

Die 9. GWB-Novelle

Bearbeitet von
Prof. Dr. Christian Kersting, Prof. Dr. Rupprecht Podszun

Unternehmen im Sinne des § 33a Abs. 1 S. 2 GWB um ‚Wettbewerber‘. Es ist also vor diesem Hintergrund durchaus denkbar, auch einen Großhändler und einen Zwischen- oder Einzelhändler als Wettbewerber zu betrachten, wenn diese ohne Unterschied an alle Kunden verkaufen. Anders ist es, wenn Großhändler etwa nicht an Endkunden verkaufen, sondern nur an Zwischenhändler. Dies entspricht auch der Definition in Art. 1 Abs. 1 lit. c) VO 330/2010/EU (Vertikal-GVO), welche alleine von „[...] Unternehmen, das auf demselben relevanten Markt tätig ist [...]“, spricht, ohne die Absatzstufe zu berücksichtigen.⁹⁷

Neben den Absprachen sind auch abgestimmte Verhaltensweisen, **nicht aber Beschlüsse** von Unternehmensvereinigungen erfasst⁹⁸. Zu überlegen ist freilich, die Vermutung auf Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen dann analog anzuwenden, wenn diese das Horizontalverhältnis zwischen Wettbewerbern betreffen und eine Verhaltensabstimmung bewirken⁹⁹. Hiergegen spricht jedoch, dass nach Erwägungsgrund 47 der Richtlinie der Grund für die Beschränkung der Vermutung auf Kartelle darin zu sehen ist, dass „diese durch ihren geheimen Charakter die **Informationsasymmetrie** verstärken und es dem Kläger erschweren, die für den Nachweis des Schadens erforderlichen Beweise zu erbringen“. Ein offizieller Beschluss von Unternehmensvereinigungen ist eben nicht in gleichem Maße geheim wie Kartellabreden oder abgestimmte Verhaltensweisen. Es wird jedoch stets zu prüfen sein, inwiefern mit solchen Beschlüssen gleichzeitig auch Abreden und abgestimmte Verhaltensweisen verbunden sind¹⁰⁰.

§ 33a Abs. 2 S. 3 GWB konkretisiert die Definition des S. 2 durch eine nicht abschließende („unter anderem“) Aufzählung von vier Beispielen. Diese betreffen Preis- oder Konditionenabsprachen (Nr. 1), die Aufteilung von Produktions- oder Absatzquoten (Nr. 2), Marktaufteilungen, Angebotsabsprachen sowie Einfuhr- und Ausfuhrbeschränkungen (Nr. 3) und gegen andere Wettbewerber gerichtete wettbewerbsschädigende Maßnahmen (Nr. 4). Diese Beispiele beschreiben sämtlich **horizontale Kernbeschränkungen**, woraus man folgern kann, dass sonstige nicht bezweckte horizontale Beschränkungen nicht erfasst sein sollen¹⁰¹.

⁹⁷ Vgl. im anderen Kontext *Bechtold/Bosch* GWB § 1 Rn. 48.

⁹⁸ *Lettl* WRP 2015, 537 (539 Rn. 10).

⁹⁹ Vgl. *Lettl* WRP 2015, 537 (539 Rn. 10) der die Beschränkung der Definition nicht für überzeugend hält. Siehe auch Fn. 100.

¹⁰⁰ Die drei Tatbestandsvarianten lassen sich nicht immer trennscharf unterscheiden, siehe etwa *Immenga/Mestmäcker/Emmerich* AEUV Art. 101 Abs. 1 Rn. 81, *Dauses/Emmerich* Hdb. des EU-Wirtschaftsrechts H. I. § 2 Rn. 21 f. [40. Lfg., Juni 2016]; *L/M/R/K/M-L/Grave/Nyberg* AEUV Art. 101 Abs. 1 Rn. 216 f. [selbstständig trotz Überschneidungen]; *Mestmäcker/Schweitzer* Europäisches Wettbewerbsrecht § 10 Rn. 37; von der Groeben/Schwarze/Hatje/Schröter/*Voet van Vormizeele* AEUV Art. 101 Rn. 48, 51; *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Stockenhuber* AEUV Art. 101 Rn. 89 [60. EL, 2016]; vgl. auch EuGH, 04.09.2009, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 23 – *T-Mobile Netherlands*, EuZW 2009, 505; EuGH, 08.07.1999, Rs. C-49/92 P, ECLI:EU:C:1999:356, Rn. 131 – *Anic Partecipazioni*, Slg. 1999 I-4162.

