Sitzplatzkapazitäten auf den dem Wettbewerber EAE überlassenen Strecken nicht zu erhöhen, erfordert ebenso wie die Auflage, einen zeitlichen Mindestabstand zu den Abflugzeiten der EAE einzuhalten, eine mehrjährige laufende Kontrolle der Einhaltung dieser Auflagen. Entsprechendes gilt für die Auflagen im Hinblick auf die Beschränkung des Liniendienstangebotes von Lufthansa und Eurowings auf 13 weiteren innerdeutschen Flugstrecken.

115. Auch die Entscheidung in dem Ministererlaubnisverfahren E.ON/Ruhrgas gab Anlass zu Kritik, soweit sie E.ON verpflichtete, Ruhrgas als deutsches Unternehmen sowie als "importierendes Ferngasunternehmen mit Leitungsnetz und Bezugsverträgen" im Wesentlichen zu erhalten.⁴⁴ Diese Auflagen gelten für einen Zeitraum von zehn Jahren und werden durch eine Pflicht zur regelmäßigen Berichterstattung abgerundet. Nach Auffassung der Monopolkommission ist die jährliche Berichtspflicht, der E.ON nach der Verfügung des Ministeriums unterliegt, Teil einer laufenden Verhaltenskontrolle, die sich auf die zu erhaltende deutsche Kontrolle über Ruhrgas richtet. Auch ohne eine solche Berichtspflicht wären die verschiedenen, auf die Konservierung des Status quo über zehn Jahre gerichteten Auflagen bezüglich der Anteilseignerschaft bei E.ON und Ruhrgas mit § 40 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 42 Abs. 2 Satz 2 GWB unvereinbar. Daneben bedürfen auch die unter der Überschrift "legal unbundling" in der Verfügung des Bundesministers für Wirtschaft und Technologie firmierenden Maßnahmen nach Auffassung der Monopolkommission teilweise einer laufenden Verhaltenskontrolle. Dies betrifft insbesondere die Auflage, welche der Transportgesellschaft aufgibt, Erdgas für Dritte diskriminierungsfrei zu transportieren.⁴⁵

116. In dem jüngsten Ministererlaubnisverfahren Holtzbrinck/Berliner Verlag kritisierte die Monopolkommission die vorgeschlagene Stiftungslösung als unzulässige Verhaltensauflage. Insbesondere wurde darauf hingewiesen, dass bei Einhaltung des Redaktionslieferungsvertrags sich für insgesamt mindestens zwanzig Jahre ergibt, welche Zahlungen die Medienbetriebsgesellschaft Jahr für Jahr an die Tagesspiegel-Redaktionsgesellschaft zu leisten hat.⁴⁶ Zu einer Entscheidung des Ministers kam es hier allerdings nicht mehr, weil die Parteien ihren Antrag vorher zurücknahmen.

43 Vgl. ebenda, Tz. 470 f.

44 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 35, a.a.O., Tz. 35 ff., 38.

45 Vgl. ebenda, Tz. 58, 61.

46 Vgl. Monopolkommission, Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG, Sondergutachten 36, Baden-Baden 2003, Tz. 155, 158, 160; dies., Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG (ergänzendes Sondergutachten), Sondergutachten 38, Baden-Baden 2003, Tz. 85 ff.

117. Bestrebungen von Behörden- wie von Unternehmensseite, das in den §§ 40 Abs. 3 Satz 2 und 42 Abs. 2 Satz 2 GWB enthaltene Verbot von Auflagen und Bedingungen, die die beteiligten Unternehmen einer laufenden Verhaltenskontrolle unterstellen, aufzuweichen, sind eine *deutliche Absage* zu erteilen. Erfahrungsgemäß sind strukturelle Zusagen am ehesten geeignet, die Gefahr marktbeherrschender Positionen auszuräumen. Sie werden häufig in einem einmaligen Akt vorgenommen, wirken sich auf die betroffene Marktstruktur aus, können kurzfristig Wirkung zeigen und bedürfen keiner weiteren kontinuierlichen Maßnahmen der Zusammenschlussparteien oder Dritter. Anders sind dagegen reine Verhaltenszusagen zu beurteilen. Sie stehen nicht in dem für § 40 Abs. 3 GWB erforderlichen Zusammenhang mit den strukturorientierten Untersagungskriterien des § 36 Abs. 1 GWB. Ihre Wirkung leidet außerdem darunter, dass die Durchführbarkeit der erforderlichen mittel- oder langfristigen behördlichen Überwachung angesichts knapper personeller und sachlicher Ressourcen mehr als fraglich erscheint.

