

NZKart

Neue Zeitschrift für Kartellrecht

www.nzkart.de

Herausgegeben von

Prof. Dr. Thomas Ackermann

RA Prof. Dr. Albrecht Bach

RiBGH Dr. Klaus Bacher

RA Prof. Dr. Rainer Bechtold

Prof. Dr. Florian Bien

RA Dr. Ingo Brinker

Dr. Friedrich Wenzel Bulst

RiEuG Alfred Dittrich

RA Dr. Michael Esser

MinRat Dr. Armin Jungbluth

Prof. Dr. Torsten Körber

VorsRiOLG Prof. Dr. Jürgen Kühnen

RA Dr. Thorsten Mäger

VPräs. b. BKartA Prof. Dr. Konrad Ost

Prof. Dr. Ulrich Schwalbe

Prof. Dr. Heike Schweitzer

RA Dr. Kathrin Westermann

Aus dem Inhalt

F. Bien

Die Berücksichtigung nichtwettbewerblicher
Aspekte in der Fusionskontrolle (Editorial)

445

K. Ost/G. Kallfaß/K. Roesen

Einführung einer Unternehmensverantwortlichkeit
im deutschen Kartellsanktionenrecht

447

P. Voet van Vormizeele

Zusagen im europäischen Fusionskontrollverfahren

459

R. Hoffer

Kartellgesetz-Novelle in Österreich

466

G. Klumpe/T. Thiede

Auskunftsklagen nach der GWB-Novelle

471

EuGH

Zu den für die Geldbußenbemessung relevanten
Umsätzen (Pilkington/Autoglas)

475

EuG

Zulässigkeit von Patentvergleichsvereinbarungen
(Lundbeck)

480

OLG Düsseldorf

Zur Anwendung des Kartellrechts im Sportbereich
(Paralympics)

488



10/2016

S. 445–496 10. Oktober 2016



P350201610

oder nur unter Bedingungen und/oder Auflagen erlässt, bzw. Entscheidungen im Rahmen der Durchführung von Zusagen Nichtigkeitsklage nach Art. 263 Abs. 4 AEUV beim EuG erheben. Wie bereits ausgeführt worden ist, dienen derartige Klagen in der Regel aber nur noch einer nachträglichen Kontrolle und zur Vorbereitung von Amtshaftungsansprüchen. Gerichtlicher Rechtsschutz zum Zwecke der Realisierung eines Zusammenschlussvorhabens ist angesichts der mit Nichtigkeitsklagen verbundenen Dauer keine valide Option. Auch die Einführung des beschleunigten Verfahrens durch die Fusionskontrollverordnung-Reform im Jahre 2000, die teilweise als „Riesenschritt zu einer Beschleunigung der gerichtlichen Kontrolle“ gewertet wurde,⁷² bringt hier kaum Abhilfe. Auch im beschleunigten Verfahren muss man immer noch von einer Verfahrensdauer von gut einem Jahr ausgehen, was zum Zwecke der tatsächlichen Realisierung eines Zusammenschlusses immer noch viel zu lang ist. Zudem entziehen sich die europäischen Gerichte durch die beschränkte Kontrolldichte komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte der Verantwortung, genau diejenigen Aspekte zu prüfen, die im Rahmen von Fusionskontrollverfahren regelmäßig die entscheidenden Streitfragen sind. Durch die Kumulation dieser beiden Aspekte ergibt sich die Schlussfolgerung, dass aus Sicht der Betroffenen der gerichtliche Rechtsschutz im Rahmen der Fusionskontrolle grundsätzlich nicht dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes entspricht.⁷³ Den strukturellen Defiziten könnte man mit Reformen des europäischen Fusionskontrollverfahrensrechts (keine administrative Zweitkontrolle nach gerichtlichen Entscheidungen, isolierte Anfechtung von Auflagen, Einrichtung einer Spezialeinstanz für Wettbewerbssachen) begegnen. Allerdings scheinen derartige Reformüberlegungen in Anbetracht der generellen Unwilligkeit der Europäischen Kommission, wesentliche Änderungen zum Zwecke der Erhöhung der Rechtsstaatlichkeit des europäischen Kartellverfahrensrechts insgesamt,⁷⁴ kaum Aussicht auf Realisierung haben.

III. Resümee

Zusagen spielen in der europäischen Fusionskontrolle – insbesondere bei komplexen Fällen – eine enorm hohe Bedeutung. Insbesondere aus Unternehmenssicht sollte die Möglichkeit (bzw. das Risiko), dass im Rahmen eines Zusammenschlussvorhabens Zusagen zur Abwendung wettbewerblicher Bedenken der Kommission erforderlich werden könnten, bereits bei der Planung und Vorbereitung und insbesondere bei der Begleitung eines Zusammenschlussvorhabens stets im Blick gehalten werden. Trotz der zahlreichen Hinweise zur administrativen Praxis durch die Kommission ist sowohl die Identifizierung und Verhandlung von konkreten Zusagen als auch deren Umsetzung in der Interimsphase zwischen Freigabeentscheidung und Vollzug mit zahlreichen Komplexitäten verbunden. Strukturelle Defizite – etwa eine fehlende *Stop-the-Clock*-Regelung, die mangelnde Objektivierbarkeit ökonomischer Argumente im laufenden Verfahren sowie ein generelles Rechtsschutzdefizit – erhöhen die Herausforderungen für die beteiligten Unternehmen. Obwohl es somit noch Verbesserungsbedarf bei diesem praktisch so wichtigen Instrument gibt, sind und bleiben Zusagen ein adäquates und hoch effektives Mittel zur Bewältigung von im Rahmen von Fusionskontrollverfahren auftretenden Hürden. ■

72 So: *Drauz*, Vorstellungen der EU-Kommission zur Reform der europäischen Fusionskontrolle, in *Schwarze*, (Hrsg.): Instrumente zur Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts, 2000, S. 47, 58.

73 Hierzu ausführlich: *Voet van Vormizeele*, Die Kontrolldichte bei der Würdigung komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte durch die europäischen Gerichte – zugleich eine kritische Analyse zur Effektivität des Rechtsschutzes in der europäischen Fusionskontrolle, in *FS Schwarze*, 2014, 746 ff.

