SSOAR

Open Access Repository
www.ssoar.info

Abyssus abyssum invocat: Rechtsvergleichende Überlegungen zur Umsetzung der Kartellschadenersatzrichtlinie im österreichischen KaWeRäG 2017 und in der deutschen 9. GWB-Novelle

Thiede, Thomas; Klumpe,Gerhard

Veröffentlichungsversion / Published Version
Zeitschriftenartikel / journal article

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:
Thiede, T., & , (2018). Abyssus abyssum invocat: Rechtsvergleichende Überlegungen zur Umsetzung der Kartellschadenersatzrichtlinie im österreichischen KaWeRäG 2017 und in der deutschen 9. GWB-Novelle. *Österreichische Zeitschrift für Kartellrecht: ÖZK*, *11*(2), 50-59. https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-65252-3

Nutzungsbedingungen:
Dieser Text wird unter einer CC BY-NC-ND Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell-Keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:
https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de

Terms of use:
This document is made available under a CC BY-NC-ND Licence (Attribution-Non Comercial-NoDerivatives). For more Information see:
https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0

gesis
Leibniz-Institut
für Sozialwissenschaften

Mitglied der
Leibniz-Gemeinschaft

Österreichische Zeitschrift für Kartellrecht 11, 50–59 (2018)
https://elibrary.verlagoesterreich.at
ÖZK 2018, 50

Abyssus abyssum invocat* – Rechtsvergleichende Überlegungen zur Umsetzung der Kartellschadenersatzrichtlinie im österreichischen KaWeRäG 2017 und in der deutschen 9. GWB-Novelle

Ein Vergleich zwischen der Umsetzung der Kartellschadenrichtlinie im KaWeRÄG 2017 und dem deutschen Pendant der 9. GWB-Novelle offenbart neben zahlreichen Gemeinsamkeiten, dass der deutsche Gesetzgeber in erheblichen Einzelfragen – wohl in den besten Absichten – sachfremde und ohne Not komplizierte Regelungen gewählt hat. Insgesamt wirken zahlreiche Lösungen des österreichischen KaWeRÄG 2017 deutlich durchdachter und sachgerechter.

Deskriptoren: Aktivlegitimation, Akzo, Anscheinsbeweis, Bindungswirkung, Cartell Damage Claims (CDC), Couragem follow-on Klagen, Kartellrecht, Kartellschadenrichtlinie, KaWeRäG 2017, Kartellverbot, Manfredi, mittelbarer Geschädigter, ORWI, passing-on, Passivlegitimation, private enforcement, Prozessrisiko, Rechtsschutz, Schadensschätzung, stand-alone Klagen, Streitgenossenschaft, europäischer Unternehmensbegriff, Vermutung, wettbewerbsbehördliche Entscheidung, Wettbewerbsrecht, Deutschland, Rechtsvergleichung, GWB-Novelle, Offenlegungsansprüche.
Normen: Art 101, 102 AEUV; §§ 242, 252, 271, 371, 402, 410, 413, 809, 810, 811, 830, 836, 840, 1144 BGB; §§ 33, 33a, 33b, 33c, 33d, 33e, 33g, 36, 81a, 89b, 89c, 89d, 90 GWB; §§ 37, 37a, 37b, 37d, 37e, 37f, 37i, 37j, 37l, 37m KartG; §§ 75, 142, 147, 148, 286, 287, 292, 294, 303, 422, 428, 883 dZPO; §§ 270, 273 öZPO.

Von Thomas Thiede** / Gerhard Klumpe***

I. Einführung

Eine der erfreulichen Folgen der europäischen Rechtsvereinheitlichung ist die Möglichkeit legistische Ansätze und Lösungen bei der Umsetzung von Richtlinien einem Vergleich zuzuführen. Gerade im deutschsprachigen Raum begegnet dies auch kaum sprachlichen und nur eher eingeschränkten rechtskulturellen Bedenken, weil eine sprachliche Hürde überhaupt nicht und eine kulturelle in nur ganz begrenztem Umfang besteht.

II. Genesis der Umsetzungsgesetze

Die Kartellschadenrichtlinie hätte sowohl in Österreich als auch in Deutschland bis zum 26.12.2016 umgesetzt werden müssen. Beide Staaten haben diese Frist nicht eingehalten: In Österreich wurde das KaWeRäg 2017 Anfang April letzten Jahres beschlossen; in Deutschland erfolgte die Umsetzung durch die 9. GWB-Novelle am 1. Juni 2017.
Mit Blick auf nachfolgend erhobene Kritik ist der Weg zu den jeweiligen Umsetzungsgesetzen hervorzuheben; die Mitarbeiter der Ministerien haben die Umsetzungsgesetze letzten Endes (mit)zuverantworten. In Deutschland wurde die 9. GWB-Novelle nicht etwa – wie es wohl zu erwarten wäre – durch das Bundesjustizministerium erarbeitet, sondern durch das Bundeswirtschaftsministerium. Eine mit Blick auf das Ergebnis in der Sache gelungenere Aufgabenteilung erfolgte in Österreich: Während mit den Änderungen des materiellen Rechts sowie der Bestimmungen für kartellgerichtliche Verfahren im KartG das Justizministerium befasst wurde, erfolgte (allein) die Ausarbeitung der Anpassungen in der Organisation und des Verfahrens vor der BWB durch das Wirtschaftsministerium.

III. Gemeinsamkeiten des KaWeRÄG und der 9. GWB-Novelle

3.1 Aktivlegitimation

Angesichts der stringenten Vorgaben des EuGH sind hinsichtlich der Aktivlegitimation von Geschädigten keine Unterschiede in den untersuchten Rechtsordnungen zu erinnern:[1] Jedwede Unternehmen und natürliche Perso-

* Psalm 41:8 in freier Übersetzung: Ein Fehler zieht den nächsten Fehler nach sich.

** Dr. iur., LL.B., LL.M., Universitätslektor, Karl-Franzens-Universität Graz; Lehrbeauftragter Ruhr-Universität Bochum; Fellow des European Centre of Tort and Insurance Law (ECTIL) sowie des European Law Institute, Wien, Österreich.

*** Dr. jur., Vorsitzender Richter am Landgericht Dortmund und dort Vorsitzender der für Kartellschadenersatz zuständigen Kammer im Bezirk des Oberlandesgerichts Hamm, Deutschland.

1 *Hirner/Mayr-Riedel*, Schadenersatz für kartellbedingte Streuschäden – Kollektive Schadenersatzklagen im Spannungsfeld zwischen Prozessökonomie und Missbrauchsgefahr, wbl 2016, 366 (367).

© Verlag Österreich 2018

nen sind aktivlegitimiert, die aufgrund eines Verstoßes gegen europäisches oder nationales Kartellrecht einen Schaden erlitten haben, wobei dies auch mittelbar Geschädigte erfasst („Jedermann"-Formel).[2]

Von der Möglichkeit kollektive Rechtsschutzelemente einzuführen,[3] wie es der Richtliniengeber den Mitgliedsstaaten freigestellt hatte, haben weder Deutschland noch Österreich[4] Gebrauch gemacht. Dies ist unerfreulich, weil marginale Streuschäden, wie sie etwa Verbraucher und kleine Unternehmen erleiden, so wohl nicht verfolgt werden.[5]

Eine Möglichkeit jenen gesetzgeberischen Lapsus abzumildern, besteht in der Bündelung in sogenannten Klagevehikeln. Die Inhaberschaft an Kartellschadenersatzansprüchen kann abgetreten und so in juristischen Personen zusammengefasst werden; verschiedene Gesellschaften sind in diesem Bereich tätig, so jüngst etwa im LKW-Kartell.[6] In der Vergangenheit war diesen Klagevehikeln in Deutschland – trotz nicht unerheblicher Rückdeckung durch den EuGH[7] – wenig Erfolg beschieden.[8] UE steht zu erwarten, dass klägerseitig Lehren aus vergangenen abschlägigen Urteilen gezogen wurden und die deutsche Rechtsprechung nun Urteile in der Sache fällen wird müssen.

3.2 Kartellbetroffenheit, Kausalität und Ansätze eines beweglichen Systems

Im deutschen Recht findet sich das Tatbestandsmerkmal der „Kartellbetroffenheit" in § 33 Abs 3, § 33a Abs 1 GWB nF. Das Merkmal entzieht sich einer trennscharfen dogmatischen Einordnung: Zuweilen wird hierunter allein die soeben erörterte Aktivlegitimation gefasst; zutreffenderweise dürfte die Frage gemeint sein, ob der Anspruchsteller von dem beanstandeten Verhalten so „betroffen" wurde,[9] dass nachteilige Folgen für ihn eintreten konnten,[10] also jene der Kausalität des wettbewerbswidrigen Verhaltens für die erlittene Rechtsgutverletzung bzw weiters den erlittenen Schaden.