118. Auch der Hinweis auf europäisches Fusionskontrollrecht vermag an dieser Einschätzung nichts zu ändern. Die Fusionskontrollverordnung enthält zwar kein ausdrückliches Verbot der laufenden Verhaltenskontrolle. Die Europäische Kommission hat dennoch die prinzipielle Vorzugswürdigkeit struktureller Zusagen ausdrücklich festgestellt.⁴⁷ Das Gericht erster Instanz hat das Primat struktureller Zusagen bestätigt und andere Abhilfemaßnahmen nur für zulässig erachtet, wenn sie geeignet sind, die Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen zu verhindern.⁴⁸ Unter welchen Voraussetzungen die Eignung von Abhilfemaßnahmen zu bejahen ist, konkretisiert die Europäische Kommission in ihrer Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen. Sie stellt zunächst fest, dass Verpflichtungen im Wesentlichen dazu dienen, wettbewerbsfähige Marktstrukturen zu gewährleisten. Sie betont außerdem, dass Abhilfemaßnahmen *effektiv innerhalb kurzer Zeit durchführbar* sein müssen und nach der Durchführung *keine zusätzliche Überwachung* benötigen dürfen. Dabei bezieht sie nicht nur Veräußerungszusagen, sondern auch sonstige Abhilfemaßnahmen ein. Eine auf Dauer angelegte behördliche Kontrolle lässt sich mit diesen Kriterien nicht vereinbaren.

119. Die Monopolkommission schlägt daher eine Regelung vor, mit der dem beschriebenen Missstand ein Ende gesetzt wird. Der Gesetzgeber sollte einen Zusatz in § 40 Abs. 3 nach Satz 2 einfügen, der eine Vermutung für eine laufende Verhaltenskontrolle begründet:

⁴⁷ Mitteilung der Kommission über im Rahmen der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 447/98 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen, ABl. EG Nr. C 68 vom 2. März 2001, S. 3 ff., Rn. 9.

⁴⁸ EuG, Urteil vom 25. März 1999, Rs. T-102/96, – *Gencor Ltd ./l. Kommission der Europäischen Gemeinschaften* –, Slg. 1999, II-753, Rn. 319.

"Eine laufende Verhaltenskontrolle liegt im Zweifel dann vor, wenn die Bedingungen oder Auflagen Handlungen zum Gegenstand haben, die mehr als zwei Jahre nach Bestandskraft der Entscheidung des Bundeskartellamts vorzunehmen sind."

Der Kernpunkt dieser Regelung ist nicht die Frist von zwei Jahren, die sich auch anders festlegen ließe. Entscheidend ist vielmehr, dass eine Verpflichtung, die über das Ende des so bestimmten Zeitraums hinausreicht, der besonderen Rechtfertigung bedarf, die gerichtsfest sein muss.

