

HERESA SCHÜSSEL-KOHLHÄUFL

Die Struktur des Delikts
im Kartellschaden-
ersatzrecht

Beiträge zum Kartellrecht



Mohr Siebeck

Beiträge zum Kartellrecht

herausgegeben von

Michael Kling und Stefan Thomas

6



Theresa Schüssel-Kohlhäufel

Die Struktur des Delikts im Kartellschadenersatzrecht

Eine Analyse unter besonderer Berücksichtigung
der Feststellungswirkung des § 33b GWB

Mohr Siebeck

Theresa Schüssel-Kohlhüfl, geboren 1989; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Tübingen; Rechtsreferendariat in Stuttgart und Frankfurt a.M.; Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Tübingen; seit 2018 Richterin im OLG-Bezirk Stuttgart.

D 21

ISBN 978-3-16-159010-8 / eISBN 978-3-16-159011-5

DOI 10.1628/978-3-16-159011-5

ISSN 2626-773X / eISSN 2626-7748 (Beiträge zum Kartellrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Times New Roman gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist von der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen im Sommersemester 2019 als Dissertation angenommen worden. Für die Drucklegung konnten Schrifttum und Rechtsprechung bis Oktober 2019 berücksichtigt werden.

Dank gebührt zuallererst meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Stefan Thomas, der die Anregung für das Thema der Arbeit gegeben und ihren Fortgang stets mit großem Wohlwollen und seinem kritischen Wort begleitet hat. Während meiner Tätigkeit an seinem Lehrstuhl hat er mir großzügig die für eine konzentrierte Verfolgung meines Promotionsvorhabens nötige Freiheit eingeräumt. Für die dort erhaltene Prägung und alles, was ich von ihm im Hinblick auf mein juristisches Denken und Arbeiten lernen durfte, bin ich ihm zu Dank verpflichtet.

Herrn Professor Dr. Dres.h.c. Westermann danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens, Herrn Professor Dr. Michael Kling und Herrn Professor Dr. Stefan Thomas für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe „Beiträge zum Kartellrecht“.

Danken möchte ich allen Mitarbeitern des Lehrstuhls für die angenehme und freundschaftliche Zusammenarbeit, vor allem Frau Elena Brückner, Frau Dr. Sarah Legner und Frau Linda Vögele.

Für vielfältige Unterstützung meines Promotionsvorhabens in seinen verschiedenen Phasen danke ich meinem Großonkel Dr. Peter Glomb, Herrn Dr. Matthias Karl, Herrn Dr. Christian von Köckritz, meinem Bruder Antonius Kohlhäufel, Frau Dr. Amela Schön, Herrn Dr. Stephan Schön und Herrn Dr. Sebastian von Thunen. Ganz besonders danke ich meinem Mann Andreas Schüssel für sein Verständnis und seine Geduld.

Ohne die bedingungslose Unterstützung, den festen Rückhalt und die stetige Ermutigung durch meine Eltern Professor Dr. Martin und Claudia Kohlhäufel wäre diese Arbeit nicht begonnen und noch weniger abgeschlossen worden. Ihnen ist sie gewidmet.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XV
<i>Einführung</i>	1
I. Problem	1
II. Gang der Untersuchung	4
III. Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes	5
<i>I. Kapitel: Grundlegung</i>	7
I. Hardcore-Kartell: Begriff, Erscheinungsformen, Auswirkungen	7
1. Begriff	7
2. Erscheinungsformen	8
3. Auswirkungen	9
II. Grundlagen der Haftung aus § 33a Abs. 1 GWB	11
1. Telos	11
a) Kompensation	11
b) Keine überkompensatorische Prävention	12
2. Betroffenheit im Sinne des § 33a Abs. 1 i. V. m. §§ 33 Abs. 1, 3 GWB	14
a) Übersicht	14
b) Inkorporiertes Tatbestandsmerkmal	14
c) Dogmatische Funktion der Betroffenheit	15
aa) Normgenese im Lichte der „Jedermann“-Rechtsprechung	15
bb) Neue Haftungsstruktur: „Lottoblock II“	16
(1) Differenzierung zwischen Betroffenheit und Schadenseintritt	16
(2) Konkrete Möglichkeit der Schädigung	18
(3) Begrenzung der Schadensvermutung des § 33a Abs. 2 GWB	19

cc) Differenzierung zwischen Kartellbefangenheit und Kartellbetroffenheit	20
dd) Indirekte Kartellbetroffenheit und Passing-on-Defence	23
d) Betroffenheit und Verschulden	26
III. Gemeinschaftliche Tatbegehung	27
1. Übersicht	27
2. Telos und Funktion des § 830 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB	29
a) Abhilfe bei Beweisnot des Geschädigten	29
b) Funktion	30
aa) Erster Ansatz: Kausalitätsgegenbeweis bei möglicher Kausalität	30
bb) Zweiter Ansatz: Zurechnungsnorm	30
3. Voraussetzungen der Zurechnung	31
a) Strafrechtsakzessorische Auslegung	31
b) Zurechnungskriterien	33
4. Gemeinschaftliche Tatbegehung beim Kartelldelikt	35
a) Tathandlung im Sinne des § 33d Abs. 1 GWB	35
aa) Wortlaut und Systematik	35
bb) Telos	37
b) Zurechnungsfunktion des § 33d Abs. 1 GWB	37
aa) Keine Zurechnung von Veräußerungsgeschäften	37
bb) Ausschluss von Einwänden gegen die Kausalität der Beteiligung	38
(1) Unzulässigkeit des Kausalitätsgegenbeweises	38
(2) Unbeachtlichkeit der hypothetischen Reserveursache	38
2. Kapitel: Haftung für Effekte von Kartellen	41
I. Einführung	41
II. Preisschirmeffekte	41
1. Problem	41
2. Kartellbetroffenheit	42
3. Kausalitäts- und Zurechnungszusammenhang	43
a) „Kone“-Rechtsprechung	43
b) Äquivalenzkausalität	44
c) Adäquanzkausalität	44
aa) Voraussetzungen der Zurechnung	44
(1) Allgemeine Voraussetzungen	44
(2) Vorhersehbarkeit von Preisschirmeffekten	45
bb) Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs	46