74 Zur Kritik an der Rechtsstaatlichkeit des europäischen Kartellverfahrensrechts beispielhaft: *Schwarze/Bechtold*, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft, 2008; *Schwarze*, *WuW* 2009, 6; *ders.*, *EuR* 2011, 171; *Möschel*, *ECLR* 2011, 369; *Thomas*, *JZ* 2011, 485; *Soltész*, *WuW* 2012, 141; *Laenarts*, *NZKart* 2013, 175 ff.; *de Bronett*, *NZKart* 2015, 512 ff.

Kurze Beiträge

Dr. Raoul Hoffer, Wien*

Kartellgesetz-Novelle in Österreich – Der Begutachtungsentwurf des Bundesministeriums für Justiz

Das österreichische Bundesministerium für Justiz hat nun den lange erwarteten Begutachtungsentwurf¹ betreffend die Novelle des Kartellgesetzes 2005 (KartG) verschickt. Der Schwerpunkt liegt – wie auch beim Referentenentwurf des deutschen BMWi zur anstehenden 9. GWB-Novelle² („Referentenentwurf“) – auf der Umsetzung der EU-Kartellschadenersatzrichtlinie³ („RL“). Zusätzlich beinhaltet der Entwurf auch einige interessante neue Regelungen in anderen Bereichen des KartG.

I. Einleitung

Mit Herannahen des 27. Dezember 2016, des Umsetzungsdatums der RL, kam und kommt es in vielen EU-Mitglied-

staaten zur Vorlage der entsprechenden Umsetzungsentwürfe. So auch in Österreich, wo am 16. September ein Ministerialentwurf in Begutachtung geschickt wurde. Im Vorfeld wurden von den beiden zuständigen österreichischen Ministerien, dem Bundesministerium für Justiz (BMJ) einerseits und dem Bundesministerium für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft (BMWFV) andererseits, über einen länge-

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

1 Abrufbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00230/index.shtml.

2 Abrufbar auf der Seite des BMWi (www.bmw.de).

3 RL 2014/104/EU.

ren Zeitraum Gespräche mit diversen Stakeholdern über Möglichkeiten der RL-Umsetzung geführt. Das Ergebnis liegt nun in Form eines Begutachtungsentwurfs vor, der die beabsichtigte Novellierung des KartG der Öffentlichkeit vorstellt. Gleichzeitig wurde die Gelegenheit wahrgenommen, einige andere Bestimmungen des KartG zu novellieren. Ein gesonderter Entwurf des BMFWF zur Novellierung des Wettbewerbsgesetzes⁴ wird in den nächsten Wochen erwartet.

In diesem Kontext ist zu erwähnen, dass *private enforcement* in Österreich bereits seit Längerem ein durchaus heftig diskutiertes und in der Praxis sehr relevantes Thema ist. Es gibt bekanntlich auch eine Reihe von schon seit Jahren gerichtsanhängigen und teilweise weit fortgeschrittenen Verfahren.⁵ Die wohl prominentesten betreffen die Geltendmachung von Schadenersatz aufgrund des sogenannten Aufzugskartells, wobei diese Verfahren bereits zu mehreren OGH-Entscheidungen⁶ (allerdings keiner abschließenden) geführt haben. In diesem Kontext ist betreffend die grundsätzliche Zulässigkeit von *umbrella claims* auch ein Urteil des EuGH aufgrund einer Vorlagefrage des österreichischen OGH ergangen.⁷ Im Rahmen der in Österreich anhängigen *private enforcement*-Verfahren ist auch offenkundig geworden, wie wichtig legislative Klarstellungen in diesem Bereich sind.

II. Bisherige Rechtslage

Schon seit 2013 enthält das österreichische KartG Sonderbestimmungen für die Geltendmachung von Schadenersatz wegen Wettbewerbsrechtsverstößen.

Diese Bestimmungen finden sich in § 37 a KartG.⁸ Dieser legt fest, dass bei Kartellrechtsverletzungen grundsätzlich Schadenersatz gebührt, die *passing-on defence* diesen nicht *per se* ausschließt, bei der Entscheidung über den Umfang des zu ersetzenden Schadens eine Schätzung nach der ZPO zulässig und der zustehende Ersatzbetrag ab Eintritt des Schadens zu verzinsen ist. Darüber hinaus ist geregelt, dass ein Schadenersatzprozess unterbrochen werden kann, wenn eine Wettbewerbsbehörde ein Verfahren einleitet. Zusätzlich ist in dieser Bestimmung eine Bindung der Zivilgerichte an Entscheidungen der EuK, der österreichischen wie der mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden festgelegt, wobei die Verjährung des Schadenersatzanspruches für die Dauer eines Verfahrens vor einer solchen Wettbewerbsbehörde gehemmt ist.⁹ Diese Bestimmungen sollen nun zur Gänze durch die neuen Regelungen, der §§ 37 a bis 37 m KartG (neu)¹⁰ ersetzt werden.

Im Folgenden werden die wichtigsten Neuerungen des Begutachtungsentwurfs vorgestellt, wobei auch gewisse Umsetzungsbesonderheiten im Verhältnis zur RL wie auch zum bereits vorliegenden deutschen Referentenentwurf aufgezeigt werden. Angesichts des Umfangs der Materie stellt dieser Beitrag keinen Anspruch auf Vollständigkeit, vielmehr sollen einige Themen exemplarisch beleuchtet werden.

III. Schadenersatzrechtliche Regelungen des Begutachtungsentwurfs

1. Geltungsbereich

Der geplante § 37 a (neu) hält programmatisch fest, dass mit dem neuen Abschnitt im KartG die zivilrechtliche Haftung für und die Geltendmachung von Schäden aufgrund von Wettbewerbsrechtsverletzungen geregelt werden sollen und damit die Umsetzung der RL beabsichtigt ist.