Der vorliegend angestellte Rechtsvergleich offenbart hier eine (bislang wohl unerkannte) Rezeption österreichischer Methodik in Deutschland. Es finden sich jene für das durch *Wilburg* entworfene und durch *F Bydlinski* und *H Koziol* weiterentwickelte bewegliche System so stilprägenden, komparativen Sätze wie folgt. Den Kläger trifft – gänzlich unabhängig von der Bindungswirkung eines behördlichen Bescheides – die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Kausalität der kartellrechtswidrigen Handlung für den Schaden (bzw nach deutschem Duktus: für die Rechtsgutsverletzung) im kartellbefangenen Beschaffungsvorgang.[11] Deutsche Gerichte haben die auf der Hand liegende Beweisnot des Klägers schon vor der 9. GWB-Novelle abgemildert.[12] Im Wege eines Anscheinsbeweises wurde auf den Eintritt einer durch das Kartell verursachten Marktpreiserhöhung geschlossen, aus letzterer sodann der Schluss auf die Kartellbetroffenheit des einzelnen

2 EuGH 20.09.2001, Rs C-453/99, *Courage gegen Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465 Rz 26; 05.06.2014, Rs C-557/12, *KONE gegen ÖBB Infrastruktur*, ECLI:EU:C:2014:1317.

3 Etwa als opt in-Verbandsklage oder opt out-Sammelklage, *Hirner/Mayr-Riedel*, wbl 2016, 366.

4 Zwar kennt das österreichische Recht diverse Formen kollektiver Rechtsdurchsetzung wie etwa die Sammelklage österreichischer Prägung, die Verbandsklagen nach KSchG und UWG sowie noch diverse andere Formen des kollektiven Rechtsschutzes. Diese verfolgen jedoch eine gänzlich andere Zielsetzung als die Aggregation und kollektive Geltendmachung von Streuschäden. All diese Formen dürften so nicht ausreichend sein, eine effektive Verfolgung von kartellbedingten Streuschäden zu ermöglichen. Ausführlich *Hirner/Mayr-Riedel*, wbl 2016, 366 (369).

5 *Faure/Weber*, Dispersed Losses in Tort Law – An Economic Analysis, JETL 2015, 163; *Hirner/Mayr-Riedel*, wbl 2016, 366 (367); *Klumpe/Thiede*, Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle: Änderungsbedarf aus Sicht der Praxis, BB 2016, 3011 (3012); *Podszun/Kreifels*, Kommt der Ausforschungsanspruch? – Anmerkungen zum geplanten § 33g GWB, GWR 2017, 67 (68); zum nämlichen Problem in anderem Zusammenhang, *M Kellner*, Der Rechtsbegriff der allgemeinen Geschäftsbedingungen (2013) mit beeindruckenden rechtsvergleichenden Ausführungen *Kodek*, Atomised Losses in Tort Law: Conceptual Difficulties and Modern Developments, JETL 2015, 109.

6 Eine erste Entscheidung hat hierzu unlängst LG Hannover 18.12.2017, 18 O 8/17 – *Lkw-Kartell* = BeckRS 2017, 140329 = GWR 2018, 55 (Anm *Podszun*) = NZKart 2018, 100 = WuW 2018, 101 gefällt.

7 Vgl EuGH 21.5.2015, Rs C-352/13, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide gegen Evonik Degussa*, ECLI:EU:C:2015:335.

8 Zuletzt etwa LG Mannheim 24.01.2017, 2 O 195/15 – *Zementkartell* = NZKart 2017, 137 = BeckRS 2017, 101297.

9 Der BGH hat in seiner Entscheidung Lottoblock II (BGH 12.07.2016, KZR 25/14, Tz 42 f = NJW 2016, 3527 (Anm *Thiede/Klumpe* ÖZK 2016, 230) das Haftungssystem dahin klargestellt, dass für die Frage des „Ob" und der Höhe des Schadens, also für sämtliche Fragen der haftungsausfüllenden Kausalität, § 287 dZPO gilt, während für die Frage der Kartellbetroffenheit § 286 dZPO greifen müsse. Die Entscheidung deutet allerdings darauf hin, dass der BGH auf die Prüfung einer haftungsbegründenden Kausalität verzichten will, weil er herausstellt, dass bei Kartellverstößen die Verletzung eines bestimmten Rechtsgutes nicht erforderlich für die Geltendmachung von Schadenersatz sei, ein Schadenersatzanspruch hier also unabhängig von der Verletzung eines Rechtsguts entstehe. Gleichwohl scheint auch der BGH weiterhin das Erfordernis zu sehen, dass das einzelne Geschäft von der Kartellabrede in irgendeiner Weise beeinflusst ist.

10 LG Hannover 31.05.2016, 18 O 418/14 – *Rohspanplatten* = BeckRS 2016, 12506.

11 Ein entsprechende Kausalitätsvermutung war in der Richtlinie nicht vorgesehen; die Vermutungsregel des § 33a Abs 2 S 1 GWB nF hilft uE nicht, weil der Nachweis der Kartellbetroffenheit dem vorgelagert und grds für jeden einzelnen Beschaffungsvorgang zu erbringen ist, vgl *Klumpe/Thiede*, Kritische Bemerkungen zum derzeitigen Stand einer Europäischen Kartellschadenrichtlinie aus Sicht der deutschen Praxis (Teil II) – Beweismittel, Bindungswirkung, Gesamtschuld und Verjährung, ÖZK 2016, 175 (178).

12 *Galle*, Der Anscheinsbeweis in Schadensersatzfolgeklagen – Stand und Perspektiven, NZKart 2016, 214; *Fritzsche/Klöppner/Schmidt*, Die Praxis der privaten Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland, NZKart 2016, 416; *Klumpe/Thiede*, BB 2016, 3011 (3012); *Thiede/Träbing*, Praxis des Anscheinsbeweises im Kartellschadensersatzrecht, NZKart 2016, 422; *Thiede*, Mit Schirm, Charme und KONE, NZKart 2017, 68 (70) alle mwN.

© Verlag Österreich 2018

Geschäfts gezogen,[13] sei es durch Anwendung eines darauf aufbauenden Anscheinsbeweises,[14] sei es durch Heranziehung der Grundsätze der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „KONE".[15] Für die systematischen Ausformung bedient sich die deutsche Praxis methodisch eines komparativen Satzes im Sinne eines beweglichen Systems,[16] der die Anforderungen zur Darlegung eines atypischen Geschehensablaufes umreißt: Je länger und nachhaltiger ein Kartell praktiziert wurde und je flächendeckender es angelegt war, desto höhere Anforderungen sind an die Darlegungen zur Beweiserschütterung zu stellen.[17] In der Sache bewegt sich der Rechtsstreit durch diesen komparativen Satz auf die Rechtsfolgenseite, doch wird – wie in einem beweglichen System typisch – der Kartellant nicht über Gebühr in seinen Rechten beschränkt. Schließlich kann das Gericht bei der erforderlichen Schadensschätzung durchaus zu dem Ergebnis kommen, dass ein Schaden der Höhe nach nicht eingetreten ist. Soweit durch den eher globalen Ansatz der Marktpreisanhebung auch solche Kartellanten aufgrund ihres Mitverursachungsbeitrages als Gesamtschuldner in voller Höhe haftbar werden, die letztlich nur in untergeordnetem Maße im Kartell beteiligt waren, ist dies gleichfalls nicht unbillig. Denn hier kann ein interessengerechter Ausgleich im Rahmen des Innenregresses zwischen den Kartellanten herbeigeführt werden, ohne dass der Kartellgeschädigte dadurch belastet wird oder Rechtsnachteile im Rahmen der Geltendmachung seines Anspruchs hinnehmen müsste.

Es darf mit Spannung erwartet werden, ob in naher Zukunft weitere Elemente ergänzt und so ein vollständig ausgeprägtes bewegliches System geschaffen wird.

3.3 Verschulden

Zur Frage des Verschuldenserfordernisses ist nichts zu erinnern. Sowohl die deutsche als auch die österreichische Umsetzung nahm die in der Richtlinie eröffnete Möglichkeit wahr, das Verschuldenserfordernis beizubehalten.