¹⁰¹ *Brömmelmeyer* NZKart 2016, 2 (3).

Umgekehrt liegt es aufgrund des Beispielscharakters der Aufzählung nahe, sonstige horizontale Kernverstöße zu erfassen¹⁰².

4. Widerlegung der Vermutung

- 55 Die Kartellbeteiligten als Anspruchsgegner können sich auf zweierlei Weise gegen die Vermutung wehren. Zum einen können sie die Vermutungsbasis angreifen und zeigen, dass die Voraussetzungen der Vermutung nicht vorliegen. Da diese Voraussetzungen von den Anspruchstellern zu beweisen sind, genügt es für die Anspruchsgegner insofern, den **Gegenbeweis** zu führen und die Überzeugung des Gerichts vom Vorliegen der Voraussetzungen zu erschüttern¹⁰³. Gelingt dies nicht, kann gegen das Eingreifen der Vermutung selbst der Beweis des Gegenteils geführt werden, sofern es sich um eine widerlegliche Vermutung handelt (vgl. § 292 S. 1 ZPO). § 33a Abs. 2 S. 1 GWB erklärt die Schadensvermutung explizit für widerleglich, so dass den Anspruchsgegnern in der Tat der Weg offen steht, den Beweis des Gegenteils zu führen. Das Gericht muss in diesen Fällen davon überzeugt werden, dass das Gegenteil der Vermutung richtig ist, dass die vermutete Tatsache oder das vermutete Recht nicht besteht¹⁰⁴. Erforderlich ist die volle Überzeugung des Gerichts von der Wahrheit, ohne dass dies eine mathematische Gewissheit erfordern würde, die jede andere Möglichkeit ausschließt. Nötig ist eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit.¹⁰⁵
- 56 Um die gesetzliche Vermutung, dass ein Kartell einen Schaden verursacht, auszuräumen, muss ein beklagter Kartellbeteiligter also den **Vollbeweis führen** und das Gericht davon überzeugen, dass das Kartell keinen Schaden verursacht hat. Da sich die Vermutung wie oben gezeigt auf alle Schadensarten erstreckt, muss der Beweis des Gegenteils zeigen, dass in Bezug auf keine dieser Schadensarten ein Schaden entstanden ist. Der Kartellant muss also nachweisen, dass weder ein Preiserhöhungsschaden noch ein Mengenschaden noch ein Preisschirmeffekt noch eine Schädigung von Wettbewerbern vorliegt. Dabei ist es eine gute Ausgangsposition für den vollständigen Beweis des Gegenteils, wenn es gelingt nachzuweisen, dass kein Preiserhöhungsschaden entstanden ist. Schließlich bauen jedenfalls der Mengenschaden sowie der Preisschirmeffekt häufig auf dem Preiserhöhungsschaden auf.

¹⁰² Siehe *Galle* NZKart 2016, 214 (219), der es freilich für offen hält, ob sonstige horizontale Kernverstöße wie zum Beispiel der per se unzulässige Informationsaustausch erfasst sind.

¹⁰³ Prütting/Gehrlein/Laumen ZPO § 292 Rn. 5.

¹⁰⁴ BGH 04.02.2002, II ZR 37/00, NJW 2002, 2101 (2102); BGH, 18.06.2002, VI ZR 448/01, NJW 2002, 3027 (3028); BGH, 16.10.2003, IX ZR 55/02, NJW 2004, 217 (219); Prütting/Gehrlein/Laumen ZPO § 284 Rn. 15, § 292 Rn. 5.