3.6 Streitwertdeckelung

120. Die Monopolkommission schließt sich einem Vorschlag des Bundeskartellamtes an, der für Beschwerdeverfahren gegen Verfügungen der Kartellbehörde und Rechtsbeschwerden eine Streitwertbegrenzung auf 1 Mio. € vorsieht. Insbesondere bei Zusammenschlussfällen, aber auch im Bereich der Kartell- und Missbrauchsaufsicht sind hohe Streitwerte möglich, die in Einzelfällen Milliardenbeträge erreichen können. Eine Streitwertfestsetzung nach den allgemeinen Grundsätzen führt dazu, dass die öffentlichen Haushalte mit dem Risiko enormer Prozesskosten belastet werden. Dieses Risiko lässt sich in Zusammenschlussfällen auch nicht umgehen, denn das Bundeskartellamt ist verpflichtet, beim Vorliegen aller Eingriffskriterien eine Untersagung auszusprechen. Bei der Kartellaufsicht haben die Wettbewerbsbehörden zwar aufgrund des Opportunitätsprinzips grundsätzlich die Möglichkeit, von einem Einschreiten gegen Maßnahmen abzusehen, die sich möglicherweise als wettbewerbsbeschränkend erweisen. Hier besteht allerdings die Gefahr, dass das hohe Prozesskostenrisiko die Ermessensausübung in *sachwidriger Weise* beeinflusst. Gerade bei neuen Entwicklungen und Zweifelsfällen ist eine behördliche Klärung der Rechtmäßigkeit von besonderer Bedeutung, naturgemäß ist hier aber auch das Prozessrisiko am höchsten. Ähnliches gilt für die Fälle besonders schwerwiegender Kartellverstöße, die oft zu höheren Streitwerten führen werden als leichte oder räumlich eng begrenzte Wettbewerbsbeschränkungen. Kostenerwägungen könnten somit zu dem höchst unerwünschten Ergebnis führen, dass die Wettbewerbsbehörden in eine Prüfung gar nicht erst eintreten.

121. Gesetzliche Streitwertbegrenzungen sind nichts generell Neuartiges. Sie existieren bereits jetzt für Zivil-, Verwaltungs- und Sozialgerichtsprozesse, wie die §§ 12 ff. GKG zeigen. So bestimmt § 12 Abs. 2 Satz 4 GKG für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten nicht vermögensrechtlicher Art einen Höchststreitwert von 1 Mio. €. Nach § 13 Abs. 3 GKG liegt der Höchstbetrag bei verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten nach dem Vermögensgesetz und dem Kran-

kenhausfinanzierungsgesetz bei 500.000 bzw. 2,5 Mio. €. In Sozialgerichtsverfahren darf der Streitwert gemäß § 13 Abs. 7 GKG ebenfalls 2,5 Mio. € nicht übersteigen. Auch diese Streitwertbegrenzungen haben den Sinn, das Kostenrisiko für die Prozessparteien überschaubar zu halten. Dies kann sich – wie im letztgenannten Fall – zugunsten der Sozialversicherungsträger auswirken oder wie in Verfahren nach dem Vermögensgesetz in erster Linie den öffentlichen Haushalten zugute kommen, die im Fall ihres Unterliegens vor allzu hohen Prozesskosten geschützt werden sollen.

4. Rückführung der Ausnahmereiche

122. Der Gesetzentwurf sieht vor, die Sonderregeln für Urheberrechtsverwertungsgesellschaften (§ 30 GWB) und für die zentrale Vermarktung von Fernsehrechten an Sportveranstaltungen durch Sportverbände (§ 31 GWB) ersatzlos zu streichen. Das europäische Kartellverbot kenne grundsätzlich keine bereichsspezifischen Ausnahmen. Wegen des Vorrangs des europäischen Rechts sei daher im Bereich der zwischenstaatlichen Auswirkungen eine Anpassung durch Streichung von Sonderregeln notwendig. Um die notwendige Einheit der Rechtsordnung zu wahren, würden Ausnahmereiche auch dort zurückgeführt, wo ein Anwendungsspielraum nationalen Kartellrechts aufgrund rein innerstaatlich wirkender Vereinbarungen denkbar wäre.

Unberührt von einer Anpassung bleibt der landwirtschaftliche Sektor, für den eine Ausnahme vom Wettbewerbsprinzip im EG-Vertrag vorgesehen ist.