3.4 Schaden

Das Kernproblem jeder kartellschadenersatzrechtlichen Klage sowohl in Österreich als auch in Deutschland liegt in der Bestimmung des erlittenen Schadens. Der Richtliniengeber ist hier vorangeschritten und hat in Art 17 Abs 2 RiLi zwei Vermutungen geregelt, deren Umsetzung sich in beiden Rechtsordnungen durchaus ähnelt.

a) Schadenseintritt beim unmittelbaren Erwerber

Bereits die RiLi sah in Art 17 Abs 2 eine Schadensvermutung im Falle der Hardcore-Kartelle vor; der Neuigkeitswert in der Sache ist daher gering. Allerdings ist hier auf Details zu achten: Zwar konnte schon nach bisheriger österreichischer Rechtsprechung zum allgemeinen Schadenersatzrecht ein relevanter Anschein für die Verursachung eines Schadens bei Rechtsverletzungen bestehen; in der Regel oblag aber dem Kläger der Beweis für die Entstehung des Schadens.[18] In Deutschland war eine solche sog „tatsächliche Vermutung" des Schadenseintritts beim direkten Abnehmer im Bereich von Quotenkartellen[19] in der Rechtsprechung ebenfalls an-

13 Der erste Teil der Herleitung ist nach § 33a Abs 1 GWB nF gesetzt, weil die Marktpreiserhöhung aus der Schadensvermutung gefolgert werden kann, ausführlich dazu LG Dortmund 21.12.2016, 8 O 90/14 (Kart) – *Schienenkartell* = NZKart 2017, 86 = WuW 2017, 86; *Thiede*, NZKart 2017, 68 (70).

14 Grundlegend OLG Karlsruhe 31.07.2013, 6 U 51/12 Kart – *Löschfahrzeuge* = NZKart 2014, 366; Übersicht über die weitere einschlägige Rechtsprechung bei *Thiede/Träbing*, NZKart 2016, 422 (424 ff).

15 LG Dortmund 21.12.2016, 8 O 90/14 (Kart) – *Schienenkartell* = NZKart 2017, 86 = WuW 2017, 86; *Thiede*, NZKart 2017, 68 (70).

16 Zu dieser Methode vgl B A Koch, Wilburg's Flexible System in a Nutshell, in: *H Koziol/B C Steininger* (eds), European Tort Law 2001 (2002), 545 ff; *ders*, Wer hat Angst vor Walter Wilburg? Gegen eine unbewegliche Sicht des beweglichen Systems, in: *Khakzadeh-Leiler/Schmid/Weber* (Hrsg) Interessenabwägung und Abwägungsentscheidungen (2014), 29; vgl ferner *Wilburg*, Elemente des Schadensrechts (1941); *ders*, Zusammenspiel der Kräfte beim Aufbau des Schuldrechts, AcP 163 (1964), 246; *F Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff², 1991, 529; *H Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2009), 13, Rz. 1/27 ff; *Schilcher*, Theorie der sozialen Schadensverteilung (1977); *Schobel*, Der Ersatz frustrierter Aufwendungen (2003), 179; *Thiede*, Internationale Persönlichkeitsrechtsverletzungen (2010), 382; *ders*, Theory in Practice: Lessons from Norway, in: *Helland/Koch* (eds), Nordic and Germanic Legal Methods (2014), 369.

17 Der BGH hatte in einer Ordnungswidrigkeitensache festgehalten, dass es nach der Lebenserfahrung naheliege, dass die im Rahmen des Kartells erzielten Preise höher seien als die im Wettbewerb erreichbaren Marktpreise. Die Bildung eines Kartells und seine Durchführung indizierten daher, so der BGH, dass den Beteiligten hieraus jeweils ein Vorteil erwachse; Unternehmen bildeten derartige Kartelle, um keine Preissenkung vornehmen und keine Gewinnschmälerung hinnehmen zu müssen. Nach ökonomischen Grundsätzen entstehe bei Kartellen eine Kartellrendite, welche spiegelbildlich einer Preissteigerung im Marktgefüge entspreche. Deshalb bestehe eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass das Kartell gebildet und erhalten werde, weil dadurch höhere als am Markt sonst erzielbare Preise durchsetzbar sind. Zwar mag es Konstellationen geben, in denen aus der Tätigkeit eines Kartells kein Mehrerlös erwachse. Da der Mehrerlös durch die Außerkraftsetzung der Marktmechanismen entstehe, seien dabei die zeitliche Dauer der Kartellabsprachen und ihre Intensität zu beachten. Vgl BGH 28.06.2005, KRB 2/05, Tz 20, 21 = NJW 2006, 163.

18 *Hoffer/Raab*, Die Novellierung des österreichischen Kartellrechts als RL-Umsetzung PLUS, NZKart 2017, 206 (207).

19 KG Berlin 01.10.2009, 2 U 10/03 Kart – *Berliner Transportbeton* = WuW 2010, 189 = EWiR 2006, 171 (Anm *Wagner-von Papp*); OLG Karlsruhe, 31.07.2013, 6 U 51/12 Kart – *Löschfahrzeuge* = NZKart 2014, 366.

© Verlag Österreich 2018

erkannt.[20] In beiden Rechtsordnungen wird nun eine gesetzliche Vermutung[21] aufgestellt.[22]

Aus rechtsvergleichender Sicht ergeben sich gewisse Unterschiede mit Blick auf horizontale und vertikale Absprachen. Die österreichische Regelung des § 37 Abs 2 KartG sieht die widerlegliche Vermutung für eine Schadensverursachung „zwischen Wettbewerbern" vor, bezieht sich demgemäß allein auf horizontale Absprachen.[23] Bei vertikalen Verstößen bleibt es somit dabei, dass der Kläger den vollen Beweis für den Eintritt des Schadens erbringen muss. Weiter gefasst ist indes der deutsche § 33a GWB Abs 2 nF, der nun ganz generell die widerlegliche Vermutung dafür einführt, dass Kartelle Schäden bei direkten Abnehmern verursachen.[24] Eine Einschränkung auf Hardcore-Kartelle ist mithin nicht vorgesehen, sodass mit der deutschen Lösung eine überbordende Weiterung droht, weil damit womöglich auch bloßer Informationsaustausch oder gescheiterte Forschungs- und Entwicklungsabreden von der Norm erfasst sein könnten.[25]

In beiden Rechtsordnung, und dies ist zu betonen, wird allein vermutet, dass der Schaden gleichsam „größer Null" ist;[26] die Schadenshöhe wird nicht vermutet,[27] sodass es in beiden Ländern diesbezüglich bei der Schadensschätzung des Richters nach § 273 öZPO bzw § 287 dZPO verbleiben dürfte.

b) Mittelbare Erwerber und passing-on

Mit dem Begriff des *passing-on* bzw der Weiterwälzung des Schadens wird in der österreichischen wie auch deutschen Praxis üblicherweise die Einwendung des Schädigers assoziiert, der Kläger habe den Schaden an die nachfolgende Absatzstufe weitergereicht und demgemäß keinen eigenen Schaden erlitten (sog *passing-on defense*). Jene Einwendung war im Gefolge der RiLi in nationales Recht umzusetzen, was mit § 37f KartG nF und § 33c Abs 1 S 2 GWB nF geschah.

Bei genauerem Studium offenbart sich, dass der Begriff des *passing-on* jedoch durchaus ambivalente Bedeutung haben kann. Oft übersehen wird, dass *passing-on* auch einen schadensbegründenden Umstand beim mittelbaren Erwerber bedeuten kann. Wenn nämlich der unmittelbare Erwerber den kartellbedingt überhöhten Preis auf die Stufe des mittelbaren Erwerbes weitergeben konnte, wirkt diese Handlung schadensstiftend beim mittelbaren Erwerber (*passing-on attack*).

Aus Art 14 RiLi ergibt sich dabei zunächst, dass die Aktivlegitimation des mittelbaren Erwerbers in den Mitgliedsstaaten umzusetzen war; überdies war für den mittelbaren Erwerber eine Beweiserleichterung dahingehend zu kodifizieren, dass der unmittelbare Erwerber die kartellbedingte Preiserhöhung auf ihn weitergeleitet hat.[28] Sowohl der österreichische wie auch der deutsche Gesetzgeber haben zugunsten des (grds beweisbelasteten) mittelbaren Erwerbers Art 14 Abs 2 RiLi als gesetzliche Vermutung umgesetzt; § 37f Abs 3 KartG nF sieht ebenso wie § 33c Abs 2, 3 GWB nF eine widerlegliche Vermutung der Weitergabe des Preisaufschlages vor, wenn nur die Wettbewerbsrechtsverletzung des Beklagten, der Preisaufschlag für den unmittelbaren Abnehmer als Folge der Wettbewerbsrechtsverletzung und der Erwerb der diesbezüglichen Waren oder Dienstleistungen bzw jener, die aus solchen hervorgingen oder sie enthielten, bewiesen wird.