¹⁰⁵ Siehe nur Prütting/Gehrlein/Laumen ZPO § 286 Rn. 24 mwN.

Auf den ersten Blick mag es unangemessen harsch erscheinen, von dem Anspruchsgegner zu verlangen, für den Beweis des Gegenteils jede denkbare Schadensmöglichkeit auszuschließen. Es lässt sich argumentieren, dass der Anspruchsgegner den Beweis des Gegenteils nur insoweit führen muss, als der Anspruchsinhaber einen **Schaden behauptet**, so dass bei einem behaupteten Preisschirmeffekt nur zu beweisen wäre, dass es an einem solchen fehlt und nicht auch dass es schon an einer Preiserhöhung fehlt. Dies würde jedoch zum einen nicht berücksichtigen, dass eine gesetzliche Vermutung unabhängig davon greift, ob die begünstigte Partei den Inhalt der Vermutung vorträgt oder sich hierauf beruft¹⁰⁶. Zum anderen kann der Umstand, dass es dem Anspruchsgegner gelungen ist, in Bezug auf einige Schadensmöglichkeiten zu zeigen, dass diese keinen Schaden hervorgerufen haben, im Rahmen der **Schadensschätzung** gemäß § 287 ZPO berücksichtigt werden. In diesem Rahmen kann, ohne dass das Fortbestehen und Eingreifen der Vermutung in Zweifel gezogen würde, berücksichtigt werden, dass der Anspruchsgegner bewiesen hat, dass bestimmte Schadensarten konkret nicht zum Tragen gekommen sind. Diese Schadensarten können dann auch nicht zur Grundlage von einer Schadensschätzung gemacht werden. Soweit in Bezug auf andere Schadensarten der Beweis, dass diese im konkreten Fall nicht zu einem Schaden geführt haben, nicht gelungen ist, kann das Gericht in Bezug auf diese den entstandenen Schaden schätzen. Diese Differenzierung trägt auch der Unterscheidung des Gesetzes Rechnung, welches im Hinblick auf die Existenz eines Schadens eine Vermutung anordnet und im Hinblick auf die Schadenshöhe lediglich eine Schätzmöglichkeit eröffnet.

Die Regierungsbegründung geht davon aus, dass die Vermutung beispielsweise durch den Nachweis widerlegt werden könne, dass die Preiserhöhung weitergegeben wurde¹⁰⁷. Dies zeigt einerseits, dass die Vermutung als ausgesprochen stark verstanden wird. Die Möglichkeit, dass es nicht zu einer Preiserhöhung gekommen ist, wird noch nicht einmal in Betracht gezogen. Hieran ist auch richtig, dass es als ausgesprochen schwierig eingeschätzt wird, mit statistischen Methoden einen Schaden mit hinreichender Sicherheit auszuschließen. Es reicht eben nicht aus, zu zeigen, dass der Schaden mit hoher Wahrscheinlichkeit bei Null liegt, solange auch noch eine gewisse, nicht zu vernachlässigende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass der Schaden größer als Null ist. Andererseits scheint das Beispiel der Regierungsbegründung falsch gewählt. Der Nachweis, dass ein Schaden abgewälzt wurde, ist eben kein Nachweis dafür, dass kein Schaden entstanden ist. Ein Schaden, der abgewälzt wurde, muss zunächst einmal **entstanden sein**¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Prütting/Gehrlein/Laumen ZPO § 292 R.n. 4. Siehe auch BGH, 09.10.2009, V ZR 178/08, Rn. 13, NJW 2010, 363 (364).

¹⁰⁷ Regierungsbegründung (Fn. 1), S. 55 f.; zustimmend *Lettl* WM 2016, 1961.

¹⁰⁸ *Kersting* VersR 2017, 581 (583); *Kersting/Preuß* WuW-Onlinebeitrag vom 15.8.2016, WuW 1211285, L1, L4 [Druckfassung WuW 2016, 394].