(1) Dazwischentreten eines Dritten	46
(a) Allgemeine Grundsätze	46
(b) Preissetzungsentscheidung des Kartellaußenseiters	47
(2) Eigene Willensentscheidung des Geschädigten	48
4. Verschulden	50
III. Nachwirkungen von Kartellverstößen	51
1. Problem	51
2. Nachwirkungen aus wettbewerbsökonomischer Sicht	52
a) Ursachen und Determinanten von Nachwirkungen	52
b) Dauer des Nachwirkungszeitraums	52
3. Nachwirkungen als „schadenserhöhender Faktor“	53
4. Verortung der Nachwirkungen im Haftungsaufbau des § 33a	
Abs. 1 GWB	55
a) Parallele zur Preisschirmhaftung	55
b) Begriff der Beendigung des Kartellverstoßes	55
aa) Übersicht	55
bb) Beendigung des Verstoßes im Sinne des § 32 Abs. 3 GWB	55
cc) Beendigung im Sinne des Verjährungsrechts	56
(1) Vorbemerkung	56
(2) Anspruchsentstehung im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB	57
(3) Beendigung im Kontext des § 33h Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 Nr. 2 GWB	59
c) Tatsächliche Wirkungen eines materiell beendeten Verstoßes	62
5. Betroffenheit durch Nachwirkungen	63
6. Kausal- und Zurechnungszusammenhang	64
a) Nachwirkungen als adäquate Folgen des Kartells	64
b) Grenzen der Zurechnung	64
aa) Schutzzweckerwägungen	64
bb) Eigene Willensentscheidung des Geschädigten	65
7. Verschulden	65
8. Inaktive Phasen des Kartells	66
IV. Cheating bei Preiskartellen	66
1. Problem	66
2. Kartellstabilität	67
3. Kausalitäts- und Zurechnungszusammenhang	68
a) Preisunterbietung des Cheaters	68
b) Eigenverantwortliche Selbstgefährdung der Abnehmer	69
c) Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens	70
aa) Dogmatische Einordnung	70

bb) Schutzzweck des Kartellschadenersatzanspruchs	71
cc) Friktionen mit der „Kone“-Haftung	72
d) Verhalten wie ein Kartellaußenseiter	73
4. Verschulden	73
5. Preiskrieg als Reaktion auf Cheating	74
a) Bestrafung des Cheaters	74
b) Hypothetisches Alternativszenario: Erlaubtes Parallelverhalten	74
V. Preisschirmähnliche Effekte: Kartellbedingt verzerrter Restwettbewerb und Cheating bei Quotenkartellen	75
1. Problem	75
2. Kartellbedingte Veränderung des allgemeinen Preisgefüges	76
a) Von der Absprache ausgenommene Veräußerungsgeschäfte	76
b) Abweichen von der Quote	76
3. Verhalten wie ein Kartellaußenseiter	77
VI. Zwischenergebnis	77
<i>3. Kapitel: Die räumlich-sachliche Struktur des Kartelldelikts</i>	<i>79</i>
I. Einführung	79
II. Preisschirmeffekte auf anderen räumlichen Märkten	79
1. Problem	79
2. Kartellbetroffenheit	80
3. Zurechnungszusammenhang und Verschulden	81
4. Expansion eines Kartellanten auf den von Preisschirmeffekten betroffenen Nachbarmarkt	81
III. Schadenersatzhaftung des Kartellgehilfen	82
1. Problem	82
2. Dogmatische Grundlagen	82
a) Relevanz der Zurechnungsnorm des § 33d Abs. 1 GWB	82
b) Auslegung des § 33d Abs. 1 GWB	83
aa) Wortlaut	83
bb) Systematik	84
cc) Selbständigkeitspostulat und Telos	84
3. Anforderungen an die Qualität des Tatbeitrags	86
a) Unterstützungshandlungen	86
b) Vorsatz bei professionell adäquatem Verhalten	87
IV. Zurechnungsbegründender Nexus zwischen Absprachen	88
1. Übersicht	88

2. Verstärkung eines fremden Preisschirmeffekts	88
a) Problem	88
b) Zurechnungsunterbrechende Kartellierung der Hersteller von Substituten	89
c) Beihilfe zum fremden Kartell	90
aa) Objektive Auswirkung des Gehilfenbeitrags auf den Taterfolg .	90
bb) Grenzen der subjektiven Zurechnung	90
(1) „Aktionsfeld“ als subjektive Grenze der Zurechnung . . .	90
(2) Keine fahrlässige Beihilfe	91
d) Nebentäterschaft	92
3. Erleichterung der Marktabschottung	92
a) Problem	92
b) Vereinbarkeit mit dem Beihilfe-Begriff	93
c) Grenzen der vorsatzgebundenen Zurechnung	94
V. Zwischenergebnis	95
<i>4. Kapitel: Zeitliche Dimension des Kartelldelikts</i>	<i>97</i>
I. Einführung	97
II. Haftungsbegründung nach Ausscheiden aus dem Kartell	98
1. Strafrechtsakzessorische Entwicklung von Zurechnungskriterien . . .	98
a) Objektives und subjektives Fortwirken des Tatbeitrags	98
aa) Zeitweise Deliktsbeteiligung bei § 25 Abs. 2 StGB	98
bb) Fortwirkung des Tatbeitrags als zivilrechtliches Zurechnungskriterium	100
b) Grenzen des Verschuldensprinzips	101
aa) Schlägerei als gesetzgeberisches Vorbild des § 830 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB	101
bb) Haftung nach Ausscheiden aus der Schlägerei i. S. v. § 231 StGB	102
cc) Verschulden als Grenze der Zurechnung bei § 830 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB	104
(1) Vergleich des § 830 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB mit § 231 StGB	104
(2) Verschuldensprinzip des § 830 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB .	105
2. Die „Milchbauern-Blockade“-Entscheidung des OLG Dresden	106
a) Relevanz der Entscheidung für die Untersuchungsfrage	106
b) Gefährlichkeit der zeitweisen Anwesenheit am Tatort	106
c) Grenze der subjektiven Zurechnung	107
aa) Vorhersehbarkeit bis zum zeitlichen Exzess	107

bb) Mindestvoraussetzung für die subjektive Zurechnung	109
(1) Keine fahrlässige Mittäterschaft	109
(2) Eventualvorsatz	110
3. Anwendung der Zurechnungskriterien auf das Kartelldelikt	111
a) Problem	111
b) Ausscheiden aus dem Kartell	111
c) Objektive Zurechnung	113
aa) Nachhaltige Beeinflussung des Marktgeschehens und der Kartellabläufe	113
bb) Kartellstabilität als Maßstab für die Gefährlichkeit der zeitweisen Beteiligung	114
d) Subjektive Zurechnung	115
aa) Rückkehr zu wettbewerbskonformem Verhalten	115
bb) Äußerung des inneren Willens zur Tataufgabe	115
4. Zeitliche Begrenzung der Haftung	116
a) Problem	116
b) Exzess	116
aa) Zeitlicher Exzess	116
bb) Sachlich-gegenständlicher Exzess	117
c) Verjährungsrecht	117
d) Gesetzliche Ausschlussfrist de lege ferenda	118
III. Haftungsbegründung vor Eintritt in das Kartell	118
1. Entwicklung von Zurechnungskriterien	118
a) Abschluss des Tatgeschehens als Zurechnungszäsur	118
aa) Sukzessive Mittäterschaft bzw. Beihilfe im Strafrecht	118
bb) Zurechnungsgrenze bei § 830 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB	121
b) Überwindung der Zurechnungszäsur durch die Gefährlichkeit der Tatbeteiligung	122
aa) Beteiligung nach Eintritt der schweren Folge i. S. v. § 231 StGB	122
bb) Unvereinbarkeit mit dem Verschuldensprinzip	124
2. Haftung gemäß § 33d Abs. 1 Satz 1, Satz 2 GWB bei Eintritt in das Kartell	124
IV. Kartellschadenersatzrechtliche Gefährdungshaftung de lege ferenda	125
1. Problem	125
2. Kein Vorrang der Beweisregel des § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB	125
3. Verschuldensprinzip und Effektivität des Unionsrechts	126
4. Gefährdungshaftung im System des Deliktsrechts	127
a) Charakteristika	127
b) Legitimation	128