Zu weit ginge es uE mit Blick auf Art 14 RiLi, § 33c Abs 3 GWB nF – der, anders als § 37f Abs 3 S 2 KartG nF – Art 14 RiLi wörtlich entspricht, so zu verstehen, dass der Schaden in Gänze auf die nächste Absatzstufe abgewälzt worden sei.[29] Dies stünde nicht im Einklang mit der bereits oben ausgeführten Annahme, dass die geschaffenen Vermutungen ganz grundsätzlich keine Aussage über die Höhe des Schadens treffen. Ohnedies ist es nicht erforderlich, dass die Vermutungswirkung mit der Regelung zu ihrem Entfallen korrespondiert; schließlich spricht nichts dagegen, die Vermutungswirkung bei

---

20 BGH 28.06.2005, KRB 2/05 = NJW 2006, 163; LG Dortmund 01.04.2004, 13 O 55/02 Kart – *Vitaminkartell* = WuW 2004, 1182; OLG Karlsruhe 31.07.2013, 6 U 51/12 Kart – *Löschfahrzeuge* = NZKart 2014, 366; Übersicht bei *Thiede/Träbing*, NZKart 2016, 422 (424 ff); ablehnend *Kahlenberg/Heim*, Referentenentwurf der 9. GWB-Novelle: Mehr Effizienz für die private und behördliche Rechtsdurchsetzung, BB 2016, 1863 (1866).

21 Vgl § 270 öZPO bzw § 292 dZPO.

22 Dies dürfte die Verteidigung der Kartellanten im Vergleich zur bisherigen Rechtslage insgesamt deutlich erschweren.

23 *Ablasser-Neuhuber/Stenitzer*, Das KaWeRÄG 2017, ÖBl 2017, 116 (117); *Hoffer/Raab*, NZKart 2017, 206 (207).

24 Der Kritik bei *Kersting/Preuß*, Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie durch die 9. GWB-Novelle, WuW 2016, LH 1 (LH 3, 4) ist durch eine Neufassung Rechnung getragen worden; der Kritik von *Kahlenberg/Heim*, BB 2016, 1863 (1866) (Weite der Definition des Abs 2 S 2) nicht.

25 So schon *Kahlenberg/Heim*, BB 2016, 1863 (1866); *Lettl*, Kartellschadensersatz nach der Richtlinie 2014/104/EU und deutsches Kartellrecht, WM 2016, 1961 (1962).

26 *Klumpe/Thiede*, Kritische Bemerkungen zum derzeitigen Stand einer Europäischen Kartellschadenrichtlinie aus Sicht der deutschen Praxis (Teil I) – Einführung, Aktiv- und Passivlegitimation, Schaden, ÖZK 2016, 137 (143); *Kahlenberg/Heim*, BB 2016, 1863 (1866).

27 *Hoffer/Raab*, NZKart 2017, 206 (207) für Österreich und *Klumpe/Thiede*, Keeping the floodgates shut – Kartellschadensersatz nach der 9. GWB-Novelle, NZKart 2017, 332 (335) für Deutschland.

28 Die Vermutungen der Richtlinie führen nur zur Annahme eines Schadens „größer Null", nicht aber zur Vermutung einer bestimmten Schadenshöhe, *Klumpe/Thiede*, ÖZK 2016, 137 (142 f).

29 So aber *Kersting*, Kartellschadensersatzrecht nach der 9. GWB-Novelle, VersR 2017, 581 (587).

© Verlag Österreich 2018

Nachweis einer nur teilweisen Abwälzung als widerlegt anzusehen.[30] Schließlich geht ausweislich Art 12 Abs 5 RiLi der Richtliniengeber davon aus, dass ein Preisaufschlag nicht notwendig komplett abgewälzt wird. Widrigenfalls wäre die Schätzungsbefugnis der nationalen Gerichte bezüglich des weitergegebenen Teils des Preisaufschlages schlicht überflüssig.[31] Hinzu kommt schlussendlich, dass wegen der Regelung des § 33c Abs 5 GWB nF mit Verweis auf eine entsprechende Anwendung des § 287 dZPO[32] in Deutschland eine andere Sichtweise ins Leere ginge.

Im Zusammenhang mit der Widerlegung der Vermutung ist auf einen besonders unerfreulichen Missgriff des deutschen Gesetzgebers hinzuweisen: § 33c Abs 3 GWB nF erklärt die Vermutung des § 33c Abs 2 GWB nF wörtlich bei „Glaubhaftmachung" bestimmter Tatsachen für nicht anwendbar. Trotz entsprechender Kritik an den Vorentwürfen[33] verkennt der deutsche Gesetzgeber mit dieser Formulierung, dass die Vermutung des § 33c Abs 2 GWB nF, auf welche § 33c Abs 3 GWB nF ausdrücklich Bezug nimmt, anspruchsbegründende Tatsache ist und als solche dem Strengbeweis unterliegt, der zur richterlichen Gewissheit iSv § 286 dZPO führen muss. Der Terminus der „Glaubhaftmachung" iSv § 294 dZPO ist somit verfehlt.[34]

Ein Vorwurf der die Richtlinienumsetzung in beiden Rechtsordnungen gleichermaßen trifft, ist jener, dass weder in Deutschland noch in Österreich das Problem der Mehrfachinanspruchnahme einer überzeugenden Lösung zugeführt wurde. Es ist allgemein anerkannt, dass der Zweck des Haftpflichtrechts darin besteht, einen erlittenen Schaden auszugleichen. Dieses Paradigma droht missachtet zu werden: Dem Kartellanten droht eine Inanspruchnahme sowohl von Seiten des unmittelbaren Erwerbers als auch von Erwerbern nachfolgender Absatzstufen.[35] Der Richtliniengeber hatte die nationalen Gesetzgeber in Art 15 RiLi angehalten, eben dies zu vermeiden. In Österreich wird dies ausweislich § 34f Abs 4 KartG nF mittels der Möglichkeit der Streitverkündung versucht.[36] Die Bestimmung sieht vor, dass der Rechtsverletzer, der von einem mittelbaren bzw unmittelbaren Abnehmer in Anspruch genommen wird, dem jeweils anderen Abnehmer den Streit verkünden kann, sodass dieser dem Rechtsstreit an seiner Seite als Nebenintervenient beitreten kann.[37] In Deutschland wurden ebenfalls keine neuen Instrumente[38] geschaffen; auch hier steht allein die durch die Rechtsprechung entwickelte Streitverkündungslösung[39] zur Verfügung.

Eine Lösung des Problems der Mehrfachinanspruchnahme mittels Interventionswirkung aus dem Prozess des unmittelbaren oder mittelbaren Erwerbers droht jedoch zu scheitern.[40] Im Folgeprozess gegen den jeweils anderen Erwerber läuft die Interventionswirkung nämlich dann ins Leere, wenn der mittelbare Abnehmer den Vorprozess allein deshalb gewann, weil der Kartellant die geschilderten Vermutung der Weitergabe des Preis-

30 Der Schluss, der Nachweis einer (nur) teilweisen Abwälzung bestätige gerade, dass eine Abwälzung stattgefunden habe, ist nicht zwingend. Die Vermutung – welche dem Wortlaut nach gerade nicht für der Höhe der Weiterwälzung gilt – beinhaltet nicht mehr als das „ob" des *passing on*, also die Weitergabe wenigstens eines Cents, mithin den Umstand, dass überhaupt eine Weitergabe des Aufschlags stattgefunden hat. Gelingt nun dem Kartellanten der Nachweis, dass jedenfalls ein gewisser Betrag auf die nächste Absatzstufe weitergegeben worden ist, genügt uE dies einerseits, das Merkmal „teilweise" zu erfüllen. Andererseits ist damit gleichsam das „ob" einer Weiterwälzung nachgewiesen; die Höhe im Einzelnen wird dann im Prozess festzustellen sein. Insoweit lassen sich die Regelungen durchaus auch ohne die Annahme einer Vermutung der vollen Weiterwälzung miteinander harmonisieren. So iE ebenfalls *Calisti/Haasbeek/Kubik*, The Directive on Antitrust Damages Actions, NZKart 2014, 466 (468); *Schweitzer*, Die neue Richtlinie für wettbewerbsrechtliche Schadensersatzklagen, NZKart 2014, 335 (338); *Thomas*, Kartellschadensverteilung in Vertriebsketten bei Verstoß gegen europäisches und deutsches Kartellrecht, ZHR 180 (2016) 45 (61).

31 *Thomas*, ZHR 180 (2016) 45 (61).

32 Unklar ist, wieso der deutsche Gesetzgeber § 287 dZPO hier für „entsprechend" anwendbar erklärt. Aufgrund der systematischen Stellung kann aber nicht zweifelhaft sein, dass diese Norm dann auch für die Feststellung der Schadenshöhe im Rahmen der *passing-on defense* gilt.

33 *Klumpe/Thiede*, Auskunftsklagen nach der GWB-Novelle – Gedankensplitter aus der Praxis, NZKart 2016, 471 (472); *dies*, BB 2016, 3011 (3012, 3014).