2. Begriffsbestimmungen

In § 37 b (neu) finden sich einige Begriffsbestimmungen, die schon insofern von großer Bedeutung sind, als die Terminologie der RL teilweise von der (bisherigen) Terminologie des innerstaatlichen Kartell- und Zivilrechts abweicht und daher Klarstellungen erforderlich sind. Allerdings stimmt dieser Definitionenkatalog nicht mit jenem des Art. 2 der RL überein. Einerseits weichen die Definitionen in der Textierung, z. B. bei „Kronzeugenerklärung“ (§ 37 b Z 4) und „Vergleichsausführung“ (§ 37 b Z 5), etwas von der RL ab, andererseits werden eine Reihe der Begriffe der RL an dieser Stelle nicht übernommen oder definiert¹¹. Der Inhalt ergibt sich dann aber – wie auch im deutschen Referentenentwurf – teilweise aus dem weiteren Gesetzestext. Diese bloß teilweise und auch abweichende Übernahme der Definitionen wird daher wohl zu dem einen oder anderen Auslegungsproblem mit der Fragestellung führen, inwieweit die RL ausreichend umgesetzt wurde. Es wäre daher überlegenswert, ob man nicht konsequenterweise den gesamten Definitionenkatalog der RL übernehmen sollte oder – wie dies im Referentenentwurf geschehen ist – die Definitionen nur jeweils im Kontext der konkreten Bestimmungen (und damit an deren Zweck angepasst) einfügt. Ersteres wäre wohl für eine RL-getreue Umsetzung die augenscheinlich bessere Variante.

3. Haftung

In § 37 c Abs. 1 (neu) findet sich der Grundsatz, dass derjenige, der schuldhaft eine Wettbewerbsrechtsverletzung begeht, zum Ersatz des dadurch verursachten Schadens verpflichtet sei. § 37 c Abs. 2 ist eine wesentliche und für den österreichischen Rechtsbereich neue Bestimmung: die widerlegbare Vermutung, dass ein Kartell zwischen Wettbewerbern einen Schaden verursacht.¹² Dass die Vermutung nur bei schuldhaftem Handeln gilt, ist wohl von Erwägungsgrund 11 der RL gedeckt und erfolgt parallel zum Referentenentwurf.¹³ Die zweite Einschränkung ist, dass die Schadensvermutung nur für horizontale Kartelle, dh solche zwischen Wettbewerbern, gilt.¹⁴ Denn die RL verwendet den Begriff „Kartell“ nur für horizontale Absprachen und abge-

4 Diese regelt im Gegensatz zum KartG, das u. a. das materielle Kartellrecht und das Verfahren vor dem Kartellgericht zum Inhalt hat, die Befugnisse der Bundeswettbewerbsbehörde.

5 Vgl. etwa OGH, Beschl. v. 2.8.2012, 4 Ob 46/12 m – *Bankomatvertrag IV*.

6 Z.B. OGH, Beschl. v. 17.10.2012, 7 Ob 48/12 b – *Aufzugs- und Fahrreppenkartell V*.

7 EuGH, Urt. v. 5.6.2014, Rs. C-557/12 – *Kone*.

8 § 37 a KartG wurde mit der KartG-Novelle 2012 eingefügt und trat mit 1. März 2013 in Kraft.

9 Diese Bindung ist zumindest hinsichtlich der davon auch erfassten Wettbewerbsbehörden anderer EU-Mitgliedstaaten ein Novum gewesen.

10 Bestimmungen aus dem Begutachtungsentwurf wie auch aus dem Referentenentwurf werden in der Folge durch „(neu)“ gekennzeichnet – dies dient nur zur Kenntlichmachung, auch wenn dies derzeit nur geplante Gesetzesänderungen sind.

11 Das betrifft die Ziffern 3. bis 6., 9. bis 14., 17., 19. bis 22. des Art. 2 RL.

12 Es konnte allerdings auch nach der bisherigen allgemeinen österreichischen Rspr. zum Schadenersatzrecht ein Anschein für die Verursachung eines Schadens bei Rechtsverletzungen unter gewissen Umständen bestehen, in der Regel oblag aber dem Kläger der Beweis für die Entstehung des Schadens.

13 Ebenso wie die nicht ausgesprochene, aber implizierte Anwendung des Äquivalenz- und Adäquanzzusammenhangs – siehe Mat. zu § 37 c; vgl. auch die vorgeschlagene Neufassung des § 33 a Abs. 1 GWB.

14 So auch § 33 a Abs. 2 GWB – während allerdings § 37 c (neu) es bei dieser kurzen Klarstellung bewenden lässt, übernimmt § 33 a Abs. 2 GWB (neu) die Definition von Kartellen gem. Art. 2 Z 14 RL, woraus sich aber m. E. kein maßgeblicher Unterschied ergibt.

stimmte Verhaltensweisen, wogegen dieser im österreichischen Recht auch für vertikale Sachverhalte verwendet wird.¹⁵ Insofern ergibt sich eine Privilegierung der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen, für die die Schadensvermutung nicht gilt.¹⁶ Eine wesentliche Frage wirft jedoch der Umstand auf, dass nur das Entstehen des Schadens vermutet wird, jedoch nicht die Höhe. Dies entspricht zwar auch dem Wortlaut von Art. 17 RL, könnte aber zu dem Ergebnis führen, dass damit prozessual der Schadensnachweis für die Kläger schwierig bleibt. Denn zumindest nach der bisherigen Praxis muss der Kläger schlüssig behaupten, in welcher Höhe der Schaden entstanden ist, wobei hier auch eine Bandbreite ausreichen kann, die dann eine richterliche Schätzung nach § 273 ZPO ermöglicht. Hier könnte daher die Grundidee der RL, die Schadensvermutung auf neue Beine zu stellen, tatsächlich in der Umsetzung weniger weit gehen als der Wortlaut der Bestimmung zunächst vermuten lässt.

4. Gegenstand des Ersatzes

In § 37 d (neu) über den Gegenstand des Ersatzes findet sich die Feststellung, dass der Ersatz des Schadens auch den entgangenen Gewinn erfasse und der Ersatzpflichtige ab Eintritt des Schadens diesen in sinngemäßer Anwendung der entsprechenden Bestimmung des österreichischen ABGB zu verzinsen habe.

