

Lisa Philipps

Kartellschadensersatz und die Spiegelung des weiten Unternehmensbegriffs in der normativen Grundlage



Nomos

Kölner Schriften zum Europarecht

herausgegeben vom
Institut für Europäisches Wirtschaftsrecht
an der Universität zu Köln
vertreten durch den Direktor Prof. Dr. Ulrich Ehricke

Band 76

Lisa Philipps

Kartellschadenersatz und die Spiegelung
des weiten Unternehmensbegriffs in der
normativen Grundlage



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2023

u.d.T.: Spiegelung des weiten Unternehmensbegriffs i.S.d. Art. 101 AEUV in der normativen Grundlage für den Ersatz eines durch Kartell entstandenen Schadens (§ 33a GWB)

ISBN 978-3-7560-1288-6 (Print)

ISBN 978-3-7489-4072-2 (ePDF)

Die Bände 1-64 der Schriftenreihe sind im Carl Heymanns Verlag erschienen.

1. Auflage 2024

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2024. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. 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 2022/23 von der Juristischen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen. Für den Druck wurde das Manuskript geringfügig überarbeitet.

Ein besonderer Dank gebührt meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Ulrich Ehrlicke, LL.M., M.A., der mir die Anregung zu diesem Thema gab und mich während des gesamten Entstehungsprozesses unterstützte. Bedanken möchte ich mich insbesondere für die Aufnahme in diese Schriftenreihe. Ebenso danke ich Herrn Professor Dr. Dirk Schroeder für die freundliche Übernahme und zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie seine Anregungen im Rahmen der Disputation.

Weiterhin danke ich der Konrad-Adenauer-Stiftung e.V. für die Gewährung eines Promotionsstipendiums und die damit verbundene Förderung in finanzieller und ideeller Hinsicht.

Ferner geht mein Dank an meine Familie und Freunde, die mir stets Rückhalt gegeben und mich in meinem Vorhaben bestärkt haben.

Schlussendlich möchte ich meinem Ehemann, Timo Philipps, für seine immerwährende emotionale Unterstützung, unermüdlichen Zuspruch und Geduld während der gesamten Promotionszeit danken.

Köln, im Januar 2024

Lisa Philipps

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	9
Teil 1 Einleitung	23
A. Einführung	23
B. Problemstellung	25
C. Gang der Untersuchung	26
Teil 2 Vorgaben für den Kartellschadensersatzanspruch: Status Quo von Anspruchsgrundlage und Rechtsnatur	29
A. Unionsrechtliche Vorgaben	29
B. Anspruchsgrundlage im deutschen Recht	48
C. Interessen des Kartellgeschädigten vor dem Hintergrund der Zielsetzung des Kartellschadensersatzrechts	52
Teil 3 Die Auswahl der Schuldner – Begründung der Kartellschadensersatzhaftung bei einem Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV durch ein Unternehmen im Sinne der wirtschaftlichen Einheit	79
A. Der unionsrechtliche Unternehmensbegriff im deutschen Recht	79
B. Auseinanderfallen von Verbots- und Haftungsadressat	124
C. Ermittlung des schadensersatzrechtlich verantwortlichen Unternehmensträgers	131
D. Rechtsfolge: Gesamtschuldnerische Haftung	206

Inhaltsübersicht

Teil 4	Rechtliche und ökonomische Überprüfung des Vorschlags – Vereinbarkeit mit deutschem Recht	209
A.	Gesellschaftsrechtliches Trennungsprinzip	209
B.	Schuldgrundsatz, Verschuldensprinzip und Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit	214
C.	Teleologische Betrachtung: Handelt es sich bei der Erhöhung der Durchsetzungskraft der Wettbewerbsregeln um einen rechtsökonomischen Trugschluss?	224
Teil 5	Beschränkung der weitgehenden Kartellschadensersatzhaftung	237
A.	Existenzbedrohung als Grenze der Verhältnismäßigkeit	237
B.	Aktives Bemühen um die Verhinderung von Kartellverstößen: Compliance-Maßnahmen	242
C.	Bindungswirkung von Bußgeldentscheidungen nach § 33b GWB	247
D.	(Bessere) Abstimmung zwischen Kartellbußgeld- und Kartellschadensersatzrecht	260
E.	Keine Reihenfolge bei der Auswahl des Anspruchsgegners	264
F.	Ergebnis zur Beschränkung der Kartellschadensersatzhaftung	265
Teil 6	Untersuchungsergebnisse und Thesen	267
	Literaturverzeichnis	271