Das Verbot der vertikalen Preisbindung gemäß § 4 GWB-E wird für bestimmte Bereiche für nicht anwendbar erklärt, nämlich für Vereinbarungen in der Landwirtschaft, Vereinbarungen der Kredit- und Versicherungswirtschaft sowie für die Preisbindung bei Zeitungen und Zeitschriften.

123. Die Monopolkommission begrüßt die *Rückführung von Ausnahmereichen* ausdrücklich. Entsprechende Pläne hat sie bereits im Rahmen der Sechsten GWB-Novelle unterstützt.⁴⁹ Unter den neuen europarechtlichen Rahmenbedingungen wird aufgrund der weiten Auslegung des Begriffs der Zwischenstaatlichkeit fast der gesamte Anwendungsbereich bestehender Sonderbereiche vom Vorrang des europäischen Rechts erfasst. Eine Beibehaltung abweichender nationaler Regelungen würde für diese Fälle keinen Sinn mehr machen.

124. Soweit zwischenstaatliche Auswirkungen ausnahmsweise nicht vorliegen, lassen sich für eine Anpassung des nationalen Rechts an die europäischen Vorgaben dieselben Gründe heranziehen wie für die Anpassung im Rahmen der §§ 1 ff. GWB. Auch insoweit sprechen Abgrenzungsprobleme und Umgehungsmöglichkeiten für eine Angleichung an das europäische Recht, das keine entsprechenden Ausnahmeregelungen kennt. Daneben bestünde bei Beibehaltung abweichenden nationalen Rechts das Risiko, dass es zu gravierenden Wertungswidersprüchen mit dem europäischen Recht kommt. Die Kartellbehörden könnten dann aufgrund nationalen Rechts nicht gegen Wettbewerbsbeschränkungen einschreiten, während bei Anwendung des europäischen Rechts ähnliche Sachverhalte als schwere Verstöße gemäß Art. 81 und 82 EGV zu beurteilen wären.

⁴⁹ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 1994/1995, a.a.O., Tz. 1007.

5. Empfehlungen

125. In Anbetracht der jüngsten europäischen Entwicklungen im Bereich des Kartellverfahrensrechts, insbesondere der Aufnahme eines umfassenden Vorrangs von Art. 81 EGV in die VO 1/2003, hält die Monopolkommission eine weitgehende Anpassung der deutschen Kartellregeln an das europäische Recht für angebracht. Dies gilt sowohl in materiell- wie auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht. Letzteres bedeutet, dass trotz weiterhin bestehender Bedenken gegen einen Systemwechsel das behördliche Genehmigungsverfahren durch das Legalausnahmesprinzip zu ersetzen ist. Die Vorteile einer Anpassung an das europäische Recht dürften die damit verbundenen Nachteile überwiegen. In erster Linie sprechen die andernfalls auftretenden *Abgrenzungsprobleme und Umgehungsmöglichkeiten* gegen eine Beibehaltung abweichenden deutschen Rechts.

Im Bereich der Missbrauchsaufsicht, der vom erweiterten Vorrang des europäischen Rechts nicht erfasst wird, sind die nationalen Bestimmungen *beizubehalten*. Sie sind in vielerlei Hinsicht ausdifferenzierter und schlagkräftiger als Art. 82 EGV.

126. Die Übernahme des Legalausnahmesystems wird erklärtermaßen zu einer Abnahme der behördlichen Kontrolltätigkeit führen. Das *vorrangige* Ziel der anstehenden GWB-Novelle muss es daher sein, den absehbaren Rückzug der Wettbewerbsbehörden aus einer Vielzahl von Fällen durch eine *Stärkung der privaten Rechtsverfolgung* zu kompensieren. Effektiver Wettbewerbsschutz kann nur unter der Voraussetzung erhalten bleiben, dass das Gesetz Marktteilnehmern und Verbänden geeignete *Anreize* gibt, Wettbewerbsbeschränkungen auf eigene Verantwortung und eigenes Risiko zu verfolgen. Die Geltendmachung von Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen muss erleichtert, die Verfolgung von Schadensersatzansprüchen lohnender werden. Mit einer Verschärfung der privatrechtlichen Sanktionen nimmt zugleich deren *Abschreckungswirkung* zu, so dass potentielle Kartelltäter künftig häufiger auf ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten verzichten werden.