5. Mehrheit von Ersatzpflichtigen

In § 37 e (neu) wird der Fall der Mehrheit von Ersatzpflichtigen abgehandelt. Entsprechend der Richtlinie ist darin festgehalten, dass Unternehmer, die durch gemeinschaftliches Handeln das Wettbewerbsrecht verletzt haben, dafür solidarisch haften. Auch dies entspricht der Rechtslage nach allgemeinem österreichischem Zivilrecht, wonach grundsätzlich solidarische Haftung bei der gemeinschaftlichen vorsätzlichen Herbeiführung eines Schadens besteht.¹⁷

Eine Besonderheit ist die Einführung der in der Richtlinie vorgesehenen Ausnahme von der Solidarverpflichtung, dass ein Rechtsverletzer nur seinen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten haftet, wenn es sich (i) um ein kleines oder mittleres Unternehmen im Sinne der KMU-Empfehlung der Kommission handelt (Empfehlung 2003/361/EG),¹⁸ oder (ii) dessen Marktanteil in der Zeit der relevanten Wettbewerbsrechtsverletzung stets weniger als 5% betrug und in beiden Fällen eine uneingeschränkte Haftung seine wirtschaftliche Lebensfähigkeit unwiederbringlich gefährdet und seine Aktiva völlig entwertet. Davon besteht wieder eine Gegenausnahme, indem festgehalten ist, dass Unternehmen, die (i) die Wettbewerbsrechtsverletzung organisiert haben oder (ii) die anderen Unternehmen gezwungen haben sich an der Wettbewerbsrechtsverletzung zu beteiligen oder (iii) Wiederholungstäter sind, von dieser Privilegierung nicht profitieren. Diese Bestimmung beinhaltet auch eine parallele Privilegierung für Kronzeugen,¹⁹ die ebenfalls nur ihren unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern haften sollen, es sei denn, die anderen Geschädigten können von den anderen Haftpflichtigen keinen vollständigen Schadenersatz erlangen.

§ 37 e Abs. 4 (neu) beinhaltet eine Bestimmung betreffend den Regress unter Kartellanten. Der Regress soll demnach nur jeweils in dem Ausmaß der relativen Verantwortung der

jeweiligen Rechtsverletzer möglich sein. Es ist klar, dass es sich hierbei um eine oft schwierige Aufteilung handeln wird, zumal die Kausalität gerade in Bezug auf die Verursachung von Kartellen meist schwer feststellbar ist. Entsprechend dem Erwägungsgrund 37 der RL gibt das Gesetz hierfür gewisse Parameter an, die aber nicht abschließend geregelt sind („insbesondere“): Namentlich Umsätze, Marktanteile und Rollen der beteiligten Rechtsverletzer bei der Wettbewerbsrechtsverletzung sollen relevant sein.²⁰ Ebenfalls findet sich hier eine Privilegierung für den Kronzeugen, dass ein Regressanspruch gegen ihn mit der Höhe des Schadens, den der Kronzeuge seinen eigenen unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten verursacht hat, begrenzt ist.

6. Beweislast bei Schadensüberwälzung

Zur Beweislast bei Schadensüberwälzung im Zusammenhang mit der *passing-on defence* findet sich in § 37 f (neu) die in der Richtlinie enthaltene Bestimmung, dass die *passing-on defence* eine zulässige Einrede in einem Schadenersatzprozess aufgrund einer Wettbewerbsrechtsverletzung ist. Allerdings ist dafür der Beklagte beweispflichtig. Im Gegenzug ist gemäß § 37 f Abs. 2 (neu) der mittelbare Abnehmer anspruchsberechtigt, seinen Schaden gegenüber dem Rechtsverletzer geltend zu machen, allerdings muss er den Beweis führen, dass der Preisauflschlag an ihn weitergegeben wurde. Dieser Beweis wird ihm gemäß § 37 f Abs. 3 (neu) insofern erleichtert, als er nur Folgendes nachweisen muss: (i) die Wettbewerbsrechtsverletzung der beklagten Partei, (ii) dass diese einen Preisauflschlag für deren unmittelbare Abnehmer zur Folge hatte und (iii) er Waren oder Dienstleistungen erworben hat, die Gegenstand der Wettbewerbsrechtsverletzung waren oder aus solchen hervorgingen oder sie enthielten. Diesfalls besteht eine widerlegbare Vermutung für die Weitergabe des Preisauflschlags.

Um dem Problem einer mehrfachen Inanspruchnahme des Rechtsverletzers zu begegnen und um zu verhindern, dass dieser überhaupt nicht haftet,²¹ wurde mit § 37 f Abs. 4 (neu) eine spezielle Anwendung des Rechtsinstituts der Streitverkündung²² eingefügt. Diese Bestimmung sieht vor, dass der Rechtsverletzer, der von einem unmittelbaren Abnehmer in Anspruch genommen wird, dem mittelbaren Abnehmer, und der Rechtsverletzer, der von einem mittelbaren Abnehmer in Anspruch genommen wird, dem unmittelbaren Abnehmer, den Streit verkünden kann, sodass dieser

15 Vgl. Art. 2 Z 14 RL.

16 Allerdings sind Kronzeugenerklärungen für solche dafür nicht von der Offenlegung gem. § 37 j ausgenommen, was wiederum nachteilig sein kann.

17 § 1302 ABGB.

18 Es handelt sich um Unternehmen, die weniger als 250 Personen beschäftigen und entweder einen Jahresumsatz von höchstens EUR 50 Mio. erzielen oder eine Jahresbilanzsumme von höchstens EUR 43 Mio. ausweisen.

19 Hier findet sich auch die Definition von Kronzeugen, wobei als besonders hervorzuheben ist, dass demnach nur die Aufdeckung eines „geheimen“ Kartells Grundlage für die Erlangung des Kronzeugenstatus sein kann, wie sich indirekt aus der Definition des Kronzeugenprogramms in Art. 2 Z 15 RL ergibt; § 33 e Abs. 1 GWB (neu) spricht hingegen nur von Kartell.

