

Anmerkungen aus der Praxis

zum

**Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie
vom 1. Juli 2016**

**Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des
Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (9. GWB-ÄndG)**

**CDC Cartel Damage Claims
Consulting SCRL**

Avenue Louise 475
B-1050 Brüssel, BELGIEN
Tel. +32 (0) 2 213 49 20

www.carteldamageclaims.com

Einführung

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hat am 1. Juli 2016 seinen Referentenentwurf zur 9. GWB-Novelle (**Referentenentwurf, GWB-E**) veröffentlicht. Anlässlich der Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU (**RL**) enthält der Referentenentwurf unter anderem Vorschläge zur Neuregelung des Kartellschadensersatzes (**§§ 33 ff., 87 ff. GWB-E**).

Die Unternehmensgruppe CDC Cartel Damage Claims (**CDC**) hat eine ausgewiesene Expertise im Bereich des Kartellschadensersatzes. CDC wurde im Jahr 2002 gegründet und gilt als ein Vorreiter der privaten Kartellrechtsdurchsetzung in Europa. CDC hat vor den Gerichten der Europäischen Union sowie vor den nationalen Gerichten verschiedener Mitgliedstaaten, wie Deutschland, der Niederlande und Finnland, mehrere wegweisende Entscheidungen in einigen der größten Kartellschadensersatzverfahren in Europa herbeigeführt (z.B. Fälle „Zementkartell“, „Wasserstoffperoxidkartell“, „Natriumchloratkartell“ und „Paraffinwachskartell“). Darüber hinaus hat CDC bereits in verschiedenen Fällen außergerichtliche Streitbeilegungen herbeigeführt, die in substantiellen Entschädigungszahlungen für die Kooperationspartner von CDC, in der Mehrzahl kleine und mittlere Unternehmen, geführt haben.

Auf der Grundlage ihrer praktischen Erfahrungen geht CDC davon aus, dass der GWB-E nicht zu einer wesentlichen Erleichterung der Durchsetzung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche in Deutschland führen wird. Der GWB-E orientiert sich zwar weitgehend an der Richtlinie, bleibt jedoch hinter dieser zurück. Insgesamt wird der Kartellschadensersatz für Geschädigte nicht effektiv genug ausgestaltet. Es verbleiben bewusst zahlreiche ungeklärte Rechtsfragen. Neue Verfahrensregelungen erhöhen die Komplexität und Dauer von Schadensersatzprozessen dabei ersichtlich weiter. Der Referentenentwurf nutzt letztlich ebenfalls nicht verbliebene Regelungsspielräume. Dies beeinträchtigt in der Praxis vor allem die effektive Durchsetzung von kleineren oder verstreuten Schadensersatzansprüchen. Daher werden sich Kartelle auch in Zukunft weiter lohnen. Deutschland wird im Wettbewerb der Rechtsordnungen zurückfallen, während deutsche Unternehmen in Zukunft häufiger vor ausländischen Gerichten verklagt werden.

Im Einzelnen möchte CDC zu folgenden Regelungsvorschlägen des GWB-E Stellung nehmen:

- I. Schadensersatzpflicht und Passivlegitimation (§ 33a Abs. 1 GWB-E)
- II. Definition des Begriffs Kartell (§ 33a Abs. 2 S. 3 Nr. 4 GWB-E)
- III. Einwand der Schadensabwälzung (§ 33c GWB-E)
- IV. Wirkungen des Vergleichs (§ 33f Abs. 1 GWB-E)
- V. Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften (§ 33g GWB-E)
- VI. Länge der kenntnisunabhängigen Verjährungsfrist (§ 33h Abs. 3 GWB-E)
- VII. Mitteilung von Bußgeldentscheidungen (§ 53 Abs. 5 GWB-E)
- VIII. Zwischenverfahren über die Herausgabe von Beweismitteln und die Erteilung von Auskünften (§ 89b Abs. 3 und 4 GWB-E)

I. Schadensersatzpflicht und Passivlegitimation (§ 33a Abs. 1 GWB-E)

a) Im Einzelnen:

- § 33a Abs. 1 GWB-E erklärt nicht ausdrücklich, wer bei einem Verstoß nach § 33 Abs. 1 GWB-E zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet ist. Das Fehlen einer ausdrücklichen Regelung stößt auf erhebliche Bedenken, da § 33a Abs. 1 GWB-E hinter den verbindlichen Vorgaben der Richtlinie und des primären Unionsrechts zurück bleibt. Art. 1 Abs. 1 RL verlangt, dass die Mitgliedstaaten zu gewährleisten haben, dass „*jeder, der einen durch eine Zuwiderhandlung eines Unternehmens oder einer Unternehmensvereinigung gegen das Wettbewerbsrecht verursachten Schaden erlitten hat, das Recht, den vollständigen Ersatz dieses Schadens von diesem Unternehmen oder dieser Unternehmensvereinigung zu verlangen, wirksam geltend machen kann.*“ Verwiesen ist damit auf den etablierten unionsrechtlichen Unternehmensbegriff. Wie die Begründung insoweit zu § 81 GWB-E¹ richtig ausführt, handelt es sich hierbei um eine wirtschaftliche Einheit, selbst wenn diese rechtlich aus mehreren natürlichen oder juristischen Personen gebildet wird. Nach den verbindlichen Vorgaben in Art. 1 Abs. 1 RL ist daher das Unternehmen passivlegitimiert. Dies impliziert insbesondere eine eigene zivilrechtliche Haftung der Muttergesellschaft für Verstöße, an denen Mitarbeiter einer Tochtergesellschaft beteiligt waren, falls die Muttergesellschaft einen bestimmenden Einfluss auf die Tochtergesellschaft ausübt.

¹ Begründung des Referentenentwurfs vom 1.7.2016, S. 87.