III. Schadensumfang, § 33a Abs. 3 GWB

- 59 Die Schadensvermutung erstreckt sich nicht auf den Umfang des Schadens¹⁰⁹. Der Anspruchsteller ist daher im Ausgangspunkt gezwungen, die Höhe seines Schadens **vollumfänglich nachzuweisen**¹¹⁰. Dieser Nachweis wird ihm durch § 33a Abs. 3 GWB, der hinsichtlich der Schadensbemessung § 287 ZPO für anwendbar erklärt, erleichtert. § 287 Abs. 1 S. 1 ZPO erlaubt dem Gericht, über die Höhe eines Schadens „unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung“ zu entscheiden. Damit werden die Anforderungen an die richterliche Überzeugung verringert, das Beweismaß wird reduziert. Nicht erforderlich ist die volle Überzeugung des Gerichts, sondern es genügt eine überwiegende Wahrscheinlichkeit, die allerdings auf gesicherter Grundlage beruhen muss¹¹¹. Im Grundsatz obliegt es daher dem Anspruchsteller, Anknüpfungstatsachen für die Schätzung darzulegen¹¹².
- 60 Die Anwendung von § 287 ZPO war auch schon nach altem Recht geboten (vgl. § 33 Abs. 3 Satz 3 GWB a.F.). Während jedoch nach altem Recht § 287 ZPO insgesamt Anwendung fand und damit sowohl hinsichtlich des Ob eines Schadens als auch hinsichtlich der Schadenshöhe zu beachten war, ist er nach neuem Recht auf die **Bemessung der Schadenshöhe** beschränkt. Für die Frage der Schadensentstehung streitet jetzt eine Vermutung. Dies führt dazu, dass eine Schadensschätzung zwingend zu der Annahme eines Schadens führen muss, der größer als Null ist. Anderenfalls würde die Vermutungswirkung über die Schadensschätzung ausgehebelt. Vor diesem Hintergrund erscheint es als ausgeschlossen, dass ein Gericht die Schadensschätzung und damit letztlich die Gewährung eines Schadensersatzanspruches mit der Begründung vollständig verweigert, für eine Schätzung gebe es keine gesicherte Grundlage. Es ist daher davon auszugehen, dass die Gerichte für solche Fälle Kriterien für die Schadensschätzung entwickeln werden müssen, die letztlich auch in Richtung auf die Schätzung eines Mindestschadens gehen werden.¹¹³ Dabei werden die Gerichte den unterschiedlichen Schadensarten Rechnung zu tragen haben¹¹⁴. Eine jüngere Entscheidung des BGH, die freilich noch vor Ablauf der Umsetzungsfrist und Inkrafttreten der

¹⁰⁹ Siehe oben Rn. 40 ff.

¹¹⁰ Zum Schadensnachweis ausführlich *Brömmelmeyer* NZKart 2016, 2 ff.

¹¹¹ BGH, 16.10.2001, VI ZR 408/00, BGHZ 149, 63 (66); BGH, 08.06.2001, VI ZR 230/03, BGHZ 159, 254 (257); Prütting/Gehrlein/Laumen ZPO § 287 Rn. 18.

¹¹² OLG Düsseldorf, 09.04.2014, VI-U (Kart) 10/12, NZKart 2014, 280 (284); *Bernhard* NZKart 2013, 488; *Fritzsche/Klöppner/Schmidt* NZKart 2016, 412 (418); *Palandt/Grüneberg* § 252 Rn. 4; *Inderst/Thomas*, Schadensersatz (Fn. 30), S. 213; *L/M/R/K/M-L/Jaeger* AEUV Art. 101 Abs. 2 Rn. 72; *Kersting* WuW 2014, 564 (573); *Keßler* VuR 2015, 83 (86) [mit Bezug auf die RL]; *KölnKomm KartR/Krohs* GWB § 33 Rn. 218 f.; *Makatsch/Mir* EuZW 2015, 7 (8); *Berg/Mäsch/Mäsch*, § 33 GWB Rn. 78; *Schweitzer* NZKart 2014, 335 (337) [mit Bezug auf die RL].