20 § 33 d Abs. 2 GWB (neu) ist hier wesentlich zurückhaltender und bezieht sich insbesondere darauf, „in welchem Maß sie den Schaden verursacht haben“; die Materialien zeigen hier eine Skepsis des Referentenentwurfs bzgl. der schematischen Anwendung der in Erwägungsgrund 37 der RL genannten Kriterien.

21 Diese Problematik kann sich insbesondere im Falle eines „non liquet“ im Schadenersatzprozess ergeben – s. Mat. zu § 37 f Abs. 3 (neu).

22 Vgl. § 21 ZPO.

dem Rechtsstreit an seiner Seite als Nebenintervenient beitreten kann.²³

Die Bestimmungen über die *passing-on defence* gelten gem. § 37f Abs. 5 (neu) entsprechend, wenn die Wettbewerbsrechtsverletzung die Belieferung des Rechtsverletzers betrifft und der Schaden in einem zu geringen Preis besteht.

7. Wirkung einer einvernehmlichen Streitbeilegung

Um die vergleichsweise Bereinigung von Rechtsstreitigkeiten zu fördern, findet sich in § 37g (neu) eine Privilegierung von vergleichsbereiten Rechtsverletzern, sodass ein solcher Vergleich den Anspruch des Geschädigten gegenüber den anderen Rechtsverletzern um jenen Anteil verringert, für den der vergleichende Rechtsverletzer verantwortlich ist. Dieses Ergebnis wird insofern abgesichert, als auch Rückersatzansprüche anderer Rechtsverletzer gegenüber dem sich vergleichenden Rechtsverletzer entsprechend reduziert werden. Allerdings besteht eine Haftung des sich vergleichenden Rechtsverletzers auch für den reduzierten Ersatzanspruch des Geschädigten, wenn Letzterer von den anderen Rechtsverletzern wegen Uneinbringlichkeit keinen vollständigen Ausgleich erhalten kann und dies nicht vertraglich abbedungen wurde. Bei einem etwaigen Rückersatzanspruch eines Rechtsverletzers aufgrund einer Zahlung an einen nicht am Vergleich beteiligten Geschädigten sind aus dem Vergleich geleistete Zahlungen der relativen Verantwortung des betreffenden Rechtsverletzers entsprechend zu berücksichtigen.²⁴

8. Verjährung

Zur Verjährung hält § 37h (neu) fest, dass Schadenersatzansprüche in fünf Jahren von dem Zeitpunkt an verjähren, in dem der Geschädigte Kenntnis von der Person des Schädigers, vom Schaden, von dem schadenverursachenden Verhalten sowie von der Tatsache erlangt hat, dass dieses Verhalten eine Wettbewerbsrechtsverletzung darstellt oder von dem Zeitpunkt an, ab dem diese Kenntnis vom Geschädigten vernünftigerweise erwartet werden konnte. Insofern wird die in Österreich für Schadenersatzansprüche grundsätzlich geltende kurze Verjährungsfrist von drei Jahren ab Kenntnis von Schaden und Schädiger für Kartellschadenersatzfälle modifiziert und auf fünf Jahre erweitert sowie präzisiert. Zusätzlich wird jedoch eine absolute Verjährungsfrist²⁵ von zehn Jahren ab Schadenseintritt eingeführt, was insofern ein Novum für Österreich darstellt, als bisher für die absolute Verjährung 30 Jahre gilt. Die Verjährungsfristen beginnen allerdings nicht, bevor die Wettbewerbsrechtsverletzung beendet worden ist.²⁶ Die Verjährung wird durch etwaige Verfahren vor Wettbewerbsbehörden sowie für die Dauer einer Untersuchungsmaßnahme der Wettbewerbsbehörde gegen die Wettbewerbsrechtsverletzung und für die Dauer von Vergleichsverhandlungen im Sinne von § 37g (neu) gehemmt. Insbesondere der Begriff „Dauer einer Untersuchungsmaßnahme“ wird hier noch gewisse Interpretationsfragen aufwerfen.²⁷

9. Wirkung eines Verfahrens vor einer Wettbewerbsbehörde

Gemäß § 37i (neu) können gerichtliche Rechtsstreitigkeiten betreffend Schadenersatz für die Dauer eines Verfahrens vor einer Wettbewerbsbehörde unterbrochen werden, zumal gemäß § 37i Abs. 2 (neu) ein Gericht auch an die in einer rechtskräftigen Entscheidung einer Wettbewerbsbehörde ge-

troffenen Feststellung, dass ein Unternehmen die in der Entscheidung angeführte Wettbewerbsrechtsverletzung rechtswidrig und schuldhaft begangen hat, gebunden ist. Das entspricht dem Rechtsbestand seit dem 1. März 2013.

10. Offenlegung von Beweismitteln

Die Offenlegung von Beweismitteln ist ebenfalls ein Novum, das nun durch § 37j (neu) eingeführt werden soll. Hier ist das österreichische Zivilprozessrecht und die Rspr. bisher äußerst zurückhaltend. Die Erzwingung der Vorlage von Unterlagen oder Urkunden der gegnerischen Partei in einem Gerichtsverfahren ist derzeit nur unter sehr strengen Voraussetzungen möglich.²⁸ Die Richtlinie hat hier einen neuen Weg eingeschlagen, der der *pre-trial discovery* des US-amerikanischen Prozessrechts zumindest näher kommt. Eine Offenlegung von Beweismitteln in Gerichtsverfahren, die Ersatzansprüche aus einer Wettbewerbsrechtsverletzung zum Gegenstand haben, soll ermöglicht werden, wenn ansonsten die Geltendmachung des Anspruchs für den Kläger nicht mit zumutbarem Aufwand durchführbar wäre. Das Gericht kann nun auf Antrag die Offenlegung von Beweismitteln, die sich beim Gegner oder bei Dritten befinden verlangen, wobei hier eine Verhältnismäßigkeitsprüfung bzw. eine Interessensabwägung in Hinblick auf den Schutz vertraulicher Informationen stattzufinden hat. Konkret werden auch Maßnahmen zum Schutz vertraulicher Informationen im Gesetz angeführt.²⁹