- Das Fehlen einer expliziten Regelung über die nach der RL Passivlegitimierten beim Kartellschadensersatz überrascht umso mehr, als die kartellzivilrechtliche Haftung des Unternehmens bereits geltendem Unionsrecht entspricht. Der Gerichtshof der Europäischen Union (**EuGH**) hat die Passivlegitimation von Unternehmen in seinem *Kone*-Urteil deutlich formuliert: „die an einem Kartell beteiligten Unternehmen zivilrechtlich für Schäden haften“². Der Kartellverstoß wird einer Muttergesellschaft, die Teil dieser wirtschaftlichen Einheit ist, damit als eigener zur Last gelegt³. Ihre Haftung folgt aus Art. 101 AEUV selbst⁴, auf dessen unmittelbare Wirkung in den Beziehungen zwischen Einzelnen das Unionsrecht auf Schadenersatz gerade beruht, und zwar nicht nur in Bezug auf die Aktivlegitimation („jedermann“), sondern auch in Bezug auf die Passivlegitimation⁵. Die bußgeldrechtliche Verantwortung einer Muttergesellschaft nach Art. 101 AEUV begründet dementsprechend zugleich ihre schadensrechtliche Verantwortlichkeit, wie sich auch aus dem Urteil *CDC Hydrogen Peroxide* des Gerichtshofs ergibt⁶. Höchste Zivilgerichte in anderen Mitgliedstaaten haben daher bereits ausdrücklich auf eine kartellzivilrechtliche Haftung des Unternehmens und insbesondere einer Muttergesellschaft erkannt⁷.
- Angesichts der ausdrücklichen Regelung der Haftung der Muttergesellschaft im Rahmen des Bußgeldrechts in § 81 Abs. 3a GWB-E, dessen Begründung ausdrücklich auf die unionsrechtlichen Prinzipien Bezug nimmt, stellt sich die Frage, wie die Schlechterstellung privater Kartellopfer gegenüber dem Staat gerechtfertigt werden kann. In Ermangelung einer ausdrücklichen Regelung der Passivlegitimation in § 33a Abs. 1 GWB-E müssen private Schadenersatzkläger darauf hoffen, dass die Rechtsprechung die Passivlegitimation sowohl nach dem primären Unionsrecht als auch der RL europarechtskonform ausgestaltet. Dieser Weg ist langwierig, teuer und mit erheblichen rechtlichen Risiken behaftet.

² EuGH, Urteil vom 5. Juni 2015, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317, = WuW 2014, S. 783, Rn. 37.

³ EuGH Slg. 2000, I-10065 Rn. 28, 34 – Metsä-Serla; EuG BeckRS 2011, 81120 Rn. 83 – Schindler Holding; Slg. 2008, II-2567 Rn. 73 f. – Schunk u. Schunk; BGH NZKart 2015, 101(103) Rn.47 – Calciumcarbid-Kartell II. Das gesellschaftsrechtliche „Trennungsprinzip“ wird daher richtigerweise nicht betroffen, s. EuGH EuZW 2013, 547 (551) Rn. 81 f. – Eni; BeckEuRS 2011, 608873 Rn. 73 ff. nebst GA Mengozzi SchIA 17.2.2011, ECLI:EU:C:2011:89 Rn. 48 ff. – Elf Aquitaine; EuG BeckRS 2011, 81120 Rn. 83 – Schindler Holding.

⁴ BGH NZKart 2013, 425 (428) Rn. 36 – Calciumcarbid-Kartell.

⁵ Vgl. GA'in Kokott SchIA BeckRS 2012, 81830 = ECLI:EU:C:2012:544, Rn. 33 – Expedia („zugunsten wie zulasten“) u.V.a. EuGH *Courage/Crehan* und *Manfredi*.

⁶ EuGH Urt. v. 21.05.2015, ECLI:EU:C:2015:335, Rn. 24 nebst GA Jääskinen SchIA v. 11.12.2014, ECLI:EU:C:2014:2443, Rn. 65 – CDC Hydrogen Peroxide.

⁷ Siehe z.B. österreichischer OGH, Urt. v. 08.10.2015, 16 Ok 2/15b (16 Ok 8/15k) = NZKart 2016, S. 92, Rn. 5.11., und Urt. v. 02.08.2012, 4Ob46/12m = WuW 2013, S. 313, Rn. 7.4.; ähnlich Gerechthof Amsterdam WuW 2015, S. 1179, Rn. 2.9 (u.V.a. EuGH *CDC Hydrogen Peroxide*).

b) Vorschlag:

- § 33a Abs. 1 S. 1 GWB-E sollte um einen S. 2 mit folgender Klarstellung ergänzt werden: „Wird ein Verstoß nach § 33 Abs. 1 GWB-E durch ein Unternehmen oder eine Unternehmensvereinigung begangen, so haften alle natürlichen oder juristischen Personen, welche das Unternehmen oder die Unternehmensvereinigung tragen, gesamtschuldnerisch für den durch den Verstoß verursachten Schaden.“ Die Erwähnung der diesbezüglich gesamtschuldnerischen Haftung wäre zugleich eine Klarstellung zu § 33d Abs. 1 GWB-E.
- Richtigerweise verweist § 33a Abs. 1 zumindest auf § 33 Abs. 1 GWB-E und die dort statuierte, wesentliche Klarstellung, auf wen sich „wer“ in § 33 Abs. 1 und daher § 33a Abs. 1 GWB-E bezieht, nämlich den Rechtsverletzter: „*Wer gegen eine Vorschrift dieses Teils oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union verstößt (Rechtsverletzter) ...*“. Daraus folgt, dass der Rechtsverletzter als Anspruchsgegner anzusehen ist. Vor dem Hintergrund, dass Art. 2 Abs. 2 RL den Begriff des Rechtsverletzters definiert als „das Unternehmen oder die Unternehmensvereinigung, das bzw. die die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht begangen hat“, verweist die Anspruchsgrundlage in § 33a Abs. 1 GWB-E mittelbar auf den etablierten unionsrechtlichen Unternehmensbegriff. Auf diesen Verweis kann sich die Rechtsprechung stützen, wenn sie die Passivlegitimation nach der RL und dem primären Unionsrecht weiter europarechtskonform ausgestaltet.

II. Definition des Begriffs Kartell (§ 33a Abs. 2 S. 3 Nr. 4 GWB-E)

a) Im Einzelnen:

- Die Definition von „Kartell“ in § 33a Abs. 2 S. 2 und 3 GWB-E will ausweislich der Begründung die Definition in Art. 2 Nr. 14 RL umsetzen. Allerdings spricht § 33a Abs. 2 S. 3 Nr. 4 GWB-E bei der Formulierung eines Auffangtatbestandes von „*sonstigen gegen andere Wettbewerber gerichtete wettbewerbsschädigende Maßnahmen*“. Das Wort „*sonstige*“ ist in der Art. 2 Nr. 14 RL nicht enthalten. Die aktuelle Formulierung suggeriert, dass auch die Kartellabsprachen in den Nr. 1 bis Nr. 3 gegen Wettbewerber gerichtet sein müssten, weshalb gegen Abnehmer bzw. Verbraucher gerichtete Absprachen nicht reichten.

b) Vorschlag:

- In § 33a Abs. 2 S. 3 Nr. 4 GWB-E sollte das Wort „*sonstige*“ gestrichen werden.