¹¹³ *Kersting* LMK 2016, 382038, unter 2c); *Kersting/Preuß* WuW-Onlinebeitrag vom 15.8.2016, WuW 1211285, L1, L3 [Druckfassung WuW 2016, 394].

¹¹⁴ Siehe oben Rn. 40 ff.

9. GWB-Novelle ergangen ist, weist dabei bereits in Richtung auf die Schätzung eines Mindestschadens¹¹⁵.

Hinzuweisen ist noch darauf, dass die Kommission einen praktischen Leitfaden herausgegeben hat, der den Gerichten die **Ermittlung des Schadensumfangs** erleichtern soll¹¹⁶. Darüber hinaus sieht § 90 Abs. 5 GWB vor, dass das Bundeskartellamt „auf Antrag eines Gerichts, das über einen Schadensersatzanspruch nach § 33a Absatz 1 Satz 1 zu entscheiden hat, eine Stellungnahme zur Höhe des Schadens abgeben [kann], der durch den Verstoß entstanden ist“.

Die weitere Regelung in § 33a Abs. 3 GWB entspricht dem bisherigen S. 3 des § 33 Abs. 3 GWB a.F. Demzufolge kann bei der Schadensschätzung der **anteilige Gewinn** berücksichtigt werden, den der Rechtsverletzer durch den Verstoß gegen § 33a Abs. 1 GWB erlangt hat (§ 33a Abs. 3 S. 2 GWB). Dabei ist zu beachten, dass die Verwendung des Begriffs ‚Rechtsverletzer‘, der in § 33 Abs. 1 GWB definiert ist, die Berücksichtigung des anteiligen Gewinns in Fällen ausschließt, in denen Schadensersatzanspruch wegen Verstoßes gegen eine Verfügung der Kartellbehörde verlangt wird¹¹⁷.

IV. Verzinsung von Geldschulden, § 33a Abs. 4 GWB

Gemäß § 33a Abs. 4 S. 1 GWB hat der Schuldner Geldschulden nach § 33a Abs. 1 ab **Eintritt des Schadens** zu verzinsen. Auf Verzug oder Rechtshängigkeit kommt es daher insofern nicht an. Diese Regelung entspricht dem bisherigen § 33 Abs. 3 S. 4 GWB a.F.¹¹⁸

§ 33a Abs. 4 S. 2 GWB ordnet sodann die entsprechende Anwendung der §§ 288, 289 S. 1 BGB an. Auch dies entspricht dem bisherigen Recht (vgl. § 33 Abs. 3 S. 5 GWB a.F.)¹¹⁹. Der Verweis auf § 288 BGB regelt die Höhe des Zinssatzes. Dieser beträgt grundsätzlich **fünf Prozentpunkte über dem Basiszinssatz** (§ 288 Abs. 1 S. 2 BGB). Da es sich um einen Schadensersatzanspruch handelt, greift der erhöhte Zinssatz von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz (§ 288 Abs. 2 BGB) nicht ein¹²⁰. Zu beachten ist aber, dass der Gläubiger aus einem anderen Rechtsgrund höhere Zinsen verlangen kann (§ 288 Abs. 3 BGB) und dass die Geltendmachung eines weiteren Schadens nicht ausgeschlossen ist (§ 288 Abs. 4 BGB). Der Verweis auf § 289 S. 1 BGB erklärt das Zinseszinsverbot für anwendbar.

¹¹⁵ BGH, 12.07.2016, KZR 25/14 – *Lottoblock II*, NZKart 2016, 436 (441); hierzu *Kersting* LMK 2016, 382038, unter 2c).

¹¹⁶ Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_en.html (letzter Abruf am 9.3.2017).

¹¹⁷ Siehe oben Rn. 7 ff.

¹¹⁸ So auch *Lettl* WM 2016, 1961 (1962).