34 Der Hintergrund der Regelung ist die deutsche Fassung des Art 14 Abs 2 lit d RiLi, die ebenfalls von „glaubhaft machen" spricht. Dies sollte uE aber nicht zur wortgleichen, gegen die Grundregeln des deutschen Zivilprozesses verstoßenden Übernahme führen. Vgl *Klumpe/Thiede*, NZKart 2017, 332 (334) mwN; *dies*, BB 2016, 3011 (3013); aA *Kersting*, VersR 2017, 581 (587) und *Rosenfeld/Brand*, Die neuen Offenlegungsregeln für Kartellschadensersatzansprüche nach der 9. GWB-Novelle, WuW 2017, 247 (249..

35 *Weitbrecht*, Eine neue Ära im Kartellschadensersatzrecht – Die 9. GWB-Novelle, NJW 2017, 1574 (1575).

36 *Ablasser-Neuhuber/Stenitzer*, ÖBl 2017, 116 (117); *Polster/Steiner*, Zur Passing-on defense im österreichischen Kartellschadenersatzrecht, ÖZK 2014, 43. Für diese Lösung sprach sich auch schon der BGH aus (28.06.2011, KZR 75/10 – *ORWI* = BGHZ 190, 145 = BB 2012, 75 = WuW/E DE-R 3431 = NJW 2012, 928).

37 Die Vorschriften über die *passing-on defense* sollen nach § 37f Abs 5 KartG nF für den Fall entsprechend gelten, dass der Kläger Lieferant des Rechtsverletzers ist und der Schaden somit nicht in einem zu hohen, sondern in einem zu niedrigen Preis bestand.

38 Möglich wäre eine Verfahrenskonzentration in Anlehnung an § 75 dZPO bzw § 147 dZPO oder eine Fortentwicklung der Streitverkündungslösung. Vgl *Hoffmann*, Kartellrechtliche Streitverkündung bei Schadensabwälzung – Ein Vorschlag zur Umsetzung von Art 15 der KartellschadensersatzRL, NZKart 2016, 9 (19); *Kirchhoff*, Offenlegung von Dokumenten und Mehrfachinanspruchnahme – Offene Fragen bei der Abwälzung des Preisaufschlags nach der Schadensersatzrichtlinie 2014/104/EU, WuW 2015, 952, (956 f); *Stomper*, Kartellrechtlicher Schadensersatz bei mehrgliedrigen Absatzketten: Art 12–15 der Schadensersatz-Richtlinie und § 33c RefE-GWB, WuW 2016, 410 (415); *Thomas*, ZHR 180 (2016), 45 (78 f); *Weitbrecht*, Die Umsetzung der EU-Schadensersatzrichtlinie, WuW 2015, 959 (971).

39 BGH 28.06.2011, KZR 75/10 – *ORWI*, Tz 73 = BGHZ 190, 145 = BB 2012, 75 = WuW/E DE-R 3431 = NJW 2012, 928.

40 *Kirchhoff*, WuW 2015, 952 (955 f); *Klumpe/Thiede*, NZKart 2017, 332 (335); *Stomper*, WuW 2016, 410 (414).

© Verlag Österreich 2018

aufschlages nicht widerlegen konnte,[41] denn Vermutungen sind von der Feststellungswirkung einer Streitverkündung gerade nicht umfasst.

c) Inhalt und Höhe des Schadenersatzes

Jeder Praktiker ist sich des immensen Zeit- und Materialaufwandes bewusst, den die Darlegung des erlittenen Schadens in Kartellsachen erfordert. Auch der Richtliniengeber zeigte Verständnis für die Nöte der Praxis, gab Handreichungen[42] und verlangte Anpassungen im nationalen Recht. In deren Umsetzung sind keine tiefgreifenden Unterschiede zwischen beiden Rechtsordnungen zu verzeichnen: Sowohl in Deutschland als auch in Österreich wurden mit § 37l KartG nF und § 90 Abs 5 GWB nF den jeweils erkennenden Gerichten behördliche Unterstützung in Aussicht gestellt;[43] in beiden Ländern findet sich in § 33a Abs 3, 4 GWB nF und § 37d KartG nF eine Regelung zur Ersatzfähigkeit entgangenen Gewinns.[44] Bereits angesprochen wurde, dass weder Österreich noch Deutschland eine Mindestschadenvermutung etwa ungarischen Zuschnitts kodifiziert haben,[45] sodass es den erkennenden Gerichten in beiden Ländern dem Gesetz nach unbenommen sein dürfte, den erlittenen Schaden zu schätzen. In der Rechtswirklichkeit wird es wohl auch in Zukunft bei den kostenträchtigen[46] Sachverständigengutachten bleiben.[47]

d) Mehrheit von Ersatzpflichtigen

Ganz grundsätzlich sah Art 11 RiLi für die Haftung einer Mehrheit von Ersatzpflichtigen nichts Außergewöhnliches vor: Österreich und Deutschland haben die Richtlinie als § 37c KartG nF bzw des § 33d GWB nF umgesetzt. Die Regelungen enthalten den auch der jeweiligen allgemein zivilrechtlichen Rechtslage entsprechenden Grundsatz, dass mehrere Unternehmer, die durch gemeinschaftliches Handeln das Wettbewerbsrecht verletzt haben, solidarisch für den daraus entstandenen Schaden haften.[48]

Erhebliche Durchbrechungen erfuhr dieser Grundsatz schon in der RiLi mit ungewöhnlichen und im Ergebnis abzulehnenden[49] Haftungsbeschränkungen für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) und Kronzeugen[50]; diese sollten nicht solidarisch, sondern nur ihren mittelbaren und unmittelbaren Abnehmern sowie Lieferanten haften. Ausweislich der RiLi waren KMU und Kronzeugen auch im Innenausgleich zu privilegieren; in § 37e Abs 2, 4 KartG nF bzw §§ 33e Abs 3, 33d GWB nF wurden überdies von der RiLi geforderte Regelungen vorgesehen, die eine Absicherung der Haftungsprivilegierung des Kronzeugen sicherstellen. In beiden Rechtsordnungen ist der Regressanspruch gegen KMU und Kronzeugen auf die Höhe des Schadens, den das KMU[51] oder der Kronzeuge seinen eigenen unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern bzw Lieferanten ver-

41 Umgekehrt führt die misslungene *passing-on defense* im Vorprozess gegen den unmittelbaren Erwerber nicht zur Widerlegung der Abwälzungsvermutung im Folgeprozess des mittelbaren Abnehmers.

42 Europäische Kommission, Praktischer Leitfaden, SWD (2013) 205.

43 In Österreich kommt hier das Kartellgericht hinzu, dass es in dieser Form in Deutschland nicht gibt.

44 Wobei in Deutschland die Regelung des § 252 BGB ebenfalls zu berücksichtigen ist.

45 Die RiLi sieht keine Mindestschadensvermutung vor, vgl ErwGr 47. Gleichwohl hat Ungarn in § 88/G Abs 6 Kartellgesetz nF eine solche Vermutung kodifiziert („Für eine nicht unerhebliche Verletzung des Wettbewerbsrechts wird vermutet, dass dies zu einem Preisaufschlag von 10% durch die Rechtsverletzer geführt hat.", Übersetzung der Verfasser).

46 Oft im sechsstelligen Bereich, *Weitbrecht*, WuW 2015, 959 (967).

47 Die in Deutschland ausgesprochene Aufforderung, dass die Rechtsprechung auf Basis des § 287 dZPO eine Mindestschadensschätzung vornehmen soll, vgl etwa *Jungbluth* nach *Pipoh*, Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU) in das deutsche Recht – Bericht zum Forum Unternehmensrecht vom 22.02.2016 in Düsseldorf, NZKart 2016, 226 wird indes solange verhallen, bis mehr belastbare Studien zu den durchschnittlichen Wirkungen von Kartellen vorliegen. Übersicht zu bisherigen Untersuchungen bei *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 96; LG Düsseldorf, 19.11.2015, 14 d O 4/14, Tz 90 f = NZKart 2016, 88 = GRUR-Prax 2016, 91 (Anm *Schreiber*) = WuW 2016, 29. Keinesfalls wird die Rechtsprechung in Deutschland dazu übergehen, ohne hinreichende Anknüpfungspunkte einen Mindestschaden zu schätzen, (aA *Kersting*, VersR 2017, 581, 587) weil der deutsche Gesetzgeber eine solche Mindestschadensvermutung gerade nicht gesetzlich geregelt hat.

48 Siehe §§ 830, 840 BGB; alle am Kartell teilnehmenden Unternehmen haften als Gesamtschuldner, BGH 12.07.2016, KZR 25/14 Tz 21 = BGHZ 211, 146.

