

Wirtschaftsrecht
und Wirtschaftspolitik

299

Anna Gotting

Private Kartellrechtsdurchsetzung durch Voluntary Redress Schemes



Nomos

Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik

herausgegeben von

Prof. Dr. Florian Bien

Prof. Dr. Ulrich Schwalbe

Prof. Dr. Heike Schweitzer

begründet von

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ernst-Joachim Mestmäcker

Band 299

Anna Gotting

Private Kartellrechtsdurchsetzung durch
Voluntary Redress Schemes



Nomos

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungsfonds Wissenschaft der VG WORT.

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

Zugl.: Wiesbaden, EBS Universität für Wirtschaft und Recht, Diss., 2018

ISBN 978-3-8487-5778-7 (Print)

ISBN 978-3-8452-9952-5 (ePDF)



Onlineversion
Nomos eLibrary

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2017/2018 von der EBS Universität für Wirtschaft und Recht als Dissertation angenommen und im Frühjahr 2019 nach wertvollen Anregungen der Herausgeber der Schriftenreihe „Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik“ an verschiedenen Stellen redaktionell überarbeitet.

Die Arbeit widmet sich im Kern der Frage, ob eine Effektivierung des „private enforcement“ durch sogenannte „Voluntary Redress Schemes“ – ein vom englischen Gesetzgeber vorgestelltes Konzept einer freiwilligen Entschädigungsregelung in Kartellschadensersatzverfahren – möglich ist. Die Arbeit legt dar, wie sich ein entsprechendes Konzept im deutschen Recht umsetzen ließe und wie sich „public“ und „private enforcement“ an dieser Schnittstelle miteinander in Einklang bringen lassen.

Mein herzlicher Dank gilt allen voran meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Matthias Weller, Mag. rer. publ., der das Entstehen dieser Arbeit in jeder Hinsicht und zu jedem Zeitpunkt mit vollstem Einsatz gefördert hat. Ich danke ihm für die Anregung des interessanten Themas, die wertvollen Hinweise in zahlreichen Doktorandenseminaren und nicht zuletzt für die lehrreiche Zeit als Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl. Einen besseren Doktorvater hätte ich mir nicht wünschen können. Herrn Professor Dr. Tim W. Dornis, J.S.M. (Stanford) danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Für die Aufnahme in die Schriftenreihe „Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik“ danke ich ihren Herausgebern Professor Dr. Florian Bien, Professor Dr. Ulrich Schwalbe und Professorin Dr. Heike Schweitzer. Darüber hinaus danke ich all denjenigen, die mir in der Zeit meines Dissertationsvorhabens als Freunde und Wegbegleiter zur Seite standen. Für zahllose Gespräche über das Thema der Arbeit, seine unendliche Geduld und vor allem für seinen unermüdlichen Zuspruch und seine Zuversicht möchte ich Arno Gotting von Herzen danken.

Gewidmet ist diese Arbeit meiner Familie, meinen Eltern Charlotte und Fritz Fischer sowie meiner Schwester Lea Fischer. Für ihre bedingungslose Liebe und Unterstützung kann ich ihnen nicht genug danken.

Frankfurt am Main, im Mai 2020

Anna Gotting

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|------|---|----|
| A. | Einleitung | 17 |
| I. | Problemaufriss | 17 |
| II. | Ziel und Gang der Untersuchung | 19 |
| B. | Behördliche und private Durchsetzung des Kartellrechts | 21 |
| I. | Behördliche Kartellrechtsdurchsetzung | 22 |
| II. | Privatrechtliche Kartellrechtsdurchsetzung | 24 |
| III. | Das Verhältnis von behördlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung | 27 |
| IV. | Konfliktpunkte zwischen behördlicher und privater Durchsetzung | 30 |
| V. | Das Verhältnis von Kartellgeldbuße und Schadensersatz aus ökonomischer Sicht | 32 |
| C. | Zivilgerichtliche Geltendmachung des Kartellschadensersatzanspruches | 37 |
| I. | Anspruchsvoraussetzungen | 37 |
| 1. | Schuldhafter Kartellrechtsverstoß des Beklagten | 38 |
| a) | Feststellungswirkung des § 33b GWB | 38 |
| b) | Verschulden | 40 |
| 2. | Anspruchsberechtigung | 42 |
| 3. | Anspruchsgegner | 45 |
| a) | Der Konzern als Anspruchsgegner | 45 |
| b) | Haftungsprivilegierung des Kronzeugen | 47 |
| 4. | Schaden | 48 |
| a) | Preisüberhöhungsschaden direkter Abnehmer | 48 |
| aa) | Nachweis des kartellbedingten Preisaufschlags – Schadensvermutung, § 33a Abs. 2 GWB | 49 |
| bb) | Höhe des kartellbedingten Preisaufschlags, § 33a Abs. 3 GWB | 51 |