¹¹⁹ So auch *Lettl* WM 2016, 1961 (1962).

¹²⁰ *Bechtold/Bosch* GWB § 33 Rn. 36.

C. Bindungswirkung von Entscheidungen einer Wettbewerbsbehörde, § 33b GWB

65 § 33b GWB ordnet die Bindungswirkung von Entscheidungen einer Wettbewerbsbehörde für den Zivilprozess an. Geschädigten wird so ermöglicht, auf der Entscheidung der Wettbewerbsbehörde aufzubauen. Die Norm ist damit die Grundlage für die sogenannten follow-on-Klagen, die von Geschädigten im Anschluss an Bußgeldentscheidungen der Wettbewerbsbehörden erhoben werden. Flankiert wird die **Bindungswirkung** des § 33b GWB durch § 33h Abs. 6 GWB¹²¹, der die Verjährung der Schadensersatzansprüche während des Verfahrens der Wettbewerbsbehörden hemmt und erst ein Jahr nach Abschluss des Verfahrens wieder einsetzen lässt. Damit wird den Geschädigten durch den Gesetzgeber bewusst die notwendige Zeit eingeräumt, die bindende Entscheidung der Wettbewerbsbehörde abzuwarten. Neu ist, dass diese Norm nun auch Bedeutung für die Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB hat. Eine Entscheidung nach § 33b GWB lässt die – auf 7 Jahre verlängerte – Frist für die Durchführung einer Vorteilsabschöpfung neu beginnen (§ 34 Abs. 5 GWB).

I. Keine Rechtsänderung

66 § 33b GWB greift den bisherigen § 33 Abs. 4 GWB auf. Die vorgenommenen Änderungen sind dabei marginal. Im Einklang mit dem neuen § 33 Abs. 1 GWB, der sich im Hinblick auf das deutsche Recht nicht mehr auf Verstöße gegen eine Vorschrift des GWB, sondern nur noch auf **Verstöße gegen den ersten Teil des GWB** (§§ 1 bis 47l GWB) bezieht, schränkt auch § 33b GWB die Bindungswirkung entsprechend ein. Eine inhaltliche Änderung ist damit jedoch nicht verbunden (siehe oben Rn. 5). Weitere Änderungen wie die Einfügung des Wortes „so“ in S. 1 sowie die Kürzung des S. 3 um den Verweis auf Art. 16 Abs. 1 S. 4 der VO 1/2003 führen ebenfalls nicht zu einer Änderung gegenüber dem bisherigen Recht¹²².

II. Bindende Entscheidungen

67 Inhaltlich bindet § 33b GWB Gerichte, die über eine Schadensersatzklage zu entscheiden haben, an die Feststellung des Verstoßes durch bestimmte Institutionen. Auf der Tatbestandsseite fällt auf, dass sich die Bindungswirkung nicht auf Klagen nach § 33a Abs. 1 GWB beschränkt, sondern **allgemein für Schadensersatzklagen** gilt, die „wegen eines Verstoßes gegen eine Vorschrift dieses Teils oder gegen Art. 101

¹²¹ Siehe dazu *Ollerdifßen* Kap. 11 Rn. 36 ff.

¹²² Es kommt damit insgesamt nicht zu einer Rechtsänderung, vgl. Regierungsbegründung (Fn. 1), S. 56; *Bechthold* NZKart 2016, 391 (393); *Kersting/Preuß* WuW-Onlinebeitrag vom 15.8.2016, WuW 1211285, L1, L4 [Druckfassung WuW 2016, 394]; *Lettl* WM 2016, 1961 (1962); *Petrasincu* WuW 2016, 330 (331).

oder 102“ AEUV erhoben werden. Sie erstreckt sich damit auch auf Schadensersatzklagen nach ausländischem Recht, die vor deutschen Gerichten wegen eines Verstoßes gegen deutsches oder europäisches Kartellrecht erhoben werden. Die Gerichte sind gebunden an bestandskräftige Entscheidungen der (deutschen) Kartellbehörde sowie der Europäischen Kommission. Sie sind ebenfalls gebunden an bestandskräftige Entscheidungen von Wettbewerbsbehörden (bzw. der als solche handelnden Gerichte) aus anderen EU-Mitgliedstaaten. In allen Fällen gilt die Bindungswirkung auch für rechtskräftige gerichtliche Entscheidungen, mit denen über eine Anfechtung der vorgenannten Entscheidungen entschieden wurde (§ 33b S. 2 GWB).