11. Offenlegung und Verwendung von aktenkundigen Beweismitteln

In § 37k (neu) wird nun die Offenlegung und Verwendung von Beweismitteln, die sich bei Gerichten oder Behörden befinden, im Wege der Rechts- und Amtshilfe ermöglicht. Auch hier gilt, dass eine Verhältnismäßigkeitsprüfung – nun aber im besonderen Hinblick auf die Wirksamkeit der behördlichen Rechtsdurchsetzung – vorzunehmen ist. Von Interesse ist in diesem Zusammenhang, dass zur Absicherung der Effizienz des Kartellrechtsvollzugs der Wettbewerbsbehörden die Offenlegung gewisser Unterlagen erst nach Beendigung des betreffenden Verfahrens vor diesen Behör-

23 Die Bindungswirkung der betreffenden gerichtlichen Entscheidung erstreckt sich durch die Streitverkündung jeweils auch auf die Nebenintervenienten (d. h. nach dem jeweiligen Fall, auf den mittelbaren oder unmittelbaren Abnehmer, dem der Streit verkündet wurde), so dass diese in Folgeverfahren keine Einwendungen erheben können, die mit den notwendigen Elementen der Vorentscheidung in Widerspruch stehen.

24 Dieser Teil entspricht fast wörtlich der RL – s. Art. 19 Abs. 4 RL.

25 Absolut in diesem Sinne ist diese Verjährungsfrist, weil sie unabhängig von Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis der anspruchsbegründenden Tatsachen zu laufen beginnt.

26 Das entspricht auch der bisherigen Rechtslage – die Abgrenzung zwischen Dauerdelikt und neuer Wettbewerbsrechtsverletzungen kann daher hier von erheblicher Bedeutung sein.

27 Tatsächlich ist das Abstellen auf den auch nach der RL recht unbestimmten Begriff der „Maßnahme im Hinblick auf eine Untersuchung“ zumindest für Österreich problematisch, insbesondere da der österreichische Kartellrechtsvollzug durch die Bundeswettbewerbsbehörde oder den Bundeskartellanwalt (die maßgeblich für etwaige Untersuchungsmaßnahmen verantwortlich sind) eine formelle „Verfahrensöffnung“ durch diese Behörden nicht kennt; ein solches wird erst durch einen entsprechenden nachgeschalteten Antrag beim Kartellgericht eingeleitet. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass § 33h Abs. 6 GWB (neu) hier die Hemmung nur vorsieht, wenn ein Verfahren durch die zuständige Wettbewerbsbehörde eingeleitet wird und damit eine schärfere Trennlinie einzieht.

28 Vgl. § 304 ZPO.

29 § 37j Abs. 6 (neu) – insbesondere Vorlage nur eines Auszugs des Dokuments, Ausschluss der Öffentlichkeit von der Verhandlung, Einschränkung des Personenkreises, der von den Beweismitteln Kenntnis erlangt oder Zusammenfassung durch Sachverständigen.

den erfolgen darf. Die Vorlage von Kronzeugenerklärungen³⁰ oder Vergleichsausführungen (aufgrund von Settlements) darf überhaupt nicht angeordnet werden. Dies umfasst nicht Informationen, die unabhängig von einem kartellrechtlichen Verfahren vorgelegen sind, d. h. nicht zur Kronzeugenerklärung im engeren Sinn gehören.³¹

12. Unterstützung durch Kartellgericht, Kartellanwalt und Bundeswettbewerbsbehörde

§ 371 (neu) sieht vor, dass die Wettbewerbsbehörden die Gerichte bei der Festlegung der Höhe des Schadenersatzes unterstützen können.³²

13. Ordnungsstrafen

Für den österreichischen Rechtsbereich ein Novum ist auch § 37m (neu), in dem Ordnungsstrafen vorgesehen sind, wenn relevante Beweismittel beseitigt oder zur Benützung untauglich gemacht werden. Offen ist in dem Zusammenhang, ab wann diese Verpflichtung gilt und ob dies auch schon im Vorfeld einer möglichen Anspruchsstellung zu beachten ist (z.B. wenn diese absehbar wird) oder erst nach Erhebung eines Anspruches. Fraglich ist auch, ob die hier vorgesehenen Ordnungsstrafen der Höhe nach ausreichen,³³ um den abschreckenden Sanktionscharakter, der nach Art. 8 Abs. 2 RL verlangt wird, zu gewährleisten. Dies in Anbetracht der teilweise erheblichen Schadenersatzforderungen, die sich aus Kartellen ergeben können.

IV. Sonstige Änderungen des KartG

An nicht auf der Schadenersatzrichtlinie basierenden Änderungen des KartG ist Folgendes hervorzuheben.

1. Koordinative Aspekte bei Zusammenschlüssen

Zunächst soll nun im KartG auch festgehalten werden, dass bei Zusammenschlüssen, die die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen betreffen, etwaige Koordinierungsaspekte im Rahmen der Zusammenschlussprüfung ebenfalls vom Kartellgericht beurteilt werden können. Es soll damit eine weitgehende Parallelität zu Art. 2 Abs. 4 FKVO hergestellt werden. Die hier bestehende Problematik, dass eine Freistellung gemäß Art. 101 AEUV in die ausschließliche Zuständigkeit der EuK fällt, wird dadurch umgangen, dass vom KG nur ausgesprochen werden kann, dass „kein Anlass besteht, gegen mit dem Zusammenschluss verbundene wettbewerbsbeschränkende Abreden tätig zu werden“. Hier wurde die entsprechende deutsche Regelung des § 32 c GWB zum Vorbild genommen. Es ist allerdings anzumerken, dass nach dem österreichischen System der Zusammenschlusskontrolle das KG überhaupt nur bei Phase II-Fällen zuständig ist. Der Standardfall der Zusammenschlussanmeldung wird ausschließlich durch die beiden Amtsparteien, Bundeswettbewerbsbehörde und Bundeskartellanwalt, abgehandelt.³⁴ Der Anwendungsbereich dieser Bestimmung ist daher schon von vornherein sehr limitiert.

2. Sonstige Neuregelungen

Des Weiteren soll ein zusätzlicher Milderungsgrund für die Berechnung von Geldbußen bei Wiedergutmachung des Schadens durch den Schädiger eingeführt werden.