aa) Eignung zur Verhaltenssteuerung	128
bb) Vermeidbarkeit von Kartellrechtsverstößen durch Compliance	129
V. Zwischenergebnis	131
<i>5. Kapitel: Single, complex and continuous infringement</i>	<i>133</i>
I. Einführung	133
II. Überblick über Kriterien und Funktionen der SCCI	134
1. Kriterien der SCCI	134
2. Funktionen	135
a) Dritte Begehungsform	135
b) Konkurrenzrechtliche Figur	137
c) Beweiserleichterung	137
d) Zurechnung	138
III. Räumlich-sachliche Dimension der Verantwortlichkeit	139
1. Das Problem	139
2. Haftung für nicht begangene Verstöße	141
a) „AC-Treuhand“ als Argumentationsmuster	141
b) Qualität des Tatbeitrags	142
c) Fehlen von Zurechnungserwägungen in „Villeroy&Boch/ Kommission“	144
d) Spillover-Effekte als Zurechnungsgrund	145
e) Rechtsstaatliche Einwände	146
IV. Zeitliche Dimension der Verantwortlichkeit	148
1. Problem	148
2. „conspiracy“ als Vorbild der SCCI	149
3. Begrenzung des Haftungstatbestandes in zeitlicher Hinsicht	151
4. Passive Beteiligung	152
V. Zwischenergebnis	152
<i>6. Kapitel: Feststellungswirkung und Kartelldeliktsstruktur</i>	<i>155</i>
I. Einführung	155
II. Rechtsnatur des § 33b GWB	156
1. Feststellungswirkung	156
2. Beweiserleichterung	158
3. Vereinbarkeit mit der richterlichen Unabhängigkeit	158

III. Reichweite der Feststellungswirkung	160
1. Übersicht	160
2. Reichweite der Feststellungswirkung	161
a) Entscheidungsgründe	161
b) Feststellungswirkung im Einzelnen	162
aa) Grundsatz: Tragende Gründe im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV	162
bb) Folgerungen für die Reichweite der Feststellungswirkung	163
(1) Feststellungen zum Verschulden, der Schadensentstehung und -kausalität	163
(2) Feststellungen zur Art der Zuwiderhandlung	163
(3) Feststellungen zum Marktbezug	164
IV. Einfluss der SCCI auf die gemeinschaftlich begangene Tat	166
1. Problem	166
2. Sachlich-räumliche Dimension der Feststellungswirkung	166
a) Art der Feststellung	166
aa) Gesamtplan	166
bb) Kenntnis bzw. fahrlässigen Unkenntnis	168
b) Abweichung von der zivilrechtlichen Dogmatik	169
c) Folgerungen für die Feststellungswirkung	170
3. Dauer der Beteiligung	170
a) Haftungsbegründende Feststellungen in zeitlicher Hinsicht	170
b) Zurechnungsstruktur der SCCI und des § 33d Abs. 1 GWB bzw. § 830 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB	171
aa) Dauerdelikt	171
bb) Haftungslimitierende Wirkung der Feststellungswirkung	171
c) Folgerungen für die Feststellungswirkung	172
V. Zwischenergebnis	172
<i>Zusammenfassung der wichtigsten Untersuchungsergebnisse</i>	<i>173</i>
Literaturverzeichnis	181
Sachregister	191

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der seit dem 1.12.2009 geltenden Version des Vertrags von Lissabon
Anm.	Anmerkung
a.F.	alte Fassung
Art.	Artikel
Az.	Aktenzeichen
Bd.	Band
Begr.	Begründer
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckOGK	Beck'scher Online-Großkommentar
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Beschl. v.	Beschluss vom
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
C.	Codex Iustinianus
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe; dieselben
ECLI	European Case Law Identifier
EG	Europäische Gemeinschaft/EG-Vertrag in der vom 1.2.2003 bis zum 30.11.2009 geltenden Version des Vertrags von Nizza
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EuG	Europäisches Gericht
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f., ff.	folgende
FK	Frankfurter Kommentar
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GG	Grundgesetz

ggf.	gegebenenfalls
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HKK-BGB	Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB
Hrsg.	Herausgeber
Hk-BGB	Handkommentar zum BGB
IM	Immenga/Mestmäcker
Juris PK-BGB	Juris Praxiskommentar zum BGB
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KK-Kart	Kölner Kommentar zum Kartellrecht
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
LK-StGB	Leipziger Kommentar zum StGB
LM	Lindenmaier-Möhring
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MüKo	Münchener Kommentar
m.N.	mit Nachweisen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NK-BGB	Nomos-Kommentar
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW Rechtsprechungs-Report
Nr.	Nummer
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
OGH	Der Oberste Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
RG	Rechsgericht
RGRK	Reichsgerichtskommentar
Rs.	Rechtssache
Rz.	Randziffer
s./S.	siehe/Siehe
S.	Seite
SCCI	single, complex and continuous infringement
scil.	scilicet
SK-StGB	Systematischer Kommentar zum StGB
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs und des Gerichts erster Instanz
sog.	sogennante/t/n
StGB	Strafgesetzbuch
Urt. v.	Urteil vom
verbd. Rs.	verbundene Rechtssachen
vgl.	vergleiche
VO 1/2003	Verordnung (EG) Nr. 1/2003 vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln
Vol.	Volume
Vorb. v.	Vorbemerkung vor
vs.	versus
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb

WuW/E	WuW-Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
z. B.	zum Beispiel
ZweR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Im Übrigen wird auf *Hildebert Kirchner* und *Cornelie Butz*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 8. Aufl., Berlin 2015 verwiesen.

Einführung

I. Problem

Hardcore-Kartelle sind ihrer Natur nach gemeinschaftlich begangene Delikte. Kartellanten haften, wie der im Zuge der 9. GWB-Novelle eingeführte § 33d Abs. 1 Satz 1 GWB nun ausdrücklich regelt, gesamtschuldnerisch, was sich schon aus § 830 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 i. V. m. § 840 Abs. 1 BGB ergibt. Im Fokus des Schrifttums steht vor allem der Innenregress der Kartellanten.¹ Die Beteiligung² an der „gemeinschaftlich begangenen Tat“ des BGB-Deliktsrechts in ihrer kartellschadenersatzrechtlichen Einkleidung als tatbestandliche Voraussetzung der gesamtschuldnerischen Außenhaftung führt hingegen ein Schattendasein.³ Anliegen dieser Arbeit ist es, einen Beitrag zur systematischen Durchdringung der Struktur des Kartelldelikts im Schadenersatzrecht zu leisten, die angesichts der Schnelligkeit der voranschreitenden Entwicklung des Private Enforcement unter unionsrechtlichem Einfluss teilweise außer Acht gerät. Anlass zu dieser

¹ *Krüger*, Kartellregress, Baden-Baden 2010; *Hösch*, Innenausgleich, Baden-Baden 2015.