49 *Krüger*, Die haftungsrechtliche Privilegierung des Kronzeugen im Außen- und Innenverhältnis gemäß dem Richtlinienvorschlag der Kommission, NZKart 2013, 483 (486); *Klumpe/Thiede*, ÖZK 2016, 175 (180).

50 Für Kronzeugen besteht eine Ausnahme von der Haftungsprivilegierung, sofern die Geschädigten von den anderen Haftpflichtigen keinen vollständigen Schadenersatz erlangen können. Beide Länder nehmen dabei jeweils auch eine Legaldefinition des Begriffs des „Kronzeugen" vor, wobei diese Definition in Österreich von der bisherigen Verwendung des Begriffs abweicht, weil nur derjenige Rechtsverletzer als Kronzeuge von der Privilegierung profitiert, der gleichsam als „erster Kronzeuge" für die Aufdeckung eines „geheimen Kartells" vollständigen Bußgelderlass erhalten hat. Der Begriff ist insoweit also enger als der in Deutschland in § 33e Abs 1 GWB nF verwendete. Vgl *Hoffer/Raab* NZKart 2017, 206 (208) und *Ablasser-Neuhuber/Stenitzer*, ÖBl 2017, 116 (117) die darauf hinweisen, dass sich der Begriff von dem des österreichischen Kronzeugenprogramms unterscheide.

51 Diese haften nach §§ 37c Abs 2 KartG bzw § 33d GWB nF – der Wortlaut beider Regelungen differiert nur unwesentlich – nur eigenen Abnehmern, wenn sie im Zeitpunkt des Verstoßes weniger als 5 % Marktanteil hatten, ihre wirtschaftliche Lebensfähigkeit bei voller Haftung gefährdet wäre und die Aktiva jeden Werts beraubt werden würden, es sei denn, von den anderen Kartellanten kann kein vollständiger Schadenersatz erlangt werden.

© Verlag Österreich 2018

ursacht hat, begrenzt, sodass die Haftungsfreistellung gegenüber Dritten nicht im Wege des Innenausgleiches unterlaufen werden kann.

IV. Unterschiede zwischen KaWeRÄG und der 9. GWB-Novelle

4.1 Passivlegitimation

Während für die Aktivlegitimation keine erheblichen Unterschiede zu erinnern sind, verhält es sich deutlich anders hinsichtlich der Anspruchsgegnerschaft von Kartellschadenersatzansprüchen, insbesondere bezüglich der Frage der Haftung einer Konzernmutter für einen Verstoß eines Tochterunternehmens.

Während in Österreich uE zutreffenderweise schon seit geraumer Zeit eine solche Konzernhaftung allgemein anerkannt wird[52] und damit § 37b Nr 2 KartG nF keinen Neuigkeitswert hat, ist dies in Deutschland Gegenstand eines veritablen Streitstandes. Man mag meinen, dass der deutsche Gesetzgeber diesen Streit dadurch gleichsam entschärft habe, dass mit § 81 Abs 3a GWB nF eine Konzernhaftung im Bußgeldverfahren eingeführt wurde. Dies verkennt freilich, dass damit Wasser auf die Mühlen derjenigen Beklagtenvertreter gegossen wurde, die eine Konzernhaftung jenseits des Bußgeldrechts, folglich im Kartellschadenersatzrecht vehement ablehnen.[53] Eingewendet wird, dass die Übernahme nicht zwingend und die Einführung bewusst offengelassen worden sei.[54] UE ist dieses Argument angesichts § 36 Abs 2 GWB nF sowie des recht deutlichen Fingerzeigs durch den BGH[55] für die Geltung der Konzernhaftung im Rahmen der §§ 33 ff GWB nF nicht überzeugend, zumal Lösungsvorschläge für die dogmatischen Folgeprobleme vorhanden sind.[56]

Festzuhalten ist damit, dass der zaghafte deutsche Gesetzgeber eine erhebliche Rechtsunsicherheit für potentielle Kartellkläger geschaffen hat. Mit Blick auf die schon bisher ausgesprochen klägerfreundliche Rechtsprechung des EuGH wird diese Unsicherheit wohl dann enden, wenn allfällige Vorlagen zu einer verbindlichen Entscheidung zur Geltung des europäischen Unternehmensbegriffes auch in Deutschland führen.

4.2 Bindungswirkung und *follow-on* Klage

Der Richtliniengeber verlangte in Art 9 RiLi, dass die Mitgliedsstaaten Regelungen zu schaffen hatten, nach denen in bestandskräftigen Entscheidungen nationaler Wettbewerbsbehörden oder Rechtsmittelinstanzen festgestellte Zuwiderhandlungen gegen Wettbewerbsrecht als unwiderlegbar festgestellt gelten.[57] In § 37i Abs 2 KartG nF wurde diese die Bindungswirkung kodifiziert; überdies findet sich in § 37i Abs 1 KartG nF eine höchst erfreuliche Unterbrechungsregelung: Hiernach kann der Schadenersatzprozess für die Dauer eines Verfahrens vor einer mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörde bzw vor der Kommission unterbrochen werden.[58] Dies dient in ganz erheblichem Ausmaß der Prozessökonomie, weil dergestalt mögliche *stand-alone* Verfahren, die kurz vor der Untersuchung durch die Behörden stehen, nicht ohne die Entscheidung letzterer betrieben werden müssen. Auf eine entsprechende Regelung ist im deutschen § 33b GWB nF wohl schlicht vergessen worden.[59]

Gerade für die deutsche Rechtslage ist ferner darauf hinzuweisen, dass die Bindungswirkung eine ganz erhebliche Kaskade rechtlicher Vermutungen und Erleichterungen für den Kläger nach sich zieht; es liegt die Vermutung nahe, dass die gesamte GWB-Novelle gleichsam um die Bindungswirkung errichtet wurde: Im Falle einer *follow-on* Klage zieht die Bindungswirkung die Schadensvermutung des § 33a Abs GWB nF nach sich, sie ist überdies in die Abwägung im Rahmen der Herausgabe von Beweismitteln nach § 33g Abs 3 Nr 4 GWB nF einzustellen und ist mit Blick auf einstweilige Verfügungen nach § 89b Abs 5 GWB nF relevant.[60]

---

52 OGH 08.10.2015, 16 Ok 2/15b, 16 Ok 8/15k = NZKart 2016, 92; 02.08.2012, 4 Ob 46/12m = WuW 2013, 313.

53 Vgl exemplarisch *Thomas/Legner*, Die wirtschaftliche Einheit im Kartellzivilrecht, NZKart 2016, 155 (157) (gesellschaftsrechtliches Trennungsprinzip; kein sachliches Bedürfnis); *Mäger*, Eltern haften für ihre Kinder?!, NZKart 2015, 329 (330) (Gefahr der Ausweitung der Konzernhaftung auch in andere Rechtsbereiche); *Kahlenberg/Heim*, BB 2016, 1863 (1870); *Stauber/Schaper*, Die Kartellschadensersatzrichtlinie – Handlungsbedarf für den deutschen Gesetzgeber?, NZKart 2014, 346.

54 *Petrasincu*, Kartellschadensersatz nach dem Referentenentwurf der 9. GWB-Novelle, WuW 2016, 330.

55 BGH 23.06.2009, KZR 21/08 – *Entega I* = WM 2009, 1997 = NJW-RR 2010, 618.

56 Vgl *Kersting/Preuß*, WuW 2016, I.H 1 (I.H 2 f) (kein Verschulden der Konzernmutter, Verrechtlichung des Unternehmens); *Kersting/Podszun*, GWB-Novelle, Kap 7 Rn 34–38; zur dogmatischen Handhabung im Bußgeldrecht *Timmerbeil/Blome*, Steter Tropfen höhlt den Stein – Die „wirtschaftliche Einheit" im deutschen Kartellrecht nach der 9. GWB-Novelle, BB 2017, 1544 (1550).

57 *Klumpe/Thiede*, ÖZK 2016, 175 (178).

58 Dies entspricht der Rechtslage seit dem 01.03.2013, vgl § 37a Abs 1 KartG idF KaWeRÄG 2012.

59 Möglich erscheint, eine der österreichischen Rechtslage ähnliche Lösung durch Anwendung des § 148 dZPO zu erreichen.

60 Allerdings, und dies ist zu betonen, bezieht sich die Bindungswirkung – ganz im Einklang mit oben Ausgeführtem – auf die Beteiligung der Kartellanten an dem Verstoß gegen Wettbewerbsrecht in rechtlichen und tatsächlicher Hinsicht, nicht jedoch auf den Schaden; *Bechtold*, GWB[7] § 33 Rz 42; *Bornkamm* in *Langen/Bunte* (Hrsg), Deutsches Kartellrecht[12] § 33 Rz 168; *Nothdurft*, „The Trade follows the Flag", in: FS Tolksdorf, 2014, 533 (539).