Betreffend die Verjährung der Möglichkeit zur Auferlegung von Geldbußen wird festgehalten, dass auch eine auf Ermittlung oder Verfolgung der Rechtsverletzung gerichtete Handlung der Bundeswettbewerbsbehörde, sofern diese bekannt

wird, die Unterbrechung der fünfjährigen Verjährungsfrist mit sich bringt.³⁵ Zudem sollen Zwangsgelder in Zukunft auch auferlegt werden können, wenn jemand sich weigert, im Rahmen einer Hausdurchsuchung den Zugang zu elektronisch abrufbaren Daten zu ermöglichen. Das hier angesprochene Problem ist, dass derartige Daten oft nicht mehr auf Datenträgern in den Räumlichkeiten der Unternehmen selbst gespeichert sind, sondern an anderen Orten und diese Daten daher durch das Unternehmen gesondert zugänglich gemacht werden müssen.

Die Veröffentlichungspflicht von Entscheidungen des Kartellgerichts („KG“) wird erweitert. Es sollen neben stattgebenden, nun auch ab- oder zurückweisende rechtskräftige Entscheidungen des KG sowie solche aufgrund von Anträgen auf Erlass einstweiliger Verfügungen in der Ediktsdatei³⁶ veröffentlicht werden.

Von nicht zu unterschätzender Bedeutung ist auch, dass nun eine bisher schon viel kritisierte Problematik des kartellgerichtlichen Verfahrens aufgegriffen wird. Diese liegt darin begründet, dass es im kartellgerichtlichen Verfahren in Österreich nur zwei Instanzen gibt, namentlich das KG als erste Instanz und den OGH (als Kartellobergericht – KOG) als zweite und letzte Instanz. Das KOG fungiert jedoch nach der bisherigen Rechtsprechung nicht als Tatsacheninstanz, sondern überprüft im Grunde bloß die rechtliche Beurteilung des KG. Das ist insofern problematisch als viele kartellgerichtliche Entscheidungen auf Sachverständigengutachten fußen und daher die durch das KG aufgrund solcher Gutachten erfolgten Feststellungen bisher nicht mehr angreifbar waren. Das KOG soll nun auch zuständig sein, wenn das Rechtsmittel (Rekurs) sich darauf gründet, dass sich aus den Akten erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit der Entscheidung des KG zugrunde gelegten entscheidenden Tatsachen ergeben.

Im Übrigen soll die zweite in Österreich bestehende Amtspartei, der Bundeskartellanwalt, noch weitere Stellvertreter erhalten können, sodass dessen Ressourcen verstärkt werden.

Das Inkrafttreten der Novelle ist bis auf einige Ausnahmen mit 27. Dezember 2016 geplant.

V. Fazit

Die nun angepeilte KartG-Novelle wird die EU-Schadenersatzrichtlinie sehr nahe am Richtlinien text umsetzen. Dennoch werden sich durch die Terminologie und die Einfügung der in der RL festgelegten neuen Rechtsinstitute (wie z. B. die

30 Wobei als solche nur jene bzgl. horizontalen Kartellen gelten, wodurch sich eine gewisse Benachteiligung von Kronzeugenerklärungen bei vertikalen Sachverhalten ergeben, die in Österreich ebenfalls Gegenstand eines Kronzeugenantrages sein können (vgl. § 11 Abs. 3 Z. 1 lit. a WettbG).

31 In § 37 f Abs. 7 (neu) ist genau geregelt, wie das Gericht im Falle eines Offenlegungsbegehrens in Bezug auf eine Kronzeugenerklärung oder eine Vergleichsausführung vorzugehen hat. Durch abgestufte Einsicht in die Unterlagen und Rechtsmittelmöglichkeiten wird versucht, hier weitestgehend dafür Sorge zu tragen, dass diese besonderen Schutzrechte bestmöglich gewahrt werden.

32 Vgl. auch § 90 GWB (neu).

33 Das Gericht kann eine Ordnungsstrafe von bis zu EUR 100.000 verhängen.

34 Wenn diese innerhalb der Phase-I-Frist keinen Prüfungsantrag stellen oder auf einen solchen verzichten, gilt der Zusammenschluss als freigegeben.

35 Auf die Problematik bzgl. des Begriffes „Handlung der Bundeswettbewerbsbehörde“ wurde bereits oben zur Verjährung hingewiesen.

36 Diese ist unter www.ediktsdatei.justiz.gv.at abrufbar.

Offenlegung der Beweismittel) in das KartG eine Reihe von Interpretationsfragen auch im Verhältnis zu den sonstigen allgemeinen zivilrechtlichen bzw. zivilprozessualen Bestimmungen stellen. Hier zeigt der Begutachtungsentwurf einige innovative Ansätze, um eine bestmögliche Eingliederung in das österreichische Rechtssystem herbeizuführen.³⁷ Es ist zudem begrüßenswert, dass die zuständigen Ministerien die Gelegenheit genutzt haben, auch die eine oder andere bereits in der Vergangenheit kritisierte Bestimmung des KartG ebenfalls einer Novellierung zuzuführen. Einige andere Themen,

die ebenfalls im Vorfeld schon diskutiert oder von der Literatur kritisiert wurden, sind allerdings nicht aufgegriffen worden.³⁸ Insofern bleibt daher ein gewisser Handlungsbedarf für zukünftige Novellen des KartG bestehen. ■

37 Insbesondere sei dabei an die Streitverkündung im Zusammenhang mit *passing-on* und das differenzierte Verfahren bei Offenlegung von Beweismitteln gedacht.

38 Z.B. eine Bereinigung der Vielzahl an Vermutungstatbeständen für die Marktbeherrschung in § 4 Abs. 2 KartG oder die Einführung einer zweiten Inlandsschwelle im Zusammenschlussrecht.