III. Einwand der Schadensabwälzung (§ 33c GWB-E)

a) Allgemeines:

- Der Einwand der Schadensabwälzung ist von hoher praktischer Relevanz. Aus Sicht eines Geschädigten führt die Anerkennung des Einwands der Schadensabwälzung zu erheblichen Unsicherheiten. Denn selbst wenn der Nachweis eines durch den Kartellrechtsverstoß verursachten Preisaufschlags gelingt, muss er mit dem – zumindest teilweise – erfolgreichen Einwand der Schadensabwälzung rechnen. Geschädigte werden daher nur Schadensersatzansprüche geltend machen, wenn sie davon ausgehen können, dass der geltend gemachte Schaden den möglichen Umfang einer Schadensabwälzung sowie die regelmäßig erheblichen Kosten für eine gerichtliche Durchsetzung der Ansprüche sicher übersteigt. Angesichts der erheblichen Unsicherheiten bei der ökonomischen Schadensanalyse sowie der Bezifferung einer möglichen Schadensabwälzung werden in der Praxis daher trotz der durch die RL und die 9. GWB-Novelle angestrebten Vereinfachung auch in Zukunft eine Vielzahl von Schadenersatzansprüchen gar nicht erst geltend gemacht. Dies führt in einer volkswirtschaftlichen Gesamtschau weiterhin zu einer Perpetuierung illegaler Gewinne auf Seiten der Schädiger.
- Vor diesem Hintergrund ist die Fassung des Einwandes der Schadensabwälzung in § 33c GWB-E kritisch zu beurteilen. Der Umsetzungsvorschlag bleibt hinter den verbindlichen Vorgaben der RL zurück. Die Formulierung steht entgegen der Begründung⁸ auch nicht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in *ORWI* (KZR 75/10) sowie den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen der Vorteilsausgleichung.

b) Im Einzelnen:

- Zunächst spricht § 33c Abs. 1 S. 2 GWB-E von einem „*Verstoß nach § 33a Absatz 1*“, durch den ein Preisaufschlag entstanden ist. Allerdings verweist § 33a Absatz 1 GWB-E seinerseits auf einen „*Verstoß nach § 33 Absatz 1*“, nämlich den dort genannten Verstoß gegen „*eine Vorschrift dieses Teils oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union*“.

Vorschlag: Konsequenterweise sollte in § 33c Abs. 1 S. 2 GWB-E – und im Übrigen auch in § 33d Abs. 1 GWB-E betreffend die Gesamtschuld – auf einen „*Verstoß nach § 33 Absatz 1*“ gesprochen werden.

- Nach § 33c Abs. 1 S. 2 GWB-E ist dem direkten Abnehmer im Fall einer Schadensabwälzung konzeptionell kein oder nur ein geringerer Schaden entstanden als die durch

⁸ Begründung des Referentenentwurfs vom 1.7.2016, S. 56.

den Kartellrechtsverstoß tatsächlich verursachte Preiserhöhung. Diese Regelung begegnet erheblichen Bedenken:

- Erstens setzt § 33c Abs. 1 S. 2 GWB-E begrifflich den Schaden mit der Preisüberhöhung gleich. Dies widerspricht der RL-Vorgabe eines vollständigen Schadensersatzes, der auch andere Schadenspositionen umfasst, wie Volumeneffekte, entgangenen Gewinn oder zusätzliche Finanzierungskosten.
- Zweitens impliziert die Formulierung, dass die Schadensabwälzung bereits im Rahmen der Entstehung des Schadens zu prüfen ist (Schaden = Preisaufschlag minus Schadensabwälzung). Dies steht im Widerspruch zu § 33c Abs. 1 S.1 GWB-E, der klar zwischen dem Erwerb eines Gutes oder einer Dienstleistung zu einem erhöhten Preis sowie einer Weiterveräußerung unterscheidet. Denn erst im Rahmen der zeitlich notwendigerweise nachgelagerten Weiterveräußerung stellt sich die Frage der Schadensabwälzung. Diese Differenzierung in § 33c Abs. 1 S. 1 GWB-E entspricht nicht nur der ökonomischen Realität, sondern steht auch im Einklang mit der ORWI-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil, Rn. 56): *„Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass eine etwa erfolgte Abwälzung des kartellbedingten Vermögensnachteils nicht bereits die Entstehung eines Schadens ausschließt oder mindert. Der Schaden ist vielmehr ungeachtet eines späteren Weiterverkaufs mit dem Erwerb der Ware in Höhe der Differenz aus dem Kartellpreis und dem (hypothetischen) Wettbewerbspreis eingetreten.“* Entsprechend sollte bereits mit der Einführung des § 33 Abs. 3 S. 2 durch die 7. GWB-Novelle, dem der jetzige § 33c Abs. 1 GWB-E entspricht, gerade aus Gründen der Rechtsklarheit ausgeschlossen werden, dass die Schadensabwälzung mit der Frage der Schadensentstehung vermengt wird⁹.
- Praktische Auswirkungen mag eine Vermengung der Schadensabwälzung mit der Schadensentstehung im Ergebnis weniger in Bezug auf die Beweislast haben, die Art. 13 S. 2 RL für die Schadensabwälzung ausdrücklich dem Rechtsverletzer zuweist, im Gegensatz zum Referentenentwurf (dazu unten). Allerdings wären etwa die im Kartellschadenersatzrecht praktisch sehr wichtigen Feststellungsklagen (§ 256 ZPO) erschwert. In ihnen ist nach geltendem Recht nur die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts zu prüfen, während Feststellungen zu dessen Abwälzung erst im Betragsverfahren zu treffen sind¹⁰.

Vorschlag: § 33c Abs. 1 S. 2 GWB-E sollte anstelle dessen wie folgt formuliert sein:
„Der Schadensersatzanspruch nach § 33a Absatz 1 ist ausgeschlossen, soweit der Abnehmer einen Preisaufschlag, der durch einen Verstoß nach § 33 Absatz 1 verursacht worden ist, an seine Abnehmer (mittelbare Abnehmer) weitergegeben hat (Scha-

⁹ BT-Drucks. 15/5049, S. 49 sub Nr. 19.

¹⁰ LG Mannheim, Urt. v. 30.10.2015 – 7 O 34/15 Kart., Umdruck S. 13.

densabwälzung)“. In der Begründung sollte unter Hinweis auf § 33c Abs. 1 S. 1 GWB-E klargestellt werden, dass eine Schadensabwälzung nicht bereits die Entstehung eines Schadens in Form eines Preisaufschlags ausschließt oder mindert. Andere Schadenspositionen wie entgangener Gewinn, Volumeneffekte oder Finanzierungskosten bleiben ohnehin von einer Abwälzung des Preisaufschlags unberührt (siehe auch § 33 Abs. 1 S. 3).