² Zur Beteiligung am Kartell im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV (unabhängig von den zivilrechtlichen oder bußgeldrechtlichen Rechtsfolgen): *Jüchser*, Die Beteiligung am Kartell, Hamburg 2014; zum Ordnungswidrigkeitenrecht: *Brunner*, Der Täterkreis im Kartellordnungswidrigkeitenrecht, Pfaffenweiler 1986; zur organhaftungsrechtlichen Dimension des Kartellverstößes: *Twelve*, Die Haftung des Vorstands für Kartellrechtsverstöße, Baden-Baden 2013; *Hack*, Vorstandsverantwortlichkeit bei Kartellrechtsverstößen, Frankfurt a. M. 2012; zur konzernrechtlichen Dimension des Kartellverstößes: *Hamann*, Das Unternehmen als Täter im europäischen Wettbewerbsrecht, Pfaffenweiler 1992; *Thomas*, Unternehmensverantwortlichkeit und -umstrukturierung nach EG-Kartellrecht, München 2005; *Blome*, Rechtsträgerprinzip und wirtschaftliche Einheit, Baden-Baden 2016; *Klotz*, Wirtschaftliche Einheit und Konzernhaftung im Kartellzivilrecht, Köln 2016; *Heinrich*, Rechtsfragen der wirtschaftlichen Haftungseinheit des europäischen Kartellbußgeldrechts, Baden-Baden 2016; *Moser*, Konzernhaftung bei Kartellrechtsverstößen, Baden-Baden 2017; v. *Laufenberg*, Kartellrechtliche Konzernhaftung, Berlin 2018; *Braun*, Das Konzept der gesamtschuldnerischen Verantwortlichkeit von Konzerngesellschaften im europäischen Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2018.

³ S. die rechtsvergleichenden, knappen Anmerkungen von *Meeßen*, Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht, S. 396 f., zur gesamtschuldnerischen Verantwortlichkeit mehrerer Kartellbeteiligter; auch *Logemann*, Schadensersatz, S. 73 f. streift die gemeinschaftliche Haftung nur.

Analyse besteht in Anbetracht der engen Verflechtung des deutschen Kartellschadenersatzrechts mit dem europäischen Kartellbußgeldrecht aufgrund der Feststellungswirkung von Bußgeldbescheiden der Kommission nach § 33b GWB für den Follow-on-Schadenersatzprozess. Sie bindet den Zivilrichter an die Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV. Dies lenkt den Blick auf die Rechtsfigur der sog. komplexen und fortdauernden Zuwiderhandlung (single, complex and continuous infringement, im Folgenden kurz: SCCI), derer sich die Kommission bedient, um mehrere per se tatbestandliche Verhaltensweisen wechselnder Beteiligter auf unterschiedlichen Produkt- und geographischen Märkten zu einer einheitlichen Zuwiderhandlung zusammenzufassen, die über einen langfristigen Zeitraum wiederholt oder fortgesetzt begangen werden. Auch die Begründung des Entwurfs der 9. GWB-Novelle nimmt mit dem neu eingeführten Begriff der Beendigung des Verstoßes im Rahmen der Verjährung nach § 33c Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 Nr. 2 GWB ausdrücklich auf die SCCI Bezug.⁴ Die Rechtsfigur ist schillernd. Unklar ist, ob sie lediglich verfahrensrechtliche Bedeutung hat, d. h. in erster Linie für die Bußgeldbemessung bzw. die Verfolgungsverjährung von Bedeutung ist, oder darüber hinaus auch den materiellen Tatbegriff des Art. 101 Abs. 1 AEUV prägt. Sofern die SCCI jedenfalls auch eine materiellrechtliche Figur ist und soweit hierzu getroffene Feststellungen der Kommission Feststellungswirkung entfalten, stellt sich die Frage, inwieweit die SCCI die zivilrechtliche gemeinschaftliche Tat im Wege der Feststellungswirkung überlagert.

Die Untersuchung entwickelt eine Problemlösung im Wege der Abschichtung der einzelnen Fragestellungen. Sie nimmt dabei zwei grundlegende Weichenstellungen vor:

Die Untersuchung geht zunächst von einer Stand-alone-Situation aus, in der der zivilrechtlichen Entscheidung kein Bußgeldbescheid vorausgeht. Der Einfluss des Bußgeldrechts auf das Zivilrecht kommt – soweit er auf die Feststellungswirkung des § 33b GWB zurückzuführen ist – erst im letzten Teil der Untersuchung zur Sprache. Die isolierte Analyse der gemeinschaftlich begangenen Tat im kartellschadenersatzrechtlichen Kontext ermöglicht Erkenntnisse darüber, inwieweit diese von der bußgeldrechtlichen Verantwortlichkeit abweicht. Der Effet utile als solcher beinhaltet keine Verpflichtung zur Übernahme unionsrechtlicher Haftungskonzepte; wie der Gesetzgeber eine unionsrechtliche Vorgabe umsetzt, ist ihm überlassen.⁵ Kartellrechtliche Ansprüche, die auf Verstößen ge-

⁴ Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zur 9. GWB-Novelle v. 7.11.2016, BT-Drs. 18/10207, S. 66.

⁵ So *Thomas/Legner*, NZKart 2016, 155, 157 im Zusammenhang mit dem Problem der Unvereinbarkeit der Haftung der wirtschaftlichen Einheit mit dem konzernrechtlichen Trennungsprinzip; s. zur selben Thematik auch: *Thomas*, Der nationale Richter als Vermittler zwischen der deutschen und europäischen Wettbewerbsrechtsordnung, Vortrag v. 8.5.2012, Juristische

gen Art. 101 Abs. 1 AEUV beruhen, dürfen nach dem Effektivitäts- bzw. Äquivalenzgrundsatz lediglich „nicht praktisch unmöglich [gemacht] oder übermäßig [erschwert]“⁶ werden; nationale Vorgaben für die Durchsetzung europarechtlich geregelter Sachverhalte dürfen darüber hinaus „nicht weniger günstig sein“⁷, als für diejenigen Sachverhalte, welche nationalen Regeln unterworfen sind. Daher ist im Einzelfall zu untersuchen, ob das Schutzniveau des nationalen Rechts hinter dem unionsrechtlich gebotenen zurückbleibt.