Die Bindungswirkung erstreckt sich damit auch auf Entscheidungen EU-ausländischer Wettbewerbsbehörden, allerdings nur insoweit, als diese einen Verstoß gegen deutsches oder europäisches Recht festgestellt haben¹²³. Dies eröffnet Geschädigten aus einem anderen EU-Mitgliedstaat, die sich damit auch in Deutschland auf Entscheidungen der heimischen Wettbewerbsbehörde zum deutschen oder europäischen Recht berufen können, einen erleichterten Zugang zu deutschen Gerichten und steigert die Attraktivität Deutschlands als Forum für Kartellschadensersatzklagen¹²⁴. 68

Von der Bindungswirkung nicht erfasst sind Entscheidungen von Wettbewerbsbehörden aus anderen EU-Mitgliedstaaten zu einem ausländischen Recht. Allerdings sieht Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie vor, dass die Feststellung von Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht in einer bestandskräftigen Entscheidung aus einem anderen EU Mitgliedstaat jedenfalls den **Beweis des ersten Anscheins** dafür begründet, dass eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht begangen wurde. Daher müssen jedenfalls Entscheidungen von einer Wettbewerbsbehörde eines EU-Mitgliedstaates zum Kartellrecht dieses oder eines anderen EU-Mitgliedstaates¹²⁵ entsprechend als Anscheinsbeweis gewürdigt werden¹²⁶. 69

¹²³ Grünberger, in Möschel/Bien/Grüneberger, Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen, 2010, S. 134 (182); Kersting/Preuß WuW-Onlinebeitrag vom 15.8.2016, WuW 1211285, L1, L4 [Druckfassung WuW 2016, 394.

¹²⁴ Kritisch Immenga/Mestmäcker/Emmerich GWB § 33 Rn. 92; Mayer GRUR 2006, 27 (32).

¹²⁵ Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie bezieht sich auf Entscheidungen nach Abs. 1. Entscheidungen nach Art. 9 Abs. 1 sind Entscheidungen, mit denen eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht festgestellt wird. Eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht ist gemäß Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie eine Zuwiderhandlung gegen Art. 101 oder 102 AEUV oder gegen nationales Wettbewerbsrecht. Mit „nationalem Wettbewerbsrecht“ sind gemäß Art. 2 Nr. 3 der Richtlinie Bestimmungen des nationalen Rechts gemeint, „mit denen überwiegend das gleiche Ziel verfolgt wird wie mit den Artikeln 101 und 102 AEUV und die nach Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 auf denselben Fall und parallel zum Wettbewerbsrecht der Union angewandt werden, unter Ausschluss nationaler Rechtsvorschriften, mit denen natürlichen Personen strafrechtliche Sanktionen auferlegt werden, sofern solche strafrechtlichen Sanktionen nicht als Mittel dienen, um die für Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln durchzusetzen“.

¹²⁶ Regierungsbegründung (Fn. 1), S. 56. Siehe hierzu auch Kersting WuW 2015, 564 (572); zustimmend Ascheberg Jura 2016, 1101 (1102 Fn. 16); Lettl WRP 2015, 537 (539); Schweitzer NZKart 2014, 335 (336).