- § 33c Abs. 1 S. 2 GWB-E sieht offenbar keine Voraussetzung einer adäquaten Kausalität zwischen dem Kartellrechtsverstoß und einer möglichen Schadensabwälzung vor. Das Fehlen einer ausdrücklichen Formulierung stößt auf erhebliche Bedenken:
 - Erstens steht die Regelung im Widerspruch zu Art. 12 Abs. 1 und 2 RL, die einen kausalen Zusammenhang zwischen dem Verstoß und der Schadensabwälzung ersichtlich verlangen. Art. 12 Abs. 1 RL („*Abwälzung des Preisaufschlags und Recht auf vollständigen Schadensersatz*“) betont das Recht jedes Geschädigten, „*unabhängig davon, ob er unmittelbarer oder mittelbarer Abnehmer eines Rechtsverletzers ist*“, auf „*vollständigen Schadensersatz nach Artikel 3*“. Art. 3 RL bezieht sich ausdrücklich auf den Schadensersatz gegenüber jeder natürlichen oder juristischen Person, „*die einen durch eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht verursachten Schaden erlitten hat*“. Damit bedarf es auch bei Ansprüchen mittelbarer Abnehmer einer adäquaten Kausalität des Kartellrechtsverstoßes und der Schadensabwälzung.
 - Zweitens, widerspricht die Regelung den Grundsätzen des Vorteilsausgleichs, auf denen § 33c Abs. 1 S. 2 beruhen soll¹¹. In Rn. 59 des in der Begründung zitierten ORWI-Urteils des Bundesgerichtshofs heißt es: „*Voraussetzung einer Vorteilsausgleichung ist zunächst, dass die Preiserhöhung, die der Geschädigte gegenüber seinen Abnehmern durchsetzen kann, in adäquatem Kausalzusammenhang mit dem kartellbedingten Preisaufschlag steht.*“ Der Bundesgerichtshof betont in Rn. 60 den Gleichklang der Kausalitätsprüfung.
 - Drittens besteht ein gesetzessystematischer Widerspruch innerhalb von § 33c Abs. 1 S. 2 und S. 3. Denn sowohl für den Preisaufschlag („*einen Preisaufschlag, der durch einen Verstoß nach § 33a Absatz 1 [besser: § 33 Absatz 1] verursacht worden ist*“) als auch für die Geltendmachung von entgangenem Gewinn („*soweit der entgangene Gewinn durch die Weitergabe des Preisaufschlags verursacht worden ist.*“) ist das Erfordernis einer adäquaten Kausalität hingegen ausdrücklich vorgesehen, während dies für die Schadensabwälzung nicht der Fall ist.

Vorschlag: In § 33c Abs. 1 S. 2 GWB-E ist klarzustellen, dass zwischen dem Verstoß und der Schadensabwälzung ein kausaler Zusammenhang bestehen muss.

¹¹ Begründung des Referentenentwurfs vom 1.7.2016, S. 56.

- Im Gegensatz zu den Vorgaben in Art. 12 Abs. 1 RL, auf die sich die Begründung zu § 33c Abs. 1 GWB-E ausdrücklich bezieht, finden sich weder im aktuellen Gesetzestext noch in der Begründung Abwägungsgesichtspunkte, die im Rahmen der Schadensabwälzung zu berücksichtigen sind. In Art. 12 Abs. 1 RL heißt es: *„und dass sowohl ein Schadenersatz, der den dem Kläger durch die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht entstandenen Schaden übersteigt, als auch eine Nichthaftung des Rechtsverletzers verhindert werden.“* Nach den verbindlichen Vorgaben der RL soll somit einerseits eine Überkompensation von Geschädigten, aber ebenso eine Nichthaftung der Rechtsverletzer verhindert werden. Dies entspricht auch dem ORWI-Urteil des Bundesgerichtshofs. Dort heißt es in Rn. 58: *„Der gerechte Ausgleich zwischen den bei einem Schadensfall widerstreitenden Interessen erfordert einerseits, dass der Geschädigte entsprechend dem schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbot nicht besser gestellt wird, als er ohne das schädigende Ereignis stünde. Andererseits sind nicht alle durch das Schadensereignis bedingten Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen, sondern nur solche, deren Anrechnung mit dem jeweiligen Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmt, d.h. dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unangemessen entlastet.“*

Vorschlag: Im Gesetzestext, zumindest aber in der Begründung, sollte klargestellt werden, dass der Einwand der Schadensabwälzung unter Berücksichtigung von eventuellen Schadensersatzklagen von Abnehmern auf anderen Marktstufen nicht zu einer unbilligen Entlastung des Schädigers führen darf.

- In § 33c Abs. 1 S. 2 GWB-E fehlt eine ausdrückliche Beweislastregel zur Schadensabwälzung. Hierdurch bleibt die deutsche Umsetzungsnorm hinter den verbindlichen Vorgaben des Art. 13 S. 2 RL zurück. Zugleich ergeben sich Unsicherheiten im Zusammenhang mit dem unklaren Verhältnis zwischen Schadensentstehung und Schadensweitergabe im Referentenentwurf (s.o.). Jedenfalls schreibt Art. 13 S. 2 RL vor: *„Die Beweislast für die Weitergabe des Preisaufschlags trägt der Beklagte...“*. In Erwägungsgrund 39 der RL wird den Mitgliedstaaten mithin aufgegeben, vorzusehen, *„dass der Rechtsverletzer, soweit er die Einwendung der Schadensabwälzung geltend macht, das Vorliegen und den Umfang der Schadensabwälzung beweisen muss“*. Entsprechend führte bereits der BGH in Rz. 64 des ORWI-Urteils aus: *„Im Einklang mit dem unionsrechtlichen Effektivitätsgebot liegt die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung und insbesondere die Kausalität des Vorteils beim Schädiger.“*

Vorschlag: Im Gesetzestext, zumindest aber in der Begründung, sollte ausdrücklich klargestellt werden, dass die Beweislast für die Voraussetzungen einer Schadensabwälzung beim Rechtsverletzer liegt. Außerdem ist das Verhältnis zwischen Schadensentstehung und Schadensabwälzung klarzustellen (s.o.).