Die Untersuchung differenziert ferner zwischen der Frage der Betroffenheit durch Kartelleffekte als Problem der ökonomischen Wahrscheinlichkeit eines Kartelleffektes und der Zurechnung von Verantwortlichkeit für Verhaltensweisen Dritter.⁸ Hardcore-Verstöße lösen eine „Welle“⁹ möglicher Kartelleffekte aus, die u. a.¹⁰ direkte und indirekte Abnehmer der Kartellanten und – bei Preisschirmeffekten – die Abnehmer von Kartellaußenseitern schädigen können; diese gilt es systematisch zu erfassen und im Haftungsaufbau des § 33a Abs. 1 i. V. m. §§ 33 Abs. 1, 3 GWB zu verorten. Zurechnungsfragen im Sinne des § 33d Abs. 1 GWB bzw. § 830 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB hingegen stellen sich sowohl in sachlich-räumlicher, als auch in zeitlicher Hinsicht. Jenseits der Kartellgehilfenhaftung – die die Unionsgerichte in „AC Treuhand/Kommission“¹¹ bejaht haben, obgleich der Gehilfe als Nicht-Wettbewerber auf dem relevanten Markt nicht tätig war –

Studiengesellschaft, Jahresband 2012, S. 57, 69: „Die Übernahme von Begrifflichkeiten oder Rechtsfiguren aus dem EU-Recht in das nationale Recht kann nur erfolgen, wenn sich die europarechtlichen Tatbestände systematisch in die übrige nationale Gesamtrechtsordnung einfügen. Wenn der Gesetzgeber die Systemkonformität nicht sicherstellt, kann dies das gesamte Regelungsanliegen zum Scheitern bringen.“; s. auch *Tomasic*, *Effet utile*, S. 198, zum Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung von Richtlinien: „Denn die Umsetzung von Richtlinien oder die Beachtung anderer unionsrechtlicher Vorgaben in den Mitgliedstaaten wird stets in deren Rechtsordnung eingepasst werden müssen und daher zu einer unterschiedlichen Anwendung im Einzelfall führen.“

⁶ EuGH Ur. v. 5.6.2014, Rs. C 557/12, ECLI:EU:C:2014:1317, Rz. 25 m. w. N., „Kone“; s. aber zur unmittelbaren Geltung des Unionsrechts im Zusammenhang mit der Haftung der sog. wirtschaftlichen Einheit EuGH Ur. v. 14.3.2019, C-725/17, ECLI:EU:C:2019:204, Rz. 28, „Skanska“.

⁷ EuGH Ur. v. 5.6.2014, Rs. C 557/12, ECLI:EU:C:2014:1317, Rz. 25 m. w. N., „Kone“.

⁸ So *Inderst/Thomas*, *Schadensersatz bei Kartellverstößen*, 2. Aufl. 2018, S. 113.

⁹ So *Thomas*, *Schnittstellen von materiellem Recht und Verfahrensrecht*, Vortrag am 9.6.2017 an der Universität zu Köln im Rahmen der Tagung „Prozessrechtsfragen bei Kartellschäden“, Folie 7.

¹⁰ Hersteller von Komplementärgütern und Lieferanten können ebenfalls betroffen sein, s. im ersten Kapitel sub I. 3.; der hiesige Untersuchungsgegenstand ist indes – s. sogleich sub C. I. 3. – auf die nachgelagerte Marktstufe beschränkt.

¹¹ EuG Ur. v. 8.7.2008, Rs. T-99/04, Slg. 2008, II-1501–1584, Rz. 119 ff., „AC Treuhand/Kommission“; EuGH Ur. v. 22.10.2015, Az. C-194/14 P, ECLI:EU:C:2015:717, „AC Treuhand/Kommission“, Rz. 26 ff.

ist zu untersuchen, welche zurechnungsbegründenden Nexus die Gesamtverantwortung auch für Handlungen Dritter rechtfertigen, die einen fremden geographischen Markt oder Produktmarkt betreffen. Ferner ist zu erörtern, wie sich die zeitweise Beteiligung an einem langfristig bestehenden Hardcore-Delikt auf die gemeinschaftliche Verantwortlichkeit im Kartellschadenersatzrecht auswirkt. Der Zeitaspekt des gemeinschaftlich begangenen Delikts ist im Schrifttum zu § 830 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB bislang kaum vertieft worden. Er hat im Kartellschadenersatzrecht besondere Bedeutung, da nicht alle Beteiligten eines Hardcore-Kartells während des gesamten Kartellzeitraums (aktiv) an Absprachen beteiligt sind. Zu untersuchen ist, inwieweit das „Sonderdeliktsrecht“¹² des § 33d Abs. 1 GWB in der Dogmatik der gemeinschaftlich begangenen Tat verortet werden kann.

II. Gang der Untersuchung

Das erste Kapitel dient der Grundlegung. Zunächst wird der Begriff des Hardcore-Kartells erläutert und in Grundzügen die Haftungsstruktur einerseits des § 33a Abs. 1 GWB und andererseits des § 33d GWB bzw. § 830 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB erörtert. Hier ist auf das für die weitere Untersuchung relevante methodische Problem der strafrechtsakzessorischen Auslegung einzugehen.

Das zweite Kapitel widmet sich – ausgehend von sog. Preisschirmeffekten – der Haftung für typische Kartelleffekte. Im Fokus stehen dabei die Kartellbetroffenheit als Frage der ökonomischen Wahrscheinlichkeit des jeweiligen Preis- und Mengeneffekts auf nachgelagerten Marktstufen sowie die rechtliche Begrenzung der Haftung durch Adäquanzkriterien.

Das dritte Kapitel analysiert die räumlich-sachliche Dimension des Kartelldelikts sowohl unter dem Gesichtspunkt der Kartellbetroffenheit im Rahmen des § 33a Abs. 1 GWB als auch der Zurechnung von Tatbeiträgen, die auf anderen räumlichen bzw. sachlichen Märkten durch nicht an der Absprache beteiligte Unternehmen erbracht werden, im Rahmen von § 33d Abs. 1 GWB bzw. § 830 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB.

Das vierte Kapitel behandelt die zeitliche Dimension der Kartellbeteiligung im Sinne des § 33d Abs. 1 GWB bzw. § 830 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB, konkret das Problem der zeitweisen Kartellbeteiligung. Die zivilrechtliche Dogmatik der gemeinschaftlichen Tatbegehung wird auf Zurechnungskriterien hin untersucht, die die Haftung des vorzeitig aus dem Kartell ausscheidenden oder nachträglich eintretenden Beteiligten für den Gesamterfolg rechtfertigen oder ausschließen.

¹² Hierzu *Alexander*; Schadensersatz und Abschöpfung, S. 115 f.

Insoweit ist auf die im ersten Kapitel grundlegende Anleihe bei den Begriffen von Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht zurückzugreifen. Sodann sind die gefundenen Ergebnisse auf die kartellrechtliche Problematik anzuwenden. Zu erörtern ist darüber hinaus die Frage einer kartellrechtlichen Gefährdungshaftung *de lege lata* und *de lege ferenda*.

Im fünften Kapitel sind die Funktionen der SCCI zu skizzieren, wobei Gegenstand des Interesses in erster Linie die Zurechnungsfunktion der Rechtsfigur im Hinblick auf Zuwiderhandlungen Dritter in Betreff solcher Märkte ist, auf denen der Kartellant, dem die Gesamtverantwortung zugerechnet werden soll, nicht tätig ist.

Sodann wird im sechsten Kapitel erörtert, wie die SCCI in der Follow-on-Situation, d. h. im Kartellschadenersatzprozess nach ergangenem Bußgeldbescheid, im Wege der Feststellungswirkung des § 33b GWB auf das Zivilrecht Einfluss nimmt. Einzugehen ist dabei auf die Reichweite der Feststellungswirkung in räumlich-sachlicher und zeitlicher Hinsicht und die hieraus folgenden Konsequenzen für die Haftungszurechnung nach § 33d Abs. 1 GWB bzw. § 830 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB.

Die Untersuchung schließt mit der Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse.

III. Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes

Der Untersuchungsgegenstand bedarf angesichts der Fülle der Einzelfragen des Kartellschadenersatzrechts der Eingrenzung, um eine konzentrierte Auseinandersetzung mit der hiesig aufgeworfenen Problematik zu gewährleisten. Weitere Präzisierungen werden im Zusammenhang mit der jeweiligen untergeordneten Fragestellung gemacht.

Die Untersuchung beschränkt sich auf Hardcore-Kartelle und ihre Auswirkungen auf die nachgelagerten Marktstufen, d. h. Schadenersatzansprüche der unmittelbaren und mittelbaren Abnehmer der Kartellanten sowie der unmittelbaren und mittelbaren Abnehmer von Kartellaußenseitern. Die Weiterwälzung des Schadens bzw. die Passing-on-Defence findet Berücksichtigung, soweit sie für die Frage der Aktivlegitimation indirekter Abnehmer von Bedeutung ist.

Der Arbeit liegt das Recht der 9. GWB-Novelle zugrunde. Auf frühere Rechtslagen wird Bezug genommen, soweit sie zur Untersuchungsfrage beitragen. Einzelfragen des intertemporären Rechts sind nicht Gegenstand der Untersuchung.

Kollisionsrechtliche Fragen des internationalen Privatrechts bei grenzüberschreitenden Sachverhalten bleiben außer Betracht; die Untersuchung legt zugrunde, dass deutsches Recht zur Anwendung kommt.

Die Untersuchung beschränkt sich auf sachlich-gegenständliche, zeitliche und räumliche Aspekte von Hardcore-Kartellverstößen. Sie verhält sich nicht zur persönlichen Dimension des Kartellverstoßes, namentlich der Organhaftung, der Haftung im Konzern bzw. (im europäischen Bußgeldrecht) der wirtschaftlichen Einheit, außerdem nicht zu Fragen der Unternehmensumstrukturierung und ihrer Auswirkungen auf die Verantwortlichkeit für Kartellverstöße. Es wird davon ausgegangen, dass die Anspruchsgegner als Unternehmen im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB passivlegitimiert sind. Fragen der Handlungs-, Wissens- und Verschuldenszurechnung im Unternehmen bleiben außer Betracht.

Die Untersuchung verhält sich nicht zu Fragen, die den Schaden und seine Bemessung betreffen. Außer Betracht bleibt ferner der Innenausgleich zwischen den Gesamtschuldnern sowie die Kronzeugen-Problematik.

Eine eigenständige ökonomische Analyse der eingangs erwähnten Effekte von Kartellverstößen kann angesichts der Begrenzung des Untersuchungsgegenstands auf schadenersatzrechtliche Fragen nicht geleistet werden. Die Arbeit stützt sich auf die Ergebnisse der ökonomischen Literatur.

Fragen des Beweisrechts werden nur insoweit erörtert, als sie für die Analyse der materiellrechtlichen Haftungsstruktur unerlässlich sind.

1. Kapitel

Grundlegung

I. Hardcore-Kartell: Begriff, Erscheinungsformen, Auswirkungen

1. Begriff

Der Begriff des Hardcore-Kartells ist weder gesetzlich noch ökonomisch trennscharf definiert.¹³ Hierunter werden besonders wettbewerbsschädliche Vereinbarungen zwischen horizontalen Wettbewerbern im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB¹⁴ gefasst, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.¹⁵ Für eine „Vereinbarung“ im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV

¹³ *Hüschelrath, Kai/Schweitzer, Heike*, Volkswirtschaftliche und private Schäden aus Kartellverstößen, in: *Hüschelrath/Leheyda/Veit*, Schadensermittlung und Schadensersatz bei Hardcore-Kartellen, S. 19.

¹⁴ Zum gesetzlich nicht vorgegebenen, de facto aber vorhandenen Einfluss des europäischen Kartellrechts auf die Auslegung des GWB s. *Kling/Thomas*, Kartellrecht, S. 521 f.; eine vollständige Übernahme unionsrechtlicher Konzepte ist mit der Systematik des deutschen Kartellrechts nicht immer vereinbar, so dies. a. a. O.; speziell zur wirtschaftlichen Einheit, die im deutschen Recht nicht abgebildet werden kann, *Thomas/Legner*, NZKart 2016, 155 ff.

¹⁵ *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2. Aufl. 2018, S. 13 m. w. N. Der Begriff ist für derartige Absprachen international üblich, s. *Hüschelrath, Kai/Schweitzer, Heike*, Volkswirtschaftliche und private Schäden aus Kartellverstößen, in: *Hüschelrath/Leheyda/Veit*, Schadensermittlung und Schadensersatz bei Hardcore-Kartellen, S. 19f. Schwierigkeiten bereitet die Auslegung des Begriffes des „Kartells“, der in § 33a Abs. 2 S. 2 GWB als „Absprache oder abgestimmte Verhaltensweise zwischen zwei oder mehr Wettbewerbern zwecks Abstimmung ihres Wettbewerbsverhaltens auf dem Markt oder Beeinflussung der wettbewerbsrelevanten Parameter“ legaldefiniert ist. Unklar ist nämlich, ob auch Absprachen und abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken, dieser Legaldefinition zu subsumieren sind (hierzu *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2. Aufl. 2018, S. 157 f.). Darüber hinaus besteht Unklarheit darüber, ob diese Definition nur für die GWB-Normen gilt, in denen der Begriff des Kartells verwendet wird (z. B. § 33a Abs. 2 GWB), oder darüber hinaus für alle kartellschadenersatzrechtlichen Fragen, so *Thomas*, Schnittstellen von materiellem Recht und Verfahrensrecht, Vortrag vom 9.6.2017 an der Universität zu Köln im Rahmen der Tagung zu „Prozessrechtsfragen bei Kartellschäden“, Folie 6; *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2. Aufl. 2018, S. 158. Aus der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zur 9. GWB-Novelle vom 7.11.2016, BT-Drs. 18/10207, S. 56, der

bzw. § 1 GWB genügt die Herstellung der Willensübereinstimmung zwischen mindestens zwei Unternehmen hinsichtlich des gemeinsamen Verhaltens am Markt,¹⁶ die auch konkludent erfolgen kann und an keine Formanforderungen geknüpft ist¹⁷. Abzugrenzen ist die Vereinbarung vom sog. erlaubten Parallelverhalten: Eine kartellrechtswidrige Vereinbarung erfolgt im Wege der direkten Kommunikation zwischen den Wettbewerbern; im Rahmen erlaubten Parallelverhaltens agieren die Kartellanten hingegen lediglich im Bewusstsein bestehender wechselseitiger Reaktionsverbundenheit am Markt.¹⁸ Zu den Erscheinungsformen sog. Hardcore-Kartelle gehören jedenfalls auch die in § 33a Abs. 2 Satz 2 GWB¹⁹ aufgeführten Regelbeispiele für den – inhaltlich unscharfen – Begriff des „Kartells“, namentlich Preisabsprachen, Festlegungen von Produktions- und Absatzquoten, sowie Gebiets- und Kundenaufteilungen einschließlich Angebotsabsprachen.