Inhaltsverzeichnis

Teil 1	Einleitung	23
A.	Einführung	23
B.	Problemstellung	25
C.	Gang der Untersuchung	26
Teil 2	Vorgaben für den Kartellschadensersatzanspruch: Status Quo von Anspruchsgrundlage und Rechtsnatur	29
A.	Unionsrechtliche Vorgaben	29
I.	Primärrecht: Vorgaben aus Art. 101 AEUV und die Diskussion um Rechtsnatur und Grundlage des Schadensersatzanspruchs	29
1.	Das Kartellverbot des Art. 101 AEUV	29
a)	Unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 101 AEUV und Verhältnis zum nationalen Recht	30
b)	Der Regelungsgehalt des Art. 101 AEUV	31
2.	Rechtsnatur des Kartellschadensersatzanspruchs	32
a)	Der Europäische Gerichtshof als „Promotor der privaten Rechtsdurchsetzung“	32
b)	Das Unionsrecht zwischen Mindeststandard und Vollharmonisierung	34
aa)	Ausgangspunkt: Schlussanträge des Generalanwalts <i>van Gerven</i>	35
bb)	Der EuGH in Sachen <i>Courage</i>	36
(1)	Das Urteil	36
(2)	Die dem Urteil folgende Debatte zur Rechtsnatur des Anspruchs	37
cc)	Jüngere Rechtsprechung des EuGH	39
(1)	<i>Manfredi</i> – Grundsätzliche Schadensvoraussetzungen und Rechtsfolgen	39
(2)	<i>Kone</i> – Konkretisierung des Kausalitätserfordernisses	40

(3) <i>Skanska</i> – Vorgabe zur Bestimmung des Schadensersatzpflichtigen	41
(4) <i>Otis</i> – Aktivlegitimation und Kartellbetroffenheit	43
(5) <i>Sumal</i> – Unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV und Unanwendbarkeit der nationalen Regelung	43
dd) Ergebnis: Rechtsfortbildung nach dem Prinzip der funktionalen Integration ohne Schaffung einer Anspruchsgrundlage	44
3. Fehlende Kompetenz des EuGH: Störung des Kompetenzgefüges zwischen Europäischer Union und den Mitgliedsstaaten	45
II. Sekundärrecht: Die Schadensersatz-Richtlinie RL 2014/104/EU	46
III. Zusammenfassung zu den unionsrechtlichen Vorgaben	47
B. Anspruchsgrundlage im deutschen Recht	48
I. Überblick: Entwicklung einer Anspruchsgrundlage	48
II. § 33 a GWB als aktuelle Anspruchsgrundlage	49
1. Allgemeines	49
a) Wandel der Anspruchsgrundlagen	49
b) Sonstige Anspruchsgrundlagen neben § 33a GWB	49
c) Vorgaben des Wortlauts der Norm	50
2. Vorgaben zur (Weite) der Haftung	50
3. Verweis auf den Unternehmensbegriff im Sinne des Art. 101 AEUV	51
C. Interessen des Kartellgeschädigten vor dem Hintergrund der Zielsetzung des Kartellschadensersatzrechts	52
I. Zielsetzung des Kartellrechts und das Verhältnis zwischen behördlicher und privater Rechtsdurchsetzung	53
1. Prävention durch Abschreckung	54
2. Die zwei Säulen der Kartellrechtsdurchsetzung	55
a) Blick auf das <i>public enforcement</i>	55
b) <i>Private enforcement</i> – Private Durchsetzung der Wettbewerbsregeln	56
aa) Forderung nach einer Stärkung des <i>private enforcement</i>	57

bb) Verhältnis zwischen öffentlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung	58
cc) Zweck des Kartellschadensersatzes als Teil des (Sonder-)Deliktsrechts	59
dd) Konkreter Zweck des private enforcement	62
(1) Kompensationszweck	63
(2) Eigenständige Präventions- und Abschreckungsfunktion des <i>private enforcement</i>	63
(3) Kritik an der Überhöhung des Präventionsgedanken	66
(4) Geburtsfehler des <i>private enforcement</i>	69
c) Ergebnis	71
II. Interessen der Kartellgeschädigten	72
1. Die Solvenz des Schuldners	72
2. Wahl des Gerichtsstandes – <i>Forum shopping</i>	74
3. Reduktion des Aufwands	75
a) Minimieren des klägerischen Kostenrisikos	75
b) Persönliche Nähe	76
c) Darlegung des Kartellrechtsverstoßes und Nutzen der Bindungswirkung	76
4. Zusammenfassung	77
Teil 3 Die Auswahl der Schuldner – Begründung der Kartellschadensersatzhaftung bei einem Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV durch ein Unternehmen im Sinne der wirtschaftlichen Einheit	79
A. Der unionsrechtliche Unternehmensbegriff im deutschen Recht	79
I. Vorgaben aus § 33a GWB	79
II. Der weite Unternehmensbegriff des Unionsrechts	79
1. Absage an das nationale Rechtsträgerprinzip	80
2. Funktionales Verständnis ausgerichtet an der wirtschaftlichen Tätigkeit	81
3. Die Theorie der wirtschaftlichen Einheit	84
a) Entwicklung und Inhalt	84
b) Bestimmende Einflussnahme als Beweiserleichterung	87