- Der Begründung zu § 33c Abs. 1 ist dahingehend zuzustimmen, dass zwischen der ORWI-Rechtsprechung, insbesondere der Einordnung der Schadensabwälzung in den

zivilrechtlichen Zusammenhang der Vorteilsausgleichung und den Vorgaben der RL entgegen einer teilweise vertretenen Meinung kein Widerspruch besteht. Dies bestätigt auch das kürzlich ergangene *Tennet/ABB*-Urteil des niederländischen Hoge Raad, dem höchsten niederländischen Zivilgericht, zum Einwand der Schadensabwälzung bzw. passing-on defence nach niederländischen Recht¹². Darin hat der Hoge Raad festgehalten, dass der Einwand der Schadensabwälzung nach den Regeln der – auch im niederländischen Recht anerkannten Vorteilsausgleichung – im Einklang mit den für den nationalen Richter verbindlichen Vorgaben der RL steht. Voraussetzung für die Geltendmachung der passing-on defence ist nach Auffassung des Hoge Raad, dass ein kausaler Zusammenhang zwischen der Zuwiderhandlung und dem Vorteil für den Geschädigten besteht und der Einwand der Schadensabwälzung angemessen ist. Dies entspricht tragenden Gründen im ORWI-Urteil des Bundesgerichtshofs¹³.

c) Vorschlag für eine Neuformulierung des § 33c Abs. 1 GWB-E (Ergänzungen unterstrichen):

§ 33c

Einwand der Schadensabwälzung

- (1) *Wird eine Ware oder Dienstleistung aufgrund eines Verstoßes nach § 33 Absatz 1 zu einem übersteuerten Preis bezogen (Preisaufschlag), so ist der Schaden nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Ware oder Dienstleistung weiterveräußert wurde. Der Schadensersatzanspruch nach § 33a Absatz 1 ist ausgeschlossen, soweit der Abnehmer einen Preisaufschlag in einem ursächlichen Zusammenhang an seine Abnehmer (mittelbare Abnehmer) weitergegeben hat (Schadensabwälzung). Die Geltendmachung des Einwands der Schadensabwälzung darf nicht dazu führen, dass sie den Rechtsverletzer von seiner Schadensersatzpflicht unbillig entlastet. Die Beweislast für das Vorliegen und den Umfang der Schadensabwälzung trägt der Rechtsverletzer. Unberührt bleibt der Anspruch des Geschädigten auf Ersatz seines entgangenen Gewinns nach §252 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, soweit der entgangene Gewinn durch die Weitergabe des Preisaufschlags verursacht worden ist.*

¹² Hoge Raad, Urteil vom 8. Juli 2016, Rs. 15/00167 – Tennet/ABB.

¹³ Bundesgerichtshof, Urteil vom 28. Juni 2011, KZR 75/10, BGHZ 190, S. 145 ff., v. a. Rn. 58.

IV. Wirkungen des Vergleichs (§ 33f Abs. 1 GWB-E)

a) Im Einzelnen:

- § 33f Abs. 1 S. 1 GWB-E sieht vor, dass bei einer einvernehmlichen Streitbeilegung durch Vergleich über einen Schadensersatzanspruch nach Art. 33a GWB-E, soweit nicht von den Vergleichsparteien anders vereinbart, der sich vergleichende Gesamtschuldner „in Höhe seines Anteils an dem Schaden“ von seiner Haftung gegenüber dem sich vergleichenden Geschädigten befreit wird. Gleichzeitig sind nach S. 2 die übrigen Gesamtschuldner nur zum Ersatz des Schadens für den verbleibenden Anspruch verpflichtet. Für die Bestimmung des „Anteils an dem Schaden“ des sich vergleichenden Schädigers, um den sich der Schadensersatzanspruch des Geschädigten verringert, verweist die Begründung auf § 33d Abs. 2 GWB-E, das heißt die (Regress-)Haftung der Kartellmitglieder im Innenverhältnis¹⁴. § 33d Abs. 2 GWB-E stellte seinerseits auf die „Umstände ab, insbesondere (...), in welchem Maß sie den Schaden verursacht haben“. Die Begründung erläutert, dass als Kriterium „im Regelfall in erster Linie“ das Maß der Verursachung entscheidend ist, „in zweiter Linie etwaiges Verschulden“. Daneben kommen für die Bestimmung des Haftungsanteils eines Gesamtschuldners der jeweilige „Marktanteil“, „Umsatz“ sowie die jeweils erzielten „Mehrerlöse“ in Betracht.¹⁵
- Die Regelung in S. 1 stößt auf erhebliche Bedenken, da sie nicht zu der Rechtssicherheit führt, die in der Praxis übereinstimmend sowohl von Klägern als auch Beklagten für den Abschluss von Vergleichen als wünschenswert angesehen wird. Die aktuelle Regelung wird daher die einvernehmliche Streitbeilegung nicht in der Weise fördern, dass sie unnötige Klagen weitgehend verhindert und damit die Justiz wesentlich entlastet:
 - Geschädigte, aber auch vergleichsbereite Rechtsverletzer, können den internen Regressanteil des Letzteren regelmäßig nicht belastbar bestimmen. Dem Geschädigten fehlen schon Informationen über die Operation des Kartells oder Verschuldensbeiträge der Kartellmitglieder. Er wird bei der Anspruchsdurchsetzung vielmehr in die Sphäre der Kartellanten gerückt, wovon er aufgrund der Gesamtschuld entbunden sein soll. Außen- und Innenverhältnis werden überlagert.
 - Über Regressanteile wird an sich erst zu einem späteren Zeitpunkt entschieden, nach der Durchsetzung der Schadensersatzansprüche durch Geschädigte. Die Unsicherheit über einen später zu bestimmenden „Anteil an dem Schaden“ verhindert frühzeitige Vergleiche und kann zu Fehleinschätzungen

¹⁴ Begründung des Referentenentwurfs vom 1.7.2016, S. 61.

¹⁵ Begründung des Referentenentwurfs vom 1.7.2016, S. 57 f.

darüber führen, worüber sich die Vergleichsparteien tatsächlich vergleichen. Ein wesentliches Element der Gesamtschuld, nämlich dass sich der Gläubiger grundsätzlich nicht um das Innenverhältnis der Gesamtschuldner zu kümmern braucht, wird konterkariert.