2. Erscheinungsformen

Hardcore-Absprachen lassen sich nach Preisabsprachen und Nicht-Preisabsprachen unterscheiden.²⁰ Anreiz für diese ist jeweils die Gewinnmaximierung durch Ausschaltung von Wettbewerb.²¹ Ihr Ziel erreichen die Kartellanten zum einen über die Festlegung einheitlicher Preise und zum anderen über die Festlegung von Absatzquoten, die Aufteilung von Gebieten und Kunden sowie die Absprache ihres Bieterverhaltens. Bei klassischen Preisabsprachen vereinbaren die Kar-

zufolge die Definition des Kartells in § 33a Abs. 2 S. 2 GWB für die Zwecke des Schadenersatzes gilt, geht dies nicht eindeutig hervor.

¹⁶ Ständige Rechtsprechung, s. nur EuGH Urt. v. 15.7.1970, Rs. 41/69, Slg. 664, Rz. 112, „ACF Chemiefarma“; EuG Urt. v. 10.3.1992, Rs. T-15/89, Slg. 1992, II-1280, Rz. 301, „Chemie Linz“; EuG Urt. v. 14.10.2004, Rs. T-56/02, Slg. 2004 II-3497, Rz. 59 ff., „Bayerische Hypo“; Zimmer in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht Bd. I (EU-Kartellrecht), 6. Aufl. 2019, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rz. 68; Füller in: KK-Kart, 1. Aufl. 2016, Art. 101 AEUV Rz. 109; Stockenhuber in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU Bd. II, Lfg. 67, Juni 2019, Art. 101 AEUV Rz. 91.

¹⁷ EuGH Urt. v. 6.1.2004, verbd. Rs. C-2/01 P und C-3/01 P, Slg. 2004, I-64, Rz. 102, „BAI und Kommission/Bayer (Adalat)“; Füller in: KK-Kart, 1. Aufl. 2016, Art. 101 AEUV Rz. 109; Stockenhuber in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU Bd. II, Lfg. 67, Juni 2019, Art. 101 AEUV Rz. 95.

¹⁸ Inderst/Thomas, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 2. Aufl. 2018, S. 20 f.

¹⁹ Vgl. Art. 2 Nr. 14 der Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 26.11.2014, ABl. L 349/1 ff., im Folgenden: „EU-Kartellschadenersatzrichtlinie“.

²⁰ Inderst/Thomas, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 2. Aufl. 2018, S. 17, 19.

²¹ Inderst/Thomas, Schadenersatz bei Kartellverstößen, 2. Aufl. 2018, S. 15 f.

tellanten einen²² oder mehrere²³ einheitliche Preise.²⁴ Preiskartelle sind besonders erfolgreich, wenn die kartellierten Produkte weitgehend homogen sind und daher die Kartellstabilität nicht durch die Konkurrenz der Wettbewerber über Qualitätsstandards, Produktmerkmale oder Nebenleistungen gefährdet wird.²⁵ Teilen die Kartellanten den Markt untereinander auf, indem sie Produktions- und Absatzquoten festlegen, sowie Gebiets- und Kundenaufteilungen vornehmen, können sie innerhalb eines bestimmten Zuständigkeitsbereichs als Monopolist auftreten.²⁶ Dies ermöglicht eine Preiserhöhung ohne direkte Absprache über den Preis; daneben können solche Vereinbarungen auch der besseren Implementierung einer Preisabsprache dienen.²⁷ Bei Bieterkartellen²⁸ erfolgt die Absprache über die Festlegung eines bestimmten Bieters, der im Rahmen einer Ausschreibung mit seinem Gebot erfolgreich sein soll. Eine solche sog. Submissionsabsprache bewirkt die Zuteilung einzelner Projekte an einen bestimmten Wettbewerber.

3. Auswirkungen

Zu den potentiell durch ein Kartell geschädigten Wirtschaftssubjekten gehören solche auf den vor- und nachgelagerten Marktstufen, d. h. Zulieferer und unmittelbare bzw. mittelbare Abnehmer, daneben die Hersteller von Komplementärgütern sowie auch die Hersteller von Substituten, die am Kartell nicht beteiligt sind.^{29,30} Im Fokus dieser Untersuchung stehen – wie einfühend sub III. erwähnt

²² Vgl. die Vorgehensweise des Lysin-Kartells, dessen Mitglieder einen Weltpreis für Lysin festsetzen, s. Kommission, 7.6.2000, Fall COMP/36.545/F3, Rz. 52, 186, 195, „Aminosäuren“.

²³ Z. B. einen diskontierten Preis für Großkunden und einen regulären Preis, Kommission, 5.12.2001, Fall COMP/E-1/36.604, Rz. 8, „Zitronensäure“.

²⁴ S. hierzu *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2. Aufl. 2018, S. 18. unter Hinweis auf das Aminosäuren-Kartell (Fn. 22) und das Zitronensäure-Kartell (Fn. 23).

²⁵ *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2. Aufl. 2018, S. 18; *Harrington, JR.*, How Do Cartels Operate?, in: *Foundations and Trends in Microeconomics* 2006, S. 9 ff.

²⁶ *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2. Aufl. 2018, S. 19 f.

²⁷ *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2. Aufl. 2018, S. 19 f.

²⁸ *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2. Aufl. 2018, S. 29 f. Gegenstand von Bieterkartellen sind typischerweise heterogene Produkte, *Riesenkampff/Steinbarth* in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann*, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, FKVO Art. 2 Rz. 150 m.N.; vgl. das Bieterkartell für Fahrtreppen: LG Berlin Ur. v. 6.8.2013, Az. 16 O 193/11 Kart, juris, „Fahrtreppen“.

²⁹ *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2. Aufl. 2018, S. 38 ff. m. w. N.

³⁰ Zum volkswirtschaftlichen Wohlfahrtsverlust, sog. „deadweight loss“: *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2. Aufl. 2018, S. 33 m. w. N. in Fn. 115. Zu weiteren Auswirkungen von Kartellen auf die produktive und dynamische Effizienz von Unternehmen sowie

– die Auswirkungen von Kartellen auf die nachgelagerte Marktstufe, bei den unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern der Kartellanten sowie den Kartellaußenseitern.

Die primären Schadenswirkungen von Kartellen bei einer Preisabsprache lassen sich durch drei Effekte beschreiben:³¹ Die Preiserhöhung für ein homogenes Gut führt erstens zu einem Preisüberhöhungs- oder Kosteneffekt, d. h. die Abnehmer müssen für jede Produkteinheit mehr bezahlen als im Fall des Nichtvorhandenseins des Kartells; dieser kartellbedingte Preisaufschlag bildet die Ursache für Preishöhenschäden (*damnum emergens*)³² der Kartellabnehmer. Zweitens tritt ein sog. Mengeneffekt ein: Die betroffenen Unternehmen werden angesichts der Preiserhöhung eine geringere Menge nachfragen und auf Substitute ausweichen; aufgrund der Verringerung ihres eigenen Absatzes kann ihnen auf einem nachgelagerten Markt Gewinn (*lucrum cessans*)³³ entgehen. Auch die Zulieferer der Kartellanten können, da die zuwiderhandelnden Unternehmen eine geringere Menge nachfragen, geschädigt sein.³⁴ Die unmittelbaren Abnehmer können drittens ihren entgangenen Gewinn dadurch minimieren, dass sie den Preisaufschlag an ihre eigenen Abnehmer weiterreichen, sog. Pass-on-Effekt.

auf die Marktstruktur *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2. Aufl. 2018, S. 41 ff.