c) Vermutungsregel	88
aa) Beteiligung	88
bb) Kritik	89
III. Begriffsverständnis im deutschen Recht	91
1. Diskrepanz zum Unionsrecht	91
2. Der Konzern als Unternehmen	92
IV. Das Unternehmen im Sinne der wirtschaftlichen Einheit im deutschen Recht: Übernahme oder Geltung durch Auslegung	94
1. Urteile zum Bußgeldrecht haben keine Bindungswirkung	94
2. Althergebrachtes Rechtsverständnis: Weder Geltung <i>de lege lata</i> noch Übernahme <i>de lege ferenda</i>	95
a) Rechtsprechung	95
aa) BGH – KRB 55/10 – <i>Versicherungsfusion</i>	95
bb) Instanzgerichtliche Rechtsprechung	95
b) Schrifttum	96
3. Vorstoß in der Literatur	97
a) Übernahme oder Geltung des unionsrechtlichen Unternehmensbegriffs	97
b) Darstellung der zentralen Argumente	98
aa) Gesetzliche Normierung	98
bb) Kartellschadensersatzrichtlinie	99
cc) Effektivitätsgrundsatz	100
(1) Forderung: Geltung des unionsrechtlichen Unternehmensbegriffs ergibt sich aus dem Effektivitätsgrundsatz und der Jedermann-Rechtsprechung	101
(2) Inhalt	102
(a) Objektive und subjektive Komponente des <i>effet utile</i>	103
(b) Minimaler Standard oder größtmögliche Wirksamkeit	104
(aa) Effektivitätsgrundsatz im Allgemeinen: Die widerstreitenden Ansichten	105

(bb) Effektivitätsgrundsatz im Konkreten: Problematik der zwei Extreme	108
(c) Fazit	109
(3) Kongruenz zwischen Unionsrecht und nationalem Recht	110
dd) Trennungsprinzip und Schuldgrundsatz	111
4. Das Urteil des EuGH in der Rechtssache <i>Skanska</i> – C-724/17	112
a) Das <i>Skanska</i> -Urteil	112
aa) Ausgangssituation und Sachverhalt	112
bb) Vorlagefragen	113
cc) Urteil	113
b) Reaktionen in Literatur und Rechtsprechung	114
aa) Nationale instanzgerichtliche Rechtsprechung	115
(1) LG Mannheim I – 14 O 117/18 Kart	115
(2) LG München I – 37 O 6039/18	116
(3) LG Stuttgart – 30 O 8/18 und 30 O 120/18	116
(4) LG Dortmund – 8 O 75/19	117
bb) Schrifttum	117
cc) Reichweite und Bedeutung des <i>Skanska</i> -Urteils	118
(1) Argumente der Kritiker	118
(a) Beschränkung auf die Situation des Ausgangsverfahrens	118
(b) Fehlgeleitet durch die Schlussanträge des Generalanwalts <i>Wahl</i>	119
(c) Erfordernis eines Bußgeldbescheids	119
(2) Kritik	120
(3) Ergebnis	122
5. Bestätigung durch das Urteil des EuGH in der Rechtssache <i>Sumal</i> – C-882/19	123
6. Ergebnis und Folgeproblem	123
B. Auseinanderfallen von Verbots- und Haftungsadressat	124
I. Das Unternehmen ist keine Außen-GbR	125
1. <i>Kerstings</i> Modell der Außen-GbR	125
2. Kritik	126
3. Fazit	128

II. Das Unternehmen ist mangels Rechtsfähigkeit kein tauglicher Anspruchsgegner	128
1. Mangelnde Rechtsfähigkeit	128
2. Mangelnde Vollstreckungsfähigkeit	130
III. Ergebnis	130
C. Ermittlung des schadensersatzrechtlich verantwortlichen Unternehmensträgers	131
I. Einführung: Unternehmen mit einem und mehreren Rechtsträgern	131
II. Darstellung der Begründungsansätze in der Literatur und ihre praktischen Folgen	132
1. Haftung nur für eigenes Verhalten und Sorgfaltspflichtverstöße	132
2. Verhaltenszurechnung aufgrund bestimmender Einflussnahme	133
3. Haftungszurechnung	134
a) Zustandshaftung aufgrund der Zugehörigkeit zur wirtschaftlichen Einheit	134
b) Haftungszurechnung innerhalb der wirtschaftlichen Einheit	136
4. Manifestation der Zugehörigkeit zur wirtschaftlichen Einheit	137
III. Nationale und europäische Rechtsprechung auf dem Prüfstand – Die Begründung der Haftung durch die Gerichte	137
1. Das Kartellbußgeldrecht als Vorbild	138
a) Entwicklung und Widersprüchlichkeit der europäischen Rechtsprechung zum Kartellbußgeldrecht	138
aa) Bebußung der Muttergesellschaft bei Ersttäterschaft	138
(1) Ältere Rechtsprechung der europäischen Gerichte	138
(a) <i>ICI</i> – Rs. 48/49	138
(b) <i>Hydrotherm</i> – C-170/83	139
(c) <i>AEG und Metsä-Serla</i> – Rs. 107/82 und C-294/98 P	140