- Damit § 33f Abs. 1 GWB-E zu einem effektiven Mechanismus der einvernehmlichen Streitbeilegung führt, der in der Lage ist, die nach Erwägungsgrund 48 RL angestrebte „*endgültige vergleichsweise Regelung*“ zu erreichen, sollte die Regelung für die Bestimmung des „*Anteils des sich vergleichenden Gesamtschuldners an dem Schaden*“ aus Gründen der Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit ein objektives, für alle Beteiligten *ex ante* erkennbares Kriterium benennen. Hierfür sollte ausdrücklich und vorrangig auf das Kriterium der Liefer- oder Bezugsanteile abgestellt werden, auf dessen Grundlage ebenfalls der Schadensersatz der Geschädigten berechnet wird. Nur sofern jeweilige Liefer- oder Bezugsanteile praktisch nicht in Frage kommen (z.B. bei entgangenem Gewinn, Preisschirmeffekten), sollte ein alternatives Kriterium angewendet werden, beispielsweise das Pro-rata-Kriterium (Kopfteilsgrundsatz), das als Hilfsregel unbedenklich ist¹⁶.

b) Vorschlag:

- In § 33f Abs. 1 GWB-E, zumindest aber in der Begründung, sollte ausdrücklich bestimmt werden, dass der in S. 1 genannte „*Anteil des sich vergleichenden Gesamtschuldners an dem Schaden*“ vorrangig („*insbesondere*“) anhand des Kriteriums der jeweiligen Liefer- oder Bezugsanteile zu bestimmen ist. Daneben sollte geregelt sein, dass, sofern Liefer- oder Bezugsanteile praktisch nicht in Frage kommen (z.B. bei entgangenem Gewinn, Preisschirmeffekten), ein Alternativkriterium angewendet wird, beispielsweise der Kopfteilsgrundsatz. Regelungstechnisch bietet sich die Aufnahme von Regelbeispielen an, womit auch die durch die RL vorgegebene Flexibilität des Abwägungsmaßstabs im Kartellregress gewahrt bleibt.
- Missverständlich und daher zu streichen ist der letzte Satz in der vorgesehenen Gesetzesbegründung zu § 33d Abs. 2 GWB-E: „*Demgegenüber würde ein Verengen des Blicks auf ein Kriterium, z.B. den Umsatzanteil, nicht mehr die individuelle Verantwortung der einzelnen Schädiger widerspiegeln*“. Er würde bei Vergleichsverhandlungen nur die Rechtsunsicherheit vertiefen.

¹⁶ EuGH NZKart 2014, 177, 179, Rn. 71 – Siemens AG Österreich; BGH NZKart 2015, 101, 103, Rn. 53 ff. – Calciumcarbid-Kartell II; *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 33 Rn. 35.

V. Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften (§ 33g GWB-E)

a) Im Einzelnen:

- § 33g Abs. 1 GWB-E enthält keine Regelung, wonach im Fall der Geltendmachung von Ansprüchen auf Herausgabe von Beweismitteln und die Erteilung von Auskünften durch Geschädigte die Schadensersatzansprüche gehemmt werden. In der Praxis werden Geschädigte daher regelmäßig Schadensersatzansprüche einklagen müssen, obwohl sie noch nicht über die notwendigen Informationen (wie aber Abs. 1 bezweckt) verfügen, um die Erfolgsaussichten einer Klage beurteilen zu können.
- § 33g Abs. 2 S. 2 GWB-E statuiert, dass der Anspruch nach S. 1 auf Herausgabe von Beweismitteln, die für die „Verteidigung gegen einen auf Schadensersatz gerichteten Anspruch nach § 33a Absatz 1 erforderlich sind“, auch besteht, wenn ein Rechtsverletzer gegenüber einem Geschädigten eine negative Feststellungsklage erhebt. In diesem Fall ist der Anspruch gleichzeitig von der Voraussetzung abhängig, dass der klagende Rechtsverletzer „den der Klage zugrundeliegenden Anspruch nach § 33 Absatz 1 nicht bestreitet.“ Die Regelung stößt auf erhebliche Bedenken, da sie weit über das in der Begründung genannte Ziel der „Waffengleichheit“¹⁷ hinausgeht. Sie führt unweigerlich zu weitergehenden Verzögerungs- und Verschleppungstaktiken seitens der Rechtsverletzer. Schon unter der aktuellen Rechtslage machen Kartellmitglieder von jeder erdenklichen Möglichkeit Gebrauch, anhängige – ohnehin sachlich wie rechtlich komplexe – Kartellschadensersatzverfahren zu verschleppen¹⁸. Der Entwurf in S. 2 vermittelt den Eindruck, als würde er solche Taktiken gutheißen, und fördert im Ergebnis allein missbräuchliche Feststellungsklagen bzw. sog. Torpedoklagen¹⁹, da in dem einzigen von § 33g Abs. 2 S. 2 GWB-E erfassten Fall nur noch über die Höhe des Schadens gestritten werden muss. Rechtsverletzer bedürfen in dieser Situation allerdings keiner Möglichkeit, um zu Lasten der Geschädigten weitere Verzögerungs- und Verschleppungstaktiken vornehmen zu können. Die aktuelle Regelung wird praktisch dazu führen, dass potentiell Geschädigte in kostenintensive Gerichtsverfahren verwickelt werden, selbst wenn sie gar keine Schadenersatzklagen einreichen wollen. Schließlich widerspricht die Regelung der Vermutungswirkung eines Schadenseintritts in § 33a Abs. 2 S. 1 GWB-E.

¹⁷ Begründung des Referentenentwurfs vom 1.7.2016, S. 62.

¹⁸ In dem von CDC Hydrogen Peroxid SA im Frühjahr 2009 vor dem Landgericht Dortmund angestregten Schadensersatzverfahren gegen Mitglieder des europäischen Wasserstoffperoxidkartells ist z.B. auch nach über sieben Jahren noch nicht über die Zuständigkeit entschieden.

¹⁹ Zur europarechtlichen Unzulässigkeit von Torpedoklagen im Kartellschadensersatzrecht vgl. nur Brand, IPrax 2016, Heft 4, S. 314 ff.

- Nach § 33g Abs. 4 S. 1 Nr. 1 GWB-E sind von dem Herausgabeanspruch nach § 33g Abs. 1 ausgeschlossen sog. Kronzeugenerklärungen. Abs. 4 S. 2 GWB-E statuiert in diesem Zusammenhang, dass von einer Kronzeugenerklärung nicht Beweismittel umfasst sind, „*die unabhängig von dem wettbewerbsbehördlichen Verfahren vorliegen, unabhängig davon, ob diese Informationen in den Akten einer Wettbewerbsbehörde enthalten sind oder nicht.*“ S. 3 sieht daneben vor, dass sofern eine Herausgabe eines Beweismittels nach S. 1 ausgeschlossen ist, der Anspruchsteller bzw. Geschädigte „*eine Herausgabe an das Gericht der Hauptsache nach § 89b Absatz 8 allein zum Zwecke der Prüfung verlangen*“ kann. Zur weiteren Klarstellung sollte in § 33g Abs. 4 GWB-E ein S. 4 aufgenommen werden, der verdeutlicht, dass sämtliche Informationen über den Sachverhalt der Zuwiderhandlung bzw. den Rechtsverstoß nach § 33 Abs. 1 GWB-E, auch und soweit sie aus einer Kronzeugenerklärung stammen, nicht von dem Ausschluss der Herausgabe oder Offenlegung nach § 33g Abs. 1 S. 1 GWB-E erfasst sind. Diese wesentliche Ergänzung wäre damit ebenfalls im Rahmen des Verfahrens nach § 89b Abs. 6 GWB-E zu berücksichtigen.