³¹ *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2. Aufl. 2018, S. 36 f.

³² *Monopolkommission*, Sondergutachten 72, S. 37 f.; *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2. Aufl. 2018, S. 69. Ein Preisüberhöhungsschaden kann ferner aus zusätzlichen Kosten der Nachfrager wegen Ausweichens auf andere Produkte minderer Qualität oder auf Eigenfertigung entstehen, dies., a. a. O., unter Hinweis auf *Rauh, Jens Ole/Zuchandke, Andy/Reddemann, Sebastian*, WRP 2012, 173, 175.

³³ *Monopolkommission*, Sondergutachten 72, S. 37 f.; *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2. Aufl. 2018, S. 70. Die Berücksichtigung künftiger entgangener Gewinne (insbesondere im Zusammenhang mit Nachwirkungen nach Beendigung des Kartells (s. hierzu im 2. Kapitel sub III.) bejahend: *Logemann*, Schadensersatz, S. 435 ff.; so wohl auch *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2. Aufl. 2018, S. 70. Die Ersatzfähigkeit von Nutzungsausfallschäden infolge des unterbliebenen Erwerbs eines kartellbedingt verteuerten Gutes bezweifeln *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2. Aufl. 2018, S. 70; so auch *Meeßen*, Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht, S. 402 ff.; a. A. *Monopolkommission*, Sondergutachten 72, S. 38 f.

³⁴ *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2. Aufl. 2018, S. 40.

Sachregister

7. GWB-Novelle 12, 15, 26, 156, 157, 160
9. GWB-Novelle 1, 5, 14, 19, 21, 56, 57,
59, 155, 158, 173
- AC Treuhand 3, 82, 84, 85, 86, 87, 141,
142, 143, 185, 187, 189
- Adäquanz 41, 43, 44, 45, 46, 64, 68, 72, 89,
174
- Aktionsfeld 34, 90, 91, 94, 95, 175, 176
- Anscheinsbeweis 20, 21, 22, 63, 73, 76
- Anstiftung 31
- Beendigung 2, 10, 51, 52, 53, 54, 55, 56,
57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 75, 115,
117, 119, 137, 148, 151, 174, 177, 178
- Beihilfe 31, 85, 87, 90, 91, 93, 99, 106, 118,
121, 183, 189
- Betroffenheit s. Kartellbetroffenheit
- Cheating 21, 28, 66, 67, 68, 69, 73, 74, 75,
76, 77, 114, 173
- Compliance 129, 130, 177, 181, 183, 184,
187
- conspiracy 149, 150
- Courage 15, 24, 149
- Dauerdelikt 171
- Dauerhandlung 57, 58
- Distanzieren 60, 72, 98, 111, 112, 113, 115,
117, 137, 148, 151, 152, 153, 166, 170,
171, 172, 177, 178, 179, 183
- Effet utile 2, 3, 22, 46, 128, 155, 172, 178,
179, 189
- eigene Willensentscheidung des Geschädig-
ten 48, 65
- eigenverantwortliche Selbstgefährdung 69
- einheitliche Zuwiderhandlung 94, 134, 135,
136, 139, 140
- EU-Kartellschadensersatzrichtlinie 8, 13,
20, 24, 25, 26, 27, 56, 126, 155, 158, 162,
163, 164
- Eventualvorsatz 110, 115, 176, 177
- Exzess 81, 107, 108, 116, 117
- Fahrlässigkeit 19, 27, 65, 73, 91, 108, 109,
129, 169
- Gefährdungshaftung 5, 13, 30, 98, 105, 108,
124, 125, 127, 128, 129, 147, 150, 151,
153, 172, 177, 179, 182
- Gesamtplan 60, 66, 120, 137, 138, 144, 166,
167, 168, 178
- Hardcore-Kartell 1, 5, 7, 8, 21, 27, 52, 57,
79, 125, 153
- hypothetische Reserveursache 38, 175
- Informationsaustausch 87
- Kartellaußenseiter 10, 22, 25, 37, 41, 42,
43, 44, 47, 48, 55, 63, 67, 70, 72, 73, 77,
78, 81, 88, 89, 90, 115, 174, 177
- Kartellbefangenheit 20, 21, 22, 23, 73
- Kartellbetroffenheit 4, 14, 19, 20, 22, 23,
42, 43, 73, 77, 80
- Kartelldisziplin 41, 66, 67, 68, 69, 72, 73,
174
- Kausalitätsgegenbeweis 30, 31, 38, 175
- Kompensation 11, 12, 13, 46, 64, 71, 177,
182
- Kone 3, 16, 19, 20, 22, 23, 25, 27, 43, 44,
47, 48, 50, 78, 81, 91, 156
- Lottoblock 16, 18, 51, 57, 111, 112, 157,
158, 162, 165, 173
- Manfredi 13, 16

- Mengeneffekt 10
 Milchbauern-Blockade 98, 105, 106, 107, 108, 116
 Mittäter 30 f., 33, 35, 81, 83, 94, 98 f., 106, 108 ff., 110, 118 ff., 169, 176, 181 ff., 190
 Nachwirkungen 10, 25, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 74, 75, 77, 173, 174, 175, 184
 Nebentäter 92, 109, 181
 ORWI 16, 23, 24, 28, 51, 53, 54, 174, 185
 Otis 16
 Parallelverhalten 8, 52, 65, 74, 75, 89, 136
 Passing-on-Defence 5, 23, 24
 Pass-on-Effekt 10, 23, 25
 potentieller Wettbewerber 84, 92, 93
 Präventionszweck 12, 13, 72, 130
 Preisabsprache 8, 9, 10, 57, 67, 88, 90
 Preiseffekt 42
 Preiskartell 9, 66, 67, 75, 174
 Preisschirmeffekte 16, 41, 42, 43, 45, 46, 47, 48, 50, 55, 76, 78, 79, 80, 81, 90, 91, 95, 174, 181
 Quotenkartell 66, 67, 75, 76, 164, 165, 178
 rechtmäßiges Alternativverhalten 39, 71, 183
 Restwettbewerb 67, 75, 77, 174
 SCCI 2, 5, 59, 60, 61, 66, 117, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 155, 156, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 177, 178, 179
 Schadensvermutung 19, 21, 173
 Schlägerei 101, 102, 103, 104, 123, 124, 149, 187, 189, 190
 Selbständigkeitspostulat 84, 85, 152
 Simultaneitätssprinzip 119
 strafrechtsakzessorische Auslegung 31
 Substitute 9 f., 42, 45, 46, 55, 80, 89
 Substitutionswettbewerb 80
 Verjährung 2, 57, 59, 60, 61, 116, 117, 118, 148, 177, 181, 187
 Verschuldensprinzip 101, 105, 124, 125, 126, 131, 176, 177
 Verursachungsgrundsatz 29, 30, 34
 wiederholte Handlungen 58
 Willensentscheidungen Dritter 89