Deshalb sind umfassende gesetzgeberische Maßnahmen notwendig, um die private Durchsetzung des Kartellrechts zu verbessern. Ein geeigneter *Maßnahmenkatalog* muss eine Erweiterung der Anspruchsberechtigten ebenso wie die Einführung von Beweiserleichterungen für den Kläger und die Möglichkeit, mehrfachen Schadensersatz zu erstreiten, beinhalten. Weitere Vorkehrungen sollten hinsichtlich des Rechts zur Vorteilsabschöpfung und der Minimierung von Prozesskosten getroffen werden.

127. In diesem Sinn befürwortet die Monopolkommission den beabsichtigten *Wegfall des Schutzgesetzfordernisses* in § 33 Abs. 1 GWB-E. Damit wird der Kreis der potentiellen Kläger gegen einen Kartellverstoß auf jeden Betroffenen ausgedehnt. Die Monopolkommission tritt in diesem Zusammenhang für eine umfassende Klagebefugnis der Verbraucher und ihrer Verbände ein.

128. Für unerlässlich hält die Monopolkommission Regelungen, die dem Kläger den Nachweis von anspruchsbegründenden und -ausfüllenden Tatsachen *erleichtern*. In diesem Zusammenhang begrüßt die Monopolkommission die Regelung des § 33 Abs. 4 GWB-E, soweit sie inländische Zivilgerichte an Entscheidungen der deutschen Wettbewerbsbehörden und der Europäischen Kommission bindet. Die Bindungswirkung sollte in sachlicher Hinsicht auf die Feststellung eines *Kartellverstoßes* und in personeller Hinsicht auf den *Adressaten* der behördlichen Verfügung beschränkt bleiben. Im Gegensatz zum Gesetzentwurf befürwortet die Monopolkommission allerdings eine allgemeine Regelung diesen Inhalts, die sich nicht nur auf Schadensersatzansprüche erstreckt. Die vorgesehene Bindungswirkung sollte vielmehr in allen Fällen eintreten, in denen ein Kartellverstoß Anspruchsvoraussetzung ist.

Hingegen ist Vorsicht geboten, soweit der Gesetzentwurf die Bindungswirkung auch auf Entscheidungen mitgliedstaatlicher Behörden und Gerichte ausdehnt. Die Bundesrepublik Deutschland könnte damit gegen höherrangiges Recht verstoßen und gegebenenfalls nach der Europäischen Menschenrechtskonvention schadensersatzpflichtig sein. Die Monopolkommission empfiehlt statt dessen die Einführung einer generellen *Anerkennungsregel*, der noch eine umfassende Erhebung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens in den anderen Mitgliedsländern der EU vorangehen muss. Für die Übergangszeit könnte eine Regelung in das GWB aufgenommen werden, wonach die Feststellung eines Kartellverstoßes durch eine mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörde eine *widerlegliche Vermutung* für die inländischen Gerichte begründet, die in entsprechender Anwendung von § 328 ZPO entkräftet werden kann.

129. Soweit der Privatkläger nicht auf eine Behördenentscheidung mit Tatbestandswirkung zurückgreifen kann, sollte eine Beweiserleichterung gesetzlich verankert werden, derzufolge der Beklagte das Gericht über Tatsachen und Umstände aus *seiner Sphäre* zu informieren hat. Positiv wirkt sich in diesem Zusammenhang aus, dass der Kläger künftig seinen Schaden nicht mehr konkret beziffern muss, sondern Ersatz in Höhe des anteiligen *Gewinns* erlangen kann. Zu begrüßen ist auch der geplante Anspruch auf Rechnungslegung durch den Beklagten.