© Verlag Österreich 2018

4.3 Offenlegung von Beweismitteln

Die erheblichsten Unterschiede zwischen der deutschen und österreichischen Umsetzung sind wohl bei der Offenlegung von Beweismitteln zu verzeichnen. Notwendig wurden diese Regelungen, weil der Informationsasymmetrie zwischen Kartellanten und Geschädigtem anders schlicht nicht beizukommen war.[61] Der Richtliniengeber forderte demgemäß Regelungen zur Anordnung der Offenlegung von Beweismitteln durch nationale Gerichte.

Während der österreichische Umsetzungsgesetzgeber die Vorgabe mit § 37j KartG nF völlig ausreichend und durchaus elegant als eine innerprozessuale Vorlagepflicht normierte, die eine Offenlegung allein im laufenden Schadenersatzverfahren vorsieht, sind die Regelungen über die Offenlegung deutschen Zuschnitts ein nachgerade klassisches Beispiel für überbordende Legistik, die in der Sache völlig unnötig ist: Der deutsche Gesetzgeber entschied sich für einen „selbstständigen, materiellen Rechtsanspruch auf Auskunft und Herausgabe von Beweismitteln".[62]

Man mag im Rahmen eines Rechtsvergleiches einwenden, dass die österreichische Lösung den Nachteil hat, dass die Erfolgsaussichten einer Klage erst im laufenden Prozess durch die offengelegten Beweismittel evaluiert werden können und dergestalt ein erhebliches Risiko bei den Klägern verbleibt. Allerdings ist die Ausgestaltung des vorprozessualen, materiellen Auskunftsanspruches in § 33g GWB nF nebst seiner verfahrensrechtlichen Umsetzung in §§ 89b, 89c und 89d GWB nF derart misslungen, dass der Vorteil einer vorherigen Abschätzung des Prozessrisikos kaum zum tragen kommen dürfte. Auch in Deutschland wurde erkannt, dass die österreichische Umsetzung vorzugswürdig sein dürfte.[63]

Verfehlt dürfte dabei schon die dogmatische Einordnung des deutschen Anspruchs auf „Herausgabe" der Beweismittel sein. Ansprüche auf Herausgabe von der Beweisführung dienenden Urkunden und anderen Gegenständen im Original sind im deutschen Recht zwar durchaus bekannt.[64] Jedoch dürfte bei § 33g GWB nF wohl kaum ein Anspruch auf Besitz an Originalen von Beweismitteln gemeint sein.[65] Dies hätte der deutsche Gesetzgeber auch anhand der einfachen Kontrollüberlegung erkennen können. Beweismittel sind eben nicht nur Urkunden und Augenscheinsobjekte, sondern etwa auch Zeugen und Sachverständige. Die „Herausgabe" letzterer ist schlicht widersinnig.[66] Dem österreichischen Gesetzgeber ist dieser – leicht zu vermeidende Fehler – mit Blick auf § 37 Abs 2 KartG nF nicht unterlaufen.

In diesem Zusammenhang mag es nachgerade lässlich erscheinen, dass die Norm auch von „im Besitz" befindlichen Beweismitteln des jeweils Verpflichteten spricht. Die soeben geschilderte Kontrollüberlegungen gilt auch hier – an Zeugen und Sachverständigen kann man schlechterdings Besitz haben; ohnedies wird ein Großteil der begehrten Informationen elektronisch vorliegen und dies womöglich auf Servern, die gleichfalls nicht in der Sachherrschaft des Verpflichteten stehen. Es fällt auf, dass die österreichische Formulierung deutlich besser trifft; § 37j Abs 2 KartG nF spricht von „Verfügungsgewalt" des Verpflichteten.

Sofern es in § 33g Abs 1 GWB nF sodann heißt, dass der Kartellant, Beweismittel demjenigen herauszugeben habe, „der glaubhaft" mache, einen Ersatzanspruch zu haben, so ist auch diese Formulierung recht unerfreulich gewählt. „Glaubhaftmachung" ist ein prozessualer Begriff, der die Herabsenkung des Beweisniveaus meint. Für § 33g GWB nF – der ja nach Absicht des deutschen Gesetzgebers einen materiell-rechtlichen Anspruch meint – war die Beweislast für das Bestehen seiner Voraussetzungen zu regeln.[67]

Abyssus abyssum invocat – in Deutschland musste schließlich, weil es sich ja um einen materiell-rechtlicher Anspruch handeln soll, in § 33g Abs 7 GWB nF eine weitere, spezielle Anspruchsgrundlage für den Ersatz von denjenigen Kosten geschaffen werden, die durch Offenlegung entstanden sind. Hiernach hat der Anspruchsteller dem Verpflichteten die Aufwendungen zu erstatten, die letzterer für „erforderlich" halten durfte. Es ist nicht abzusehen, wie diese Vorschrift angewendet werden wird. Unklar ist einerseits, welche Aufwendungen tatsächlich „erforderlich" im Sinne der Vorschriften sind, so etwa ob die Kosten rechtsfreundlicher Beratung

61 *Hoffer/Raab*, NZKart 2017, 206 (207); *Klumpe/Thiede*, ÖZK 2016, 175; *Weitbrecht*, WuW 2015, 962.

62 Das Ziel war die Schaffung von Vergleichsanreizen, vgl Regierungsbegründung, BT-Drucks. 18/10207, 62; *Podszun/Kreifels*, Kommt der Ausforschungsanspruch? – Anmerkungen zum geplanten § 33g GWB, GWR 2017, 67 (68).

63 Vgl *Hellmann/Steinbrück*, Discovery Light – Informations- und Beweismittelbeschaffung im Rahmen von Kartellschadensersatzklagen, NZKart 2017, 164 (169) („prozessuale Lösung" vorzugswürdig); *Klumpe/Thiede*, NZKart 2016, 471 (473), *dies*, BB 2016, 3011, *dies*, NZKart 2017, 332; *Podszun/Kreifels*, GWR 2017, 67 (69).

64 §§ 371, 402, 410, 413, 836 Abs 3, 1144 BGB.

65 Sondern vielmehr Vorlage-, Informations- und Einsichtsrechte, wie sie dem deutschen Recht gleichfalls bekannt sind, vgl §§ 809, 810 BGB, § 87c HGB, § 101 UrhG; Übersicht bei MünchKomm-*Habersack*, BGB^6 § 809 Rz 19.

66 *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164 (169); *Klumpe/Thiede*, NZKart 2016, 471 (472); *dies*, BB 2016, 3011 (3013 f).

67 Nach dem umzusetzenden Art 5 RiLi genügte eine „substantiierte Begründung" – eine „Glaubhaftmachung" war nicht vorgesehen, *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164 (169); *Klumpe/Thiede*, BB 2016, 3011 (3014); *dies*, NZKart 2016, 471 (472); *Mallmann/Lübing*, Offenlegung von Beweismitteln gemäß dem Kabinettsentwurf für das 9. GWB-Änderungsgesetz, NZKart 2016, 518 (519); *Podszun/Kreifels*, GWR 2017, 67 (68).

© Verlag Österreich 2018

hierunter zu subsummieren sind.[68] Andererseits ist auch die dogmatische Einordnung völlig unklar; soll es sich um einen erst nach Abschluss des Verfahrens fälligen Anspruch oder einen Vorschussanspruch oder einen solchen handeln, der Gegenstand eines materiellen Zurückbehaltungsrechts sein könnte?[69] Letzteres Verständnis würde finanziell schwächeren Kartellgeschädigten die Klage erheblich erschweren oder verunmöglichen, weil zT erhebliche Kosten bis zum Ausgang des Verfahrens vorzufinanzieren wären.[70] Sofern Teile der deutschen Literatur darauf verweisen, dass dies insofern gerechtfertigt sei, weil Kartellgeschädigten bei Klageerfolg ein aufrechenbarer materiell-rechtlicher Anspruch gegen den Kartellanten auf Ersatz von Rechtsverfolgungskosten zustehe,[71] ist dies uE unzutreffend: Es ist keineswegs zwingend, dass sich der Kartellgeschädigte auf die Aufrechnung mit seinem Schadenersatzanspruch gegen Anspruch aus § 33g Abs 7 GWB nF zurückziehen kann, weil letzterer schon dann fällig sein könnte, wenn der Schadenersatzanspruch noch nicht einmal dem Grunde nach feststellbar ist, sodass (noch) gar keine Aufrechnungslage besteht. All diese Probleme hat die österr Umsetzung durch seinen Verzicht auf eine entsprechende Regelung klugerweise vermieden.