Dr. Gerhard Klumpe, Dortmund und Dr. Thomas Thiede, Graz/Dortmund*

Auskunftsklagen nach der GWB-Novelle – Gedankensplitter aus der Praxis

Eines der Kernprobleme der Geltendmachung von Schadensersatz im Gefolge von Kartellverstößen ist die Notwendigkeit der Informationsgewinnung durch die (potentiell) Kartellgeschädigten. Bekanntlich nahm sich der europäische Gesetzgeber dieser Problematik in den Artt. 5, 6 der Richtlinie 2014/104/EU¹ (nachfolgend RiLi) an, welche nunmehr mit der 9. GWB-Novelle² (nachfolgend GWB-E) in den §§ 33 b und 89 b ff. GWB-E umgesetzt werden soll. Die Regelung des § 33 g Abs. 1 GWB-E ist dabei ausweislich der Erläuterungen zum Referentenentwurf über die in der Richtlinie vorgesehene Harmonisierung hinausgehend, als „selbstständiger, materieller Rechtsanspruch auf Auskunft und Herausgabe von Beweismitteln“³ konzipiert,⁴ was insbesondere der Schaffung von Vergleichsanreizen dienen soll.

Solche Offenlegungsansprüche sind auch dem bisherigen Recht nicht unbekannt; vergleichbare Regelungen finden sich etwa in §§ 809, 810 BGB oder auch § 87 c HGB.⁵ Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, weicht der generell gelungene Entwurf leider in mancherlei Aspekten von den hergebrachten Regelungen ab, was in der Praxis einige Probleme bereiten wird und die Umsetzung aufgrund der entstehenden Verwerfungen als noch nicht befriedigend erscheinen lässt.

I. Umsetzung als materiell-rechtliche Anspruchsgrundlage

Am geringsten wiegt hinsichtlich der Unstimmigkeiten bei der Umsetzung des Offenlegungsanspruchs in Form des § 33 g Abs. 1 GWB-E ein sprachliches Malheur, wenn es in der Vorschrift des § 33 g Abs. 1 GWB-E heißt, dass der Kartellant verpflichtet sei, Beweismittel demjenigen herauszugeben, „der glaubhaft macht“, einen Schadensersatzanspruch zu haben. Wenn es sich bei § 33 g GWB-E um eine materiell-rechtliche Norm handeln soll, geht dies wohl fehl, weil eine Glaubhaftmachung die Herabsenkung des Beweiseniveaus meint,⁶ also ein nachgerade klassischer prozessualer Terminus ist, während eine avisierter materiell-rechtliche Norm demgegenüber die Beweislast für die Existenz des Schadensersatzanspruchs regelt.⁷ Schwerer wiegen Zweifel an den inhaltlichen Anforderungen an ein solches „Glaubhaftmachen“, ferner wegen der vorhersehbaren Zulässigkeitsprobleme im Hinblick auf Gerichtsstände und – angesichts fehlender Übergangsregelungen – wegen der Rückwirkung einer solchen Regelung im Hinblick auf laufende Ver-

fahren.⁸ All dem ist wegen der gebotenen Kürze dieses Beitrages nicht nachzugehen.

Drängender scheint nämlich derzeit die Erörterung, ob § 33 g GWB-E – nach seinem derzeit geplanten Wortlaut als ein materiell-rechtlicher Herausgabeanspruch im engeren Sinne – eine glückliche Wahl der Legisten darstellt und sich eine solche Norm in das Gefüge des deutschen Zivilrechtssystemgerechtere einfügt. Zwar wäre die *Herausgabe* von der Beweisführung dienenden Urkunden und anderen Gegenständen kein Novum; Beispiele für solche Herausgabeansprüche sind mannigfaltig, so finden sich etwa für Urkunden in den §§ 371, 402, 410, 413, 836 Abs. 3, 1144 BGB

* Dr. Gerhard Klumpe ist Vorsitzender Richter am Landgericht Dortmund und dort Vorsitzender der für Kartellschadensersatz zuständigen Kammer im Bezirk des Oberlandesgerichts Hamm, Deutschland. Dr. Thomas Thiede LL. M. ist Universitätslektor an der Karl-Franzens-Universität Graz; Fellow des European Centre of Tort and Insurance Law (ECTIL) sowie des European Law Institute (ELI), Wien, Österreich und z. Zt. Rechtsreferendar am LG Dortmund.

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

2 Online unter <<https://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/G/neunte-gwb-novelle,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>> und in Auszügen abgedruckt in der NZKart 2016, 391 ff.

3 Vgl. GWB-E (Fn. 2), 62.

4 Angesichts des Umkehrschlusses aus § 89 b Abs. 5 GWB-E, der explizit auf § 33 g GWB-E verweist, besteht dieser Anspruch sowohl für stand-alone-Klagen wie auch für follow-on-Klagen.

5 Eine Übersicht findet sich bei Palandt-Sprau, BGB, 74. Aufl., § 809 Rn. 2; vgl. ferner MünchKomm-Habersack, BGB, 6. Aufl., § 809 Rn. 19.

6 Vgl. hierzu statt aller Soergel-Hadding, 13. Aufl., § 809 Rn. 8 sowie § 294 ZPO.

7 Dies ist umso bedauerlicher, weil Art. 5 RiLi dies nun gerade nicht so vorsieht. Der naheliegende Hinweis auf Art. 14 RiLi, der von einer „Glaubhaftmachung“ spricht, verfängt nur begrenzt, wenn man bedenkt, dass der europäische Rechtsterminus, der autonom auszulegen ist, nicht dem deutschen Rechtsbegriff entspricht, vgl. BAG, Urt. v. 5.2.2004, 8 AZR 112/03, NJW 2004, 2112 ff. und aus der Literatur Westenberg, Die Entschädigungs- und Beweislastregelungen des § 611 a BGB im Lichte des deutschen und europäischen Rechts (2001), 130, 131; MünchKomm-Müller-Glöge, BGB, 6. Aufl., § 611 a Rn. 35, 36.

8 Es ist u. E. zweifelhaft ob die nachfolgend ausgeführten Vorschriften unter das Rückwirkungsverbot des Art. 22 RiLi fallen; diese Zweifel teilen auch Kersting/Preuß, Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie durch die 9. GWB-Novelle, WuW 2016, L1, L14 und Petrasincu, Kartellschadensersatz nach dem Referentenentwurf der 9. GWB-Novelle, WuW 2016, 330, 335 f.