130. Im Bereich des Kartellschadensersatzrechts unterstützt die Monopolkommission grundsätzlich den im Gesetzentwurf vorgeschlagenen Ausschluss der *passing on defense* bei der Berechnung des Schadens. Es sollte allerdings im Gesetz klargestellt werden, dass der Schaden neben der Überteuerung der bezogenen Güter grundsätzlich auch den entgangenen Gewinn des Abnehmers umfasst. Daneben befürwortet die Monopolkommission eine Ausweitung des Klagerechts auf Folgevertragspartner. Eine Mehrfachberücksichtigung von Schäden, die sich bei paralleler Inanspruchnahme durch die Abnehmer des Kartellsünder und durch etwaige Folgevertragspartner ergeben kann, lässt sich durch eine Gesetzesformulierung vermeiden, derzufolge eine Anrechnung der bei den Folgevertragspartnern festgestellten Schäden erfolgt.

131. Jedoch ist es von zentraler Bedeutung für eine verstärkte Rechtsverfolgung durch Private, dass ein potentieller Kläger die Aussicht auf *mehrfachen Schadensersatz* erhält. Dies erhöht die Abschreckungswirkung auf Seiten des Schädigers beträchtlich. Ein Geschädigter wird eher bereit sein, den mit einem Prozess verbundenen Aufwand und das Prozessrisiko auf sich zu nehmen. Die Monopolkommission empfiehlt daher eine Regelung in das Gesetz zu übernehmen, wonach der Geschädigte *zweifachen Schadensersatz* erlangen kann.

132. Die Monopolkommission unterstützt die beabsichtigte *Stärkung der Verbraucherschutzorganisationen*. Ihre Klageberechtigung sollte sich allerdings nicht nur auf Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche beschränken, sondern auch Schadensersatzklagen erfassen. Probleme bei der Berechnung der Schadenshöhe können mit Hilfe von § 287 ZPO behoben werden. Die erstrittene Kompensationsleistung ist an die Geschädigten zu verteilen. Nur wenn sich dies als unwirtschaftlich oder sonst unmöglich herausstellt, soll die Schadensersatzsumme an verbraucher-schützende Organisationen oder Projekte abgeführt werden. Eine Missbrauchsgefahr ist nach Einschätzung der Monopolkommission mit Schadensersatzklagen von Verbraucherschutzorganisationen nicht verbunden.

Die Monopolkommission trägt auch die erweiterte Möglichkeit der Verbraucherverbände zur Vorteilsabschöpfung mit. Allerdings sollte der gerichtlich zugesprochene Vorteil nicht an das Bundeskartellamt abgeführt werden müssen, weil damit der Anreiz zum Tätigwerden der Verbraucherverbände wieder rückgängig gemacht wird.

133. Ergänzend ist dem zuständigen Gericht die Möglichkeit einzuräumen, den *Streitwert* an die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien anzupassen. Diese Maßnahme kann das Kosten-

risiko eines Prozesses insbesondere zugunsten von Verbänden, kleineren Unternehmen und gegebenenfalls einzelnen Verbrauchern minimieren.

134. Den vorgeschlagenen Änderungen zur Verschärfung von Bußgeldverfahren ist zuzustimmen. Begrüßt wird vor allem die Möglichkeit der Wettbewerbsbehörden, *selbständige* Bußgeldverfahren gegen Unternehmen durchzuführen. Aufgrund von europarechtlichen Beweisverwertungsverböten bestünde andernfalls die Gefahr, dass die gesetzlichen Bußgeldsanktionen weitgehend ihren Zweck verfehlen.

Daneben sollte die *Zuständigkeitskonzentration* bei den Wettbewerbsbehörden im Hinblick auf Kartellverwaltungs- und Bußgeldverfahren auf das gerichtliche Verfahren erstreckt werden. Damit werden Wertungswidersprüche vermieden und ein einwandfreies Funktionieren des europaweiten Behördennetzes sichergestellt.