In diesem Zusammenhang ist auf Schlussanträge des Generalwalt Szpunar vom 21. Juli 2016 im Verfahren C-162/15P, *Evonik Degussa/Kommission*²⁰, hinzuweisen. Dem Verfahren liegt ein Rechtsmittel von Evonik Degussa gegen die Veröffentlichung einer neuen umfassenderen nicht-vertraulichen Fassung der Kommissionsentscheidung im Wasserstoffperoxidkartell-Fall zugrunde. Der Generalanwalt führt wie folgt aus:

„202. Ich möchte meine Würdigung mit einigen allgemeinen Bemerkungen zu dem in der Richtlinie 2014/104 vorgesehenen System der Offenlegung von Beweismitteln abschließen. Diese Richtlinie wurde zwar nach dem für den Rechtsstreit maßgeblichen Zeitpunkt erlassen, doch meine ich, dass die Kommission sie, sollte sie am Ende des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens die geplante Veröffentlichung vornehmen, gleichwohl berücksichtigen sollte.

203. Mit der Richtlinie 2014/104 wurde die Diskussion über den Umfang des Schutzes von Kronzeugenerklärungen beendet. Sie schreibt einen absoluten Schutz dieser Erklärungen vor einer Offenlegung im Rahmen von Schadensersatzklagen vor und unterscheidet insbesondere zwischen diesen Erklärungen und bereits vorhandenen Informationen, die offengelegt werden können. Durch diese Lösung wird somit ein gerechter Ausgleich der widerstreitenden Interessen gewährleistet(70).

204. Ich meine, dass im Zusammenhang mit der Veröffentlichung von Kommissionsbeschlüssen der absolute Schutz von Kronzeugenerklärungen für die in diesen enthaltenen Informationen über den Sachverhalt der Zuwiderhand-

20

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=181933&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=460770>

lung nicht dasselbe Schutzniveau gebietet. Der Zugang der Öffentlichkeit zu Informationen über den der Zuwiderhandlung zugrunde liegenden Sachverhalt ist ein grundlegender Bestandteil von Schadensersatzklagen, da er geschädigten Dritten ermöglicht, sich über den Ablauf des Kartells zu informieren, und die Feststellung der Tatsachen erleichtert, die das Vorliegen und den Umfang der Haftung hinsichtlich aller Kartellbeteiligten betreffen.

205. Würde der durch die Richtlinie 2014/104 für Kronzeugenerklärungen vorgesehene absolute Schutz auf in diesen Erklärungen enthaltene Informationen über den Sachverhalt von Zuwiderhandlungen ausgedehnt, könnte das mit dieser Richtlinie herbeigeführte empfindliche Gleichgewicht gestört werden. In Ermangelung einer entsprechenden ausdrücklichen Bestimmung kann aus der Richtlinie 2014/104 ein so weitreichender Schutz von Kronzeugendokumenten nicht abgeleitet werden. In ihrem 26. Erwägungsgrund heißt es hingegen speziell, dass Beschränkungen für die Offenlegung von Beweismitteln die Wettbewerbsbehörden nicht daran hindern sollten, ihre Beschlüsse gemäß dem geltenden Unionsrecht oder den nationalen Rechtsvorschriften zu veröffentlichen.

206. Daher können die in Kronzeugenerklärungen enthaltenen Informationen meines Erachtens in der öffentlichen Fassung der Kommissionsbeschlüsse unter der einzigen Voraussetzung verwendet werden, dass sie um Verknüpfungen, die auf ihre Quelle schließen lassen, bereinigt werden(71).

207. Selbst angenommen, ein Kronzeuge könnte sich angesichts der Tatsache, dass seine Teilnahme am Kronzeugenprogramm einen Verzicht auf sein Recht bedeutet, sich nicht selbst zu belasten, darauf verlassen, dass seine Kronzeugenerklärung vertraulich behandelt wird, beträfe dieses Vertrauen nämlich lediglich den Schutz der Kronzeugenerklärung als solcher, ihrer wörtlichen Zitate und sonstiger Informationen, die unmittelbar auf diese Kronzeugenerklärung als Quelle schließen lassen. Es gilt jedoch nicht für die Offenlegung von Angaben zum Sachverhalt der Zuwiderhandlung.

208. Schließlich möchte ich noch darauf hinweisen, dass das Spannungsverhältnis zwischen der Anwendung des Wettbewerbsrechts durch die Behörden und der Rolle zivilrechtlicher Schadensersatzklagen in unterschiedlichen Zusammenhängen zutage tritt. Die Interessen von Kronzeugen werden auch durch andere, für die Interessen geschädigter Dritter weniger nachteilige Maßnahmen geschützt, insbesondere durch die Beschränkung ihrer gesamtschuldnerischen Haftung(72).“

b) Vorschlag:

- In § 33g Abs. 1 GWB-E ist eine Regel über die Verjährungshemmung aufzunehmen.

- § 33g Abs. 2 S. 2 GWB-E wird ersatzlos gestrichen.
- Zur Klarstellung wird in § 33g Abs. 4 ein S. 4, oder zumindest in die Begründung hierzu, aufgenommen wie folgt: *„Nicht von der Kronzeugenerklärung umfasst sind sämtliche Informationen über den Sachverhalt des Rechtsverstoßes nach § 33 Absatz 1, auch und soweit sie aus einer Kronzeugenerklärung stammen, weshalb ihre Herausgabe oder Offenlegung nicht nach § 33g Absatz 4 ausgeschlossen ist.“*

VI. Länge der kenntnisunabhängigen Verjährungsfrist (§ 33h Abs. 3 GWB-E)

a) Im Einzelnen:

- § 33h Abs. 3 GWB-E sieht vor, dass Ansprüche aus § 33a Absatz 1 GWB-E ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von den Umständen nach Abs. 1 (d.h. den den Anspruch begründenden Umständen und dass sich daraus ein Verstoß nach Art. 33 Absatz 1 ergibt, sowie der Identität des Rechtsverletzers) in *„zehn Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Anspruch entstanden ist und der Verstoß nach § 33 Absatz 1 beendet wurde“*, verjährt. Die Regelung stößt auf Bedenken, da es sich bei Kartellrechtsverstößen typischerweise um absichtlich heimlich (arglistig) begangene Delikte handelt, die sich häufig über einen sehr langen Zeitraum erstrecken, und die regelmäßig erst zu einem wesentlich späteren Zeitpunkt aufgedeckt werden. Nicht immer handelt es sich dabei um eine dauernde oder fortgesetzte Zuwiderhandlung im Sinne des Art. 25 Abs. 2 S. 2 der Verordnung 1/2003, auf die die Begründung verweist²¹.
- Es droht daher eine Verjährung von berechtigten Ansprüchen, insbesondere aus der Anfangszeit einer Zuwiderhandlung, ohne dass es hier überhaupt auf eine Kenntnis von dem Verstoß ankäme. Um zu gewährleisten, dass die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen durch die absolute Verjährungsfrist, die im Lauf an die Entstehung des Anspruchs anknüpft, nicht unmöglich gemacht wird, sollte die Frist auf fünfzehn Jahre verlängert werden. Eine Frist von fünfzehn Jahren ist angesichts der Besonderheiten von Kartellschadensersatzansprüchen angemessen.