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|-----|---|----|
| cc) | Stellungnahme des Bundeskartellamtes nach § 90 Abs. 5 S. 1 GWB | 58 |
| b) | Preisüberhöhungsschaden mittelbarer Abnehmer | 59 |
| aa) | Schadensabwälzung, § 33c GWB | 59 |
| bb) | Umfang des abgewälzten Preisaufschlags | 61 |
| c) | Preisschirmeffekte | 63 |
| d) | Entgangener Gewinn, lost sales oder „Mengeneffekt“ | 65 |
| e) | Individuelle Betroffenheit | 66 |
| aa) | Unmittelbare Abnehmer | 67 |
| bb) | Mittelbare Abnehmer | 70 |
| cc) | Schadensvermutung, § 33a Abs. 2 S. 1 GWB | 70 |
| 5. | Einwand der Schadensabwälzung | 71 |
| a) | Dogmatische Einordnung der passing-on defense | 72 |
| b) | Zulässigkeit der passing-on defense | 73 |
| c) | Nachweis der Schadensabwälzung | 75 |
| aa) | Darlegungs- und Beweislast | 75 |
| bb) | Anscheinsbeweis | 76 |
| 6. | Zusammenfassung und Schlussfolgerung | 78 |
| a) | Nachweis des Schadens | 78 |
| aa) | Unmittelbare Kartellkunden | 78 |
| bb) | Mittelbare Kartellkunden | 80 |
| b) | Zielkonflikt der Schadensabwälzung | 80 |
| aa) | Drohende Mehrfachinanspruchnahme | 80 |
| bb) | „Versickern“ des Schadens | 83 |
| II. | Zugang zu Beweismitteln | 84 |
| 1. | Bedürfnis der Parteien Zugang zu Beweismitteln zu erhalten | 85 |
| a) | Informationsdefizit des Klägers | 85 |
| b) | Informationsbedürfnis des Beklagten | 88 |
| c) | Zur Bedeutung von Kronzeugenunterlagen | 89 |
| aa) | Bedeutung von Kronzeugenunterlagen für den Kläger | 89 |
| bb) | Bedeutung der Kronzeugenprogramme für die Kartellrechtsdurchsetzung | 90 |
| d) | Zur Bedeutung von Vergleichsausführungen | 92 |
| 2. | Zugriff auf Behördenakten | 93 |
| a) | Außerprozessualer Zugriff auf Behördenakten | 94 |
| aa) | Akten deutscher Behörden | 94 |