Doch damit nicht genug. Wegen der Qualifizierung des Offenlegungsanspruches als eigene materiell-rechtliche Anspruchsgrundlage, sah es der deutsche Gesetzgeber als notwendig an, recht undurchsichtige, ergänzende verfahrensrechtliche Regelungen in § 89b GWB nF zu schaffen. Und selbst hier schien es nicht zu genügen, auf vorhandene zivilprozessuale Regelungen zurückzugreifen,[72] die im deutschen Recht für Offenlegungsansprüche zur Verfügung stehen. Stattdessen sieht § 89b Abs 1 GWB nF vor, dass für „die Erteilung der Auskünfte nach § 33g GWB ... § 142 ZPO" gelten soll. Selbst für den geübten deutschen Praktiker ist dieser Regelung kein eigenständiger Inhalt zu entlocken, weil es für die Anwendung des § 142 dZPO keines zugrundeliegenden materiell-rechtlichen Anspruches bedarf. Die Möglichkeit, die Erteilung von Auskünften oder die Herausgabe von Beweismitteln innerhalb von Rechtsstreitigkeiten anzuordnen, haben die Gerichte auch ohne die Verweisung des § 89b Abs 1, 2 GWB. Es bedurfte der Regelung wohl schlicht nicht.

Der Offenlegungsanspruch kann isoliert, aber auch – wie in Österreich – im Rechtsstreit über den Ersatzanspruch geltend gemacht werden. Bei Vorliegen der Voraussetzungen des einschlägigen § 33g GWB nF liegt so ein weiterer vollstreckbarer Titel vor. § 89b Abs 3 GWB nF sieht in diesem Fall jedoch vor, dass das Gericht über den Offenlegungsanspruch im Wege des „Zwischenurteils" zu entscheiden habe. Dies dürfte freilich schlecht möglich sein, weil im Zwischenurteil eine Entscheidung über eine Urteilselement oder einen Zwischenstreit ergehen kann,[73] nicht jedoch eine Entscheidung über einen materiell-rechtlichen Anspruch.

4.4 Sanktionierung der Verletzung der Offenlegungspflichten

Zum Abschluss soll ein weiterer Fall unnötig komplizierter deutscher Legistik nicht unerwähnt bleiben. Art 8 der RiLi sah vor, dass wirksame und abschreckende Sanktionen für die Beseitigung oder Untauglichmachung relevanter Beweismittel vorzusehen waren.[74] Der deutsche Gesetzgeber meint, mit einem Schadenersatzanspruch nach § 33g Abs 8 GWB nF im Falle der Falschauskunft und Nichtherausgabe von Beweismitteln, eine adäquate Sanktionierung vorzusehen. Er verkennt freilich, dass diese Lösung zu einem komplexen Inzident-Prozess führen muss: Für die Bestimmung des Schadens infolge der fehlenden Offenlegung kommt es darauf, wie der (eigentliche) Kartellschadenprozess bei Übermittlung der Beweismittel ausgegangen wäre. Der Zirkelschluss liegt auf der Hand: Der Schaden, der durch die Nichtherausgabe entstanden ist, muss durch Infor-

68 Der hierfür heranzuziehende Gebührentatbestand ist unklar. Zudem ist davon auszugehen, dass kaum ein Anwalt zu finden sein wird, der hier nicht auf Stundenbasis abrechnen würde.

69 Zwar ergibt sich aus der Regierungsbegründung (BT-Drucks 15/3640, 65), dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass der Ersatzanspruch erst nach Erfüllung der Offenlegungsverpflichtung besteht. Dies hätte aber im Gesetz in Form einer von § 271 Abs 1 BGB ausdrücklich abweichenden Fälligkeitsregelung Erwähnung finden sollen. Dies um so mehr, als anerkannt ist, dass § 811 Abs 2 S 2 BGB ein Zurückbehaltungsrecht explizit gewährt und auf ähnliche Ansprüche entsprechend angewendet werden kann, vgl *Sprau* in *Palandt*, BGB[75] § 811 Rz 2 mwN. Für eine solche Anwendung offenbar *Kersting/Preuß*, WuW 2016, LH 1 (LH 16).

70 Andererseits käme allein diese Interpretation der mutmaßlichen Intention des Gesetzgebers – Schutz in Anspruch genommener Dritter vor ebensolchen Kosten – nach.

71 *Petrasincu*, WuW 2016, 330 (333); zur Ersatzfähigkeit *Grüneberg* in *Palandt*, BGB[75] § 249 Rz 56 ff.

72 Etwa auf die im Rahmen der §§ 809, 810 BGB innerprozessual anzuwendenden Regeln aus §§ 422 ff dZPO, welche in den §§ 428 ff dZPO sogar Vorschriften für der Vorlagepflichten Dritter bieten. Im Übrigen wäre ein materieller (Herausgabe-)Anspruch nach §§ 883 ff ZPO zu vollstrecken.

73 Ohnedies sind Zwischenurteile zwischen den Parteien gar nicht, bei Drittbeteiligung mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar (*Vollkommer* in *Zöller*, ZPO[31] § 303 Rz 1), nach § 89b Abs 3 S 2 GWB nF ist jedoch die Anfechtung gleich einem Endurteil (Berufung) vorgesehen.

74 Zwar ist bezweifelt worden, ob dieser Betrag ausreichend sei, vgl *Hoffer*, Kartellgesetz-Novelle in Österreich – Der Begutachtensentwurf des Bundesministeriums für Justiz, NZKart 2016, 466 (470); *Klumpe/Thiede*, NZKart 2017, 332 (337). Immerhin, und dies ist zu betonen, handelt es sich um ein recht einfach für das Gericht zu handhabendes Sanktionsmittel.

© Verlag Österreich 2018

mationen dargelegt werden, die nicht herausgegeben wurden. In Österreich wurde dies in schlichter Eleganz in § 37m KartG nF dergestalt umgesetzt, dass Ordnungsstrafen bis zu € 100.000 vorgesehen wurden.

Fazit

Festzuhalten ist, dass sowohl die österreichische als auch die deutsche Umsetzung der Kartellschadenrichtlinie das Problem der Mehrfachinanspruchnahme der Kartellanten im Rahmen eines *passing-on* und auch die erhebliche Abweichung der Regelung zur Gesamtschuld bei kartellschadenersatzrechtlichen Ansprüchen im Vergleich zum allgemeinen Zivilrecht jeweils nicht überzeugend gelöst haben. Die Ursache hierfür wird freilich weniger in den Umsetzungen, als vielmehr in der Richtlinie selbst zu finden sein.

In zahlreichen anderen Bereichen erscheinen österreichische Ansätze deutlich durchdachter und praxisnäher. Herauszugreifen ist etwa die Bejahung der Zurechnung der Tochterunternehmen zu ihren Müttern im Rahmen der Konzernhaftung; hier steckt die deutsche Diskussion noch in den metaphorischen Kinderschuhen. Eine gleichfalls erfreuliche Praxisnähe weist sich auch in den Regelungen zum Offenlegungsanspruch. Während der deutsche Gesetzgeber den Klägern in Abweichung zum üblichen zivilprozessualen Gegebenheiten einen Vorteil dadurch zu verschaffen gedenkt, dass er ihnen vor dem Erkenntnisverfahren durch den Offenlegungsanspruch eine Möglichkeit zur Beurteilung der Erfolgsaussichten verschafft, ist dies mit Blick auf die denkbar einfache österreichische Lösung eindeutig zu teuer erkauft, gerade wenn man bedenkt, dass es im Rahmen einer *follow-on* Klage dieses Offenlegungsanspruches in der Regel wohl nicht einmal bedarf. Eine ebenfalls unnötig komplizierte, praktisch kaum handhabbare Regelung ist hinsichtlich der Sanktionierung des Offenlegungsanspruches zu erinnern. Auch hier wird deutlich, dass mit der Bußgeldbewehrung der österreichischen Praxis ein denkbar einfaches und trotzdem scharfes Schwert in Hand gegeben wurde, wohingegen in Deutschland komplizierte, weitere Prozesse mit ungewissem Ausgang anzustreben sein werden.

Angesichts dessen steht nur zu hoffen, dass deutsche Juristen ob des (vermeintlichen) „Glanzes" ihrer Jurisprudenz, dass eigene „Elend" nicht weiter übersehen[75] und die gelungenen österreichischen Lösungen in Deutschland verstärkt Aufmerksamkeit erfahren.

Korrespondenz:
Univ.-Lekt. Dr. Thomas Thiede, LL.M.,
mail@thomasthiede.info
VorsRiLG Dr. Gerhard Klumpe,
gerhard.klumpe@lg-dortmund.nrw.de

75 Vgl mwN statt aller *H Koziol*, Glanz und Elend deutscher Zivilrechtsdogmatik, AcP 212 (2012) 1 (60 ff).