b) Vorschlag:

- § 33h Abs. 3 GWB-E sollte anstelle einer Verjährungsfrist von zehn Jahren eine Frist von *„fünfzehn Jahren“* vorsehen.

²¹ Begründung des Referentenentwurfs vom 1.7.2016, S. 67.

VII. Mitteilungen von Bußgeldentscheidungen (§ 53 Abs. 5 GWB-E)

a) Im Einzelnen:

- Nach § 53 Abs. 5 S. 1 GWB-E soll das Bundeskartellamt jede Bußgeldentscheidung wegen eines Verstoßes gegen die §§ 1 oder 19 bis 21 oder Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union „*spätestens nach Abschluss des behördlichen Bußgeldverfahrens auf seiner Internetseite mitteilen*“. Gleichzeitig statuiert S. 2, dass diese Mitteilungen bestimmte Angaben enthalten, insbesondere „*mindestens*“ Angaben zum „*Sachverhalt*“, zur Art und zum Zeitraum des Verstoßes, zu den beteiligten „*Unternehmen*“, zu den betroffenen Waren und Dienstleistungen.
- Die Regelung ist grundsätzlich zu begrüßen. Vor dem Hintergrund, dass detaillierte Informationen über den begangenen Rechtsverstoß sowohl gegenüber der Öffentlichkeit als auch für Geschädigte zur effektiven Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen (vgl. § 53 Abs. 5 Nr. 5. GWB-E) erforderlich sind, sollte zur weiteren Klarstellung in
 - § 53 Abs. 5 S. 2 GWB-E aufgenommen werden, dass es sich um „*ausreichende*“ Angaben handeln muss; und in
 - § 53 Abs. 5 GWB-E ein S. 3 aufgenommen werden, der verdeutlicht, dass sämtliche der in S. 2 in Bezug genommenen Angaben auch dann in Mitteilungen aufgenommen werden, soweit sie aus einer Kronzeugenerklärung stammen.
- Verwiesen sei in diesem Zusammenhang auf das *Akzo Nobel*-Urteil des Europäischen Gerichts erster Instanz vom 29. Januar 2015²², in dem das Gericht betont, dass die Kommission vor allem zur Erleichterung von Schadensersatzklagen nach Art. 30 VO 1/2003 aussagekräftige Bußgeldentscheidungen veröffentlichen muss. Zu veröffentlichen sind danach insbesondere die wesentlichen Feststellungen über den Kartellrechtsverstoß. Auch Generalwalt Szpunar betont in seinen Schlussanträgen vom 21. Juli 2016 die Bedeutung von öffentlichen Bußgeldentscheidungen als wichtigste Informationsquelle für potentiell Geschädigte und geht insofern von einer möglichst frühzeitigen Veröffentlichungspflicht der Kommission aus²³.

²² EuG, Urteil vom 28. Januar 2015, T-345/12 – Akzo Nobel, v.a. Rn. 75, 80 und 125.

²³ Verfahren C-162/15P, *Evonik* *Degussa/Kommission*
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=181933&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=460770>

b) Vorschlag:

- § 53 Abs. 5 S. 2 GWB-E wird wie folgt ergänzt (Unterstreichung): „Die Mitteilung soll mindestens und im ausreichenden Umfang Folgendes enthalten...“.
- In § 53 Abs. 5 GWB-E wird ein S. 3 aufgenommen wie folgt: „Der Veröffentlichung von Angaben in Mitteilungen nach S. 1 steht nicht entgegen, dass sie aus einer Kronzeugenerklärung stammen.“

VIII. Zwischenverfahren über die Herausgabe von Beweismitteln und die Erteilung von Auskünften (§ 89b Abs. 3 und 4 GWB-E)

a) Im Einzelnen:

- § 89b Abs. 3 und 4 GWB-E sieht ein Zwischenverfahren über die Herausgabe von Beweismittel und die Erteilung von Auskünften nach § 33g Abs. 1 und 2 GWB-E vor. Laut § 89b Abs. 3 S. 1 GWB-E kann in diesem Verfahren „das Gericht durch Zwischenurteil entscheiden“, wenn der Anspruch auf Herausgabe oder Auskunftserteilung „in dem Rechtsstreit über den Anspruch auf Ersatz des Schadens nach § 33a Absatz 1 gegen die andere Partei erhoben wird.“ Gleichzeitig bestimmt Abs. 3 S. 2, dass das ergehende „Urteil in Betreff der Rechtsmittel als Endurteil anzusehen ist“. Daneben statuiert § 89b Abs. 4 GWB-E die Möglichkeit einer parallelen Verfahrensaussetzung betreffend den Schadensersatzanspruch nach Art. 33a Abs. 1 GWB-E.
- Die Regelung stößt auf erhebliche Bedenken, da sie in der Praxis unweigerlich zu weiteren Verzögerungs- und Verschleppungstaktiken seitens der Rechtsverletzer führt. Das Zwischenverfahren nach § 89b Abs. 3 und 4 GWB-E fördert weitere gezielte Verfahrensverzögerungen durch Kartellmitglieder, da es betreffend Ansprüche auf Herausgabe von Beweismittel und die Erteilung von Auskünften selbständige Endurteile vorsieht, gegen die Rechtsmittel eingelegt werden können. Gleichzeitig kann das Schadensersatzverfahren für die Dauer des Zwischenverfahrens nach Abs. 4 ausgesetzt werden. Rechtsverletzter bedürfen indes keiner Möglichkeit, um zu Lasten der Geschädigten weitere Verzögerungs- und Verschleppungstaktiken vornehmen zu können, weshalb das selbständige Zwischenverfahren nach § 89b Abs. 3 und 4 GWB-E gestrichen werden sollte.

b) Vorschlag:

- § 89b Abs. 3 und 4 GWB-E werden ersatzlos gestrichen.

Brüssel, den 22. Juli 2016