135. Neben einer Stärkung der privaten Rechtsdurchsetzung und einer Verschärfung des Bußgeldverfahrens ist dafür Sorge zu tragen, dass die behördlichen Ermittlungs- und Entscheidungsbefugnisse an das Legalausnahmesystem angepasst werden. Die nationalen Wettbewerbsbehörden müssen auch in Zukunft auf wirksame Instrumente zurückgreifen können, um die behördliche Kontrolle von Kartellverstößen sicherzustellen. Die diesbezüglichen Vorschläge im Gesetzentwurf finden die Zustimmung der Monopolkommission. Sie befürwortet auch die Ermächtigung des Bundeskartellamtes zu *Sektorenuntersuchungen*, da diese einen Ausgleich für die mit der Legalausnahme verbundenen Transparenz- und Informationsdefizite darstellt.

136. Zur Verfolgung grenzüberschreitender Wettbewerbsbeschränkungen muss auf Seiten der Wettbewerbsbehörden ein schlagkräftiges und koordinationsbereites Behördennetz aufgebaut werden. Hier weist der Gesetzentwurf erhebliche Defizite auf. Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, dass die deutschen Wettbewerbsbehörden bei Amtshilfeersuchen anderer Netzmitglieder Informationen übermitteln und sonstige Hilfeleistungen im Rahmen von Ermittlungen sowie Zustellungs- und Vollstreckungsmaßnahmen vornehmen müssen. Eine entsprechende *Verpflichtung* ist in das GWB aufzunehmen.

137. Im Bereich der allgemeinen Fusionskontrolle lehnt die Monopolkommission die beabsichtigte Einschränkung des vorläufigen Rechtsschutzes ab. Sie wirkt sich negativ auf den Drittrechtsschutz insgesamt aus und *legt diesen praktisch lahm*. Hilfsweise sollte zumindest eine Verbandsklage von Verbraucherschutzorganisationen vorgesehen werden, die unter vereinfachten Bedingungen Rechtsschutz im Hauptsache- und im Eilverfahren gewährt. Eine sol-

che Verbandsklage würde zugleich das Problem des "Abkaufens von Beschwerderechten" lösen.

138. In der Vergangenheit gab es wiederholt Bestrebungen von Behörden- und Unternehmensseite, das Verbot der laufenden Verhaltenskontrolle bei Auflagen und Bedingungen aufzuweichen. Derartigen Bestrebungen ist eine *deutliche Absage* zu erteilen. Die Monopolkommission empfiehlt die Aufnahme einer Vermutungsregelung in das Gesetz, derzufolge eine unzulässige Verhaltenskontrolle im Zweifel vorliegt, wenn Kontrollhandlungen mehr als zwei Jahre nach Bestandskraft der Behördenentscheidung vorzunehmen sind.

139. Die Monopolkommission unterstützt eine *allgemeine Streitwertdeckelung* in kartellrechtlichen Gerichtsverfahren. Sie würde insbesondere dem Schutz der öffentlichen Haushalte vor einer Belastung mit beträchtlichen Prozesskosten zugute kommen und dafür sorgen, dass die Wettbewerbsbehörden über die Frage einer Verfahrenseinleitung allein sachorientiert und nicht nach dem potentiellen Kostenrisiko entscheiden.

140. Es bestehen keine grundsätzlichen Bedenken dagegen, die Anwesenheitspflicht des Ministers in der mündlichen Verhandlung beim Ministererlaubnisverfahren aufzuheben. Allerdings muss weiterhin sichergestellt sein, dass der Minister seiner Entscheidung nur Tatsachen zugrunde legt, die *Gegenstand einer mündlichen Verhandlung* waren.

141. Die geplante *Rückführung der Ausnahmebereiche* im deutschen Recht befürwortet die Monopolkommission einschränkungslos.

Bonn, im März 2004

M. Hellwig

J. Aldag

J. Basedow

K. Trebitsch