| | | |
|------|--|-----|
| bb) | Akten von Einrichtungen der Europäischen Union | 96 |
| cc) | Zusammenfassung | 97 |
| b) | Innerprozessualer Zugriff auf Behördenakten | 98 |
| aa) | Antrag auf Ersuchen der Aktenvorlage nach § 89c Abs. 1 GWB | 99 |
| bb) | Entscheidung über das Ersuchen, § 89c Abs. 3 GWB | 99 |
| cc) | Entscheidung über die Vorlage durch die Wettbewerbsbehörde, § 89c Abs. 4 GWB | 100 |
| dd) | Zugänglichmachung der Unterlagen an den Antragssteller, § 89c Abs. 2 GWB | 101 |
| ee) | Verwendung der offengelegten Unterlagen, § 89d GWB | 102 |
| ff) | Zusammenfassung | 102 |
| 3. | Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften | 103 |
| a) | Anspruch auf Herausgabe bzw. Auskunftserteilung nach § 33g Abs. 1 GWB | 103 |
| b) | Anspruch auf Herausgabe bzw. Auskunftserteilung nach § 33g Abs. 2 GWB | 105 |
| c) | Ausschlusstatbestände | 105 |
| d) | Gerichtliche Entscheidung über die Herausgabe | 106 |
| e) | Zusammenfassung | 108 |
| 4. | Ergebnis und Schlussfolgerung | 109 |
| III. | Intertemporale Anwendung des Kartellschadensersatzanspruches | 112 |
| 1. | Die gesetzlichen Übergangsvorschriften | 112 |
| 2. | Schlussfolgerung und Bewertung | 114 |
| IV. | Schlussfolgerung | 116 |
| D. | Kollektive Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen | 119 |
| I. | Einführung | 119 |
| II. | Terminologie: Massen- und Streuschäden | 121 |
| III. | Aufgaben und Funktionen kollektiven Rechtsschutzes | 123 |
| 1. | Kollektiver Rechtsschutz bei Massenschäden | 123 |

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|-------|--|-----|
| 2. | Kollektiver Rechtsschutz bei Streuschäden | 125 |
| a) | Überwindung der rationalen Apathie | 125 |
| b) | Verbesserte Rechtsdurchsetzung durch Abschreckung | 127 |
| IV. | Zur kollektiven Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen | 129 |
| 1. | Schadensfolgen von Kartellrechtsverstößen | 129 |
| 2. | Gleichförmigkeit der Schäden im Kartellrecht | 130 |
| a) | Preiserhöhungsschaden | 130 |
| b) | Mengeneffekt | 131 |
| 3. | Funktionen kollektiven Rechtsschutzes im Kartellschadensersatzrecht | 132 |
| a) | Zugang zu Rechtsschutz und Kompensation bei Streuschäden | 132 |
| b) | Prozessökonomie bei Massenschäden | 134 |
| c) | Förderung der Kartellrechtsdurchsetzung | 135 |
| 4. | Zwischenergebnis | 137 |
| V. | Empfehlung der Kommission zu kollektiven Rechtsschutzverfahren | 138 |
| VI. | Bestandsaufnahme der Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im deutschen Zivilprozessrecht | 141 |
| 1. | Bündelungsformen der ZPO | 142 |
| 2. | Die Forderungsabtretung | 145 |
| a) | Das Geschäftsmodell von Klagevehikeln und seine Vorteile | 145 |
| b) | Nachteile des Geschäftsmodells von Klagevehikeln | 147 |
| 3. | Interessengemeinschaften | 151 |
| 4. | Musterverfahrensvereinbarung | 154 |
| 5. | Verbandsklagen | 155 |
| 6. | Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten | 159 |
| a) | Der Verfahrensgang nach dem KapMuG | 159 |
| b) | Bewährung des KapMuG | 161 |
| 7. | Zwischenergebnis | 163 |
| VII. | Die Musterfeststellungsklage | 164 |
| VIII. | Zusammenfassung und Bewertung der Ergebnisse | 166 |