III. Inhaltliche Reichweite der Bindungswirkung

- 70 Durch die gesetzliche Neuregelung wird die inhaltliche Reichweite der Bindungswirkung nicht geändert. Das Gericht ist „an die Feststellung des Verstoßes gebunden, wie sie in einer bestandskräftigen Entscheidung [...] getroffen wurde“ (§ 33b GWB). Die bisherige Kontroverse, ob § 33 Abs. 4 GWB a.F. **Tatbestands- oder Feststellungswirkung** entfaltet und wie diese Begriffe im Einzelnen zu verstehen sind¹²⁷, ist durch die Lottoblock II Entscheidung des BGH nunmehr höchstrichterlich entschieden. Der Bundesgerichtshof hat insofern klargestellt, dass es für den Umfang der Bindungswirkung nur darauf ankomme, „in welchem Umfang eine Zuwiderhandlung gegen Kartellrecht im Tenor oder in den tragenden Gründen der abschließenden Entscheidung im Kartellverwaltungsverfahren festgestellt worden ist.“¹²⁸
- 71 Die Bindungswirkung kann sich dabei auf die **zeitliche Dauer des Verstoßes** erstrecken, soweit die Entscheidung hierzu Feststellungen enthält; zudem greift die tatsächliche Vermutung, wonach sich die Beteiligten an einer kartellrechtswidrigen Abrede bei ihrem weiteren Marktauftritt so verhalten, wie sie es untereinander abgestimmt haben¹²⁹. Im Übrigen beschränkt sich die Bindungswirkung auf die Feststellung des Verstoßes und erfasst hierüber hinausgehende Aspekte nicht. Dies gilt etwa für das Verschulden, die Kausalität sowie den Eintritt eines Schadens¹³⁰.
- 72 Nach herrschender Meinung greift die Bindungswirkung auch in **Konzernhaftungsfällen** ein. Die am Kartell unbeteiligte Muttergesellschaft, die dennoch gemeinsam mit der kartellbeteiligten Tochter bebußt wurde, kann im Zivilprozess daher nicht einwenden, sie selbst habe keinen Kartellverstoß begangen. Dieser steht aufgrund der Bindungswirkung der gegen die Mutter ergangenen Bußgeldentscheidung vielmehr fest¹³¹. Aufgrund der Einführung der Konzernhaftung im deutschen Bußgeldrecht (§ 81 Abs. 3a GWB) kann es hierzu in Zukunft auch

¹²⁷ Tatbestandswirkung: Regierungsbegründung zur 8. GWB-Novelle BT Drucks. 15/3640 S. 54; zum Begriff der Tatbestandswirkung siehe Schoch/Schneider/Bier/Clausing VwGO § 121 Rn. 38; Grünberger, in Möschel/Bien, Kartellrechtsdurchsetzung (Fn. 123), S. 134 (170); Knöpfle BayVBl 1982, 225. HM im Kartellrecht war Feststellungswirkung: Langen/Bunte/Bornkamm GWB § 33 Rn. 169; Inderst/Thomas, Schadensersatz (Fn. 30), S. 107; Immenga/Mestmäcker/Emmerich GWB § 33 Rn. 96.

¹²⁸ BGH, 12.07.2016, KZR 25/14 – Lottoblock II, NZKart 2016, 436 (437); hierzu Brinker BB 2016, 2194; Kersting LMK 2016, 382038; Mehrbrey/Jaeger WuW 2016, 488 (492, 493 f.).

¹²⁹ BGH, 12.07.2016, KZR 25/14 – Lottoblock II, NZKart 2016, 436 (437 f.); hierzu Bosch NJW 2015, 1734 (1738); Kersting LMK 2016, 382038, unter 2a), b).

¹³⁰ OLG München, 21.02.2013, U 5006/11 Kart – Fernsehvermarktung, NZKart 2013, 162 (163); Inderst/Thomas, Schadensersatz (Fn. 30), S. 120; L/M/R/K/M-L/Rehbinder GWB § 33 Rn. 75; Scheffler NZKart 2015, 223 (225).

¹³¹ Kersting Der Konzern 2011, 445, 457 f. mwN; Wachs WuW 2017, 2 (6, 8); Weitbrecht WuW 2015, 959 (965).