| | | |
|-----|--|-----|
| E. | Voluntary Redress Schemes im Vereinigten Königreich | 169 |
| I. | Überblick zur Entwicklung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung im Vereinigten Königreich | 169 |
| II. | Einführung von Voluntary Redress Schemes im Vereinigten Königreich | 173 |
| 1. | Gesetzgeberische Intention | 174 |
| 2. | Behördliche Kompetenz ein Redress Scheme zu genehmigen | 175 |
| 3. | Ausgangslage für die Beantragung der Genehmigung eines Redress Scheme | 176 |
| 4. | Beantragung der Genehmigung eines Voluntary Redress Scheme | 178 |
| a) | Formelle Anforderungen an den Antrag | 178 |
| b) | Erforderliche Informationen | 179 |
| c) | Antrag auf Genehmigung eines Voluntary Redress Scheme-Entwurfs | 181 |
| 5. | Erstellung des Voluntary Redress Scheme | 181 |
| a) | Besetzung des Ausschusses | 182 |
| b) | Anforderungen an den Ausschuss | 183 |
| 6. | Bedingungen und Inhalt des Voluntary Redress Scheme | 184 |
| a) | Anspruchsberechtigte | 184 |
| b) | Höhe, Art und Reichweite des Ersatzes | 184 |
| c) | Stellung eines Entschädigungsgesuchs | 185 |
| d) | Beweiserfordernisse | 185 |
| e) | Rechtsfolgen der Annahme der freiwilligen Entschädigungszahlung | 187 |
| f) | Unabhängige Beschwerdemöglichkeit | 187 |
| g) | Bekanntmachung des Voluntary Redress Scheme | 188 |
| 7. | Ausarbeitung des Voluntary Redress Scheme | 189 |
| a) | Abwägung durch den Ausschuss | 189 |
| b) | Kooperation zwischen antragsstellendem Unternehmen und Ausschuss | 190 |
| 8. | Empfehlung durch den Vorsitzenden | 190 |
| 9. | Genehmigungsentscheidung der nationalen Kartellbehörde | 191 |
| a) | Prüfungsmaßstab und -umfang | 192 |
| b) | Genehmigungsprozess und Genehmigungsentscheidung | 193 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----|
| c) Mitteilung der Genehmigungsentscheidung | 194 |
| 10. Mögliche Bußgeldreduzierung | 194 |
| 11. Wirkung der Genehmigung eines Voluntary Redress Scheme | 196 |
| 12. Durchsetzung eines Voluntary Redress Scheme | 196 |
| III. Charakterisierung | 197 |
| 1. Voluntary Redress Scheme als kollektives Rechtsschutzverfahren | 197 |
| 2. Voluntary Redress Scheme als Verfahren der alternativen Streitbeilegung | 198 |
| IV. Kritik und Schlussfolgerung | 201 |
| 1. Bußgeldreduktion als Ausnahme | 201 |
| 2. Kein zusätzlicher Anreiz für Kronzeugen | 202 |
| 3. Keine ausreichende Berücksichtigung der Schadensabwälzung | 203 |
| 4. Gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit freiwilliger Entschädigungszahlungen | 205 |
| 5. Zusammenfassende Bewertung | 206 |
| F. Entschädigungsregelung nach dem Vorbild des Voluntary Redress Scheme für Deutschland? | 209 |
| I. Einführung: behördliche statt privater Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen? | 209 |
| 1. Zum Vorschlag eines Public-Private-Enforcement | 210 |
| a) Behördliche Mehrerlösabschöpfung und Schadensfeststellung | 210 |
| b) Bewertung | 213 |
| 2. Rückerstattungsverpflichtung nach § 32 Abs. 2a GWB | 215 |
| 3. Verpflichtungszusage zur Schadenskompensation nach § 32b Abs. 1 GWB | 218 |
| 4. Zum Vorschlag eines integrierten zweistufigen Verwaltungsverfahrens | 219 |
| a) Berücksichtigung der Ausgleichszahlungen bei der Bußgeldbemessung | 219 |
| b) Bewertung | 220 |
| II. Vorteile einer freiwilligen Entschädigungsregelung | 222 |
| 1. Harmonisierung von behördlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung | 223 |

| | | |
|------|--|-----|
| 2. | Effektive Streitbeilegung | 224 |
| 3. | Förderung der Kartellrechtsdurchsetzung | 224 |
| 4. | Wiederherstellung der vergaberechtlichen Zuverlässigkeit | 226 |
| 5. | Berücksichtigung der Empfehlung der Europäischen Kommission zur Einführung kollektiver Rechtsschutzverfahren | 226 |
| 6. | Zusammenfassung | 227 |
| III. | Vorschlag für eine freiwillige Entschädigungsregelung im deutschen Kartellschadensersatzrecht | 227 |
| 1. | Garantierte Bußgeldreduktion | 228 |
| 2. | Anspruchsberechtigung mittelbarer Abnehmer | 229 |
| a) | Ermittlung der Schadensabwälzung | 229 |
| aa) | Offenlegungspflicht als Anspruchsvoraussetzung | 229 |
| bb) | Schätzung der Schadensabwälzung | 230 |
| cc) | Pauschalierte Entschädigungszahlung an Endabnehmer | 231 |
| b) | Sicherstellung der Inanspruchnahme der Entschädigungsregelung | 231 |
| IV. | Umsetzung einer freiwilligen Entschädigungsregelung im deutschen Recht | 233 |
| 1. | Die kartellbehördliche Genehmigung | 233 |
| a) | Zuständigkeit und Kompetenz der Kartellbehörde | 233 |
| b) | Wirkung im Zivilprozess | 235 |
| aa) | Kausales Schuldanerkenntnis | 236 |
| bb) | Anspruch auf Herausgabe von Unterlagen | 238 |
| cc) | Sofortiges Anerkenntnis nach § 93 ZPO | 239 |
| c) | Vollstreckbarkeit | 239 |
| d) | Internationale Aspekte | 241 |
| 2. | Die Reduktion der nach § 81 Abs. 4 GWB verhängten Geldbuße | 243 |
| a) | Bußgeldfestsetzung durch das Bundeskartellamt | 244 |
| aa) | Funktionen der Geldbuße für Kartellrechtsverstöße | 244 |
| bb) | Zumessung der Geldbuße als Sanktion | 245 |
| cc) | Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils (§ 81 Abs. 5 GWB) | 250 |
| dd) | Bußgeldreduktion wegen Kooperation | 253 |

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|-----|---|-----|
| b) | Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Entschädigungszahlungen bei der Bemessung der Geldbuße des Bundeskartellamtes | 254 |
| aa) | Zumessung der Geldbuße im engeren Sinne | 254 |
| bb) | Vorteilsabschöpfung nach § 81 Abs. 5 GWB | 255 |
| cc) | Zwischenergebnis | 258 |
| dd) | Vorschläge für die Berücksichtigung von Schadensersatzzahlungen bei der Bemessung der Geldbuße de lege lata | 260 |
| ee) | Bußgeldreduktion i.H.v. 20 % für freiwillige Einführung einer Entschädigungsregelung de lege ferenda | 260 |
| c) | Bußgeldfestsetzung durch die Europäische Kommission | 262 |
| aa) | Überblick zur Bußgeldfestsetzung der Europäischen Kommission | 262 |
| bb) | Grundbetrag der Geldbuße | 264 |
| cc) | Anpassung des Grundbetrages | 264 |
| dd) | Kappungsgrenze | 265 |
| ee) | Kronzeugenregelung und Settlement | 267 |
| d) | Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Schadensersatzzahlungen bei der Bemessung der Geldbuße der Europäischen Kommission | 268 |
| aa) | Möglichkeiten nach geltendem Recht | 268 |
| bb) | Bußgeldermäßigung i.H.v. 20 % für freiwillige Einführung einer Entschädigungsregelung de lege ferenda | 269 |
| 3. | Gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit einer freiwilligen Entschädigungsregelung | 269 |
| 4. | Inanspruchnahme der Entschädigungsregelung durch Geschädigte | 274 |
| a) | Vergleichsschluss durch Annahme der durch die Entschädigungsregelung angebotenen Entschädigungssumme | 274 |
| b) | Die freiwillige Entschädigungszahlung im Gesamtschuldnerausgleich | 275 |
| aa) | Gesamtschuldnerische Haftung für Ansprüche nach § 33a Abs. 1 GWB | 275 |
| bb) | Vergleich mit einem Gesamtschuldner | 276 |

| | |
|---|-----|
| cc) Anwendung auf freiwillige Entschädigungszahlungen nach einer Entschädigungsregelung | 279 |
| V. Zusammenfassung der notwendigen Gesetzesänderungen | 280 |
| G. Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick | 283 |
| Literaturverzeichnis | 287 |