(2) Übergang zum modernen Unternehmensbegriff und Haftungsverständnis	142
(a) <i>Stora</i> – C-286/98 P	142
(b) <i>Dansk Rørindustri</i> – C-202/02 P	142
(c) <i>Confederación Española</i> – C-217/05	143
(3) <i>Akzo Nobel</i> als Leitentscheidung des EuGH – C-97/08 P	144
(a) Das Urteil	144
(b) Die Widersprüchlichkeit des Urteils	145
(c) Die Schlussanträge der Generalanwältin <i>Kokott</i>	146
(4) Rechtsprechung nach dem Urteil <i>Akzo Nobel</i>	148
(a) <i>Knauf Gips</i> – T-52/03 und C-407/08 P	149
(b) <i>Arcelor Mittal</i> – C-201/09 P und C-216/09 P	151
(c) <i>Elf Aquitaine/Kommission</i> – C-521/09 P	152
(d) <i>Tomkins</i> – C-268/11 P	153
(e) <i>El du Pont de Nemours</i> – C-172/12 P	154
(f) <i>Kendrion</i> – C-50/12 P	155
(g) <i>Stichting/Kommission</i> – C-440/11 P	156
(h) <i>Goldman Sachs</i> – C-595/18 P	158
(5) Mögliche Auflösung des Widerspruchs	158
(6) Ergebnis	160
bb) Wiederholungstäterschaft: Zurechnung gegenüber Schwestergesellschaften	160
(1) <i>Michelin</i> – T-203/01	160
(2) <i>Versalis</i> – Verb. Rs. C-93/13 P und C-123/13 P	162
(3) Ergebnis	164
cc) Bebußung der Tochtergesellschaft	164
(1) <i>Istitutio</i> – C-6/73	164
(2) <i>Biogaran</i> – T-677/14	165
(a) Sachverhalt	165
(b) Feststellung des EuG und Aussagen zur Haftungsbeurteilung	166

(c)	Interpretation in der Literatur	167
(d)	Eigenes Verständnis	169
b)	Ergebnis	171
2.	Rechtsprechung zum Kartellschadensersatzrecht	171
a)	Das Urteil des EuGH in der Rechtssache <i>Skanska</i> – C-724/17	172
aa)	Die Reaktion der deutschen Gerichte auf <i>Skanska</i>	172
(1)	Urteil des LG Mannheim I – 14 O 117/18 Kart	172
(2)	Urteil des LG München I – 37 O 6039/18	173
(3)	Urteil des LG Dortmund – 8 O 75/19 Kart	174
bb)	Fazit	175
b)	Die Entscheidung des EuGH in Sachen <i>Sumal</i> – C-882/19	175
aa)	Hintergrund des Vorlagebeschlusses und Vorlagefragen	175
bb)	Schlussanträge des Generalanwalts <i>Pitruzzella</i>	177
(1)	Inhalt	177
(2)	Kritik	180
cc)	Das Urteil	182
(1)	Wiederholung der gängigen Rechtsprechungspraxis	183
(2)	Grundlage der Haftung: Unternehmen im Sinne der wirtschaftlichen Einheit	183
(3)	Neue Voraussetzung: Der konkrete Zusammenhang zwischen eigener Tätigkeit und Zuwiderhandlung	185
(4)	Muttergesellschaft als Teil mehrere wirtschaftlicher Einheiten	186
dd)	Bewertung	186
(1)	Keine Bestätigung der Schlussanträge des Generalanwalts	186
(2)	Einordnung des Urteils anhand der bisher existierenden Begründungsansätze in der Literatur	187
(3)	Modifizierung des Unternehmensbegriffs und der wirtschaftlichen Einheit	188

(4) Kritik	189
(a) Fehlende Konkretisierung des erforderlichen konkreten Zusammenhangs	189
(b) Zuwiderhandlung als Voraussetzung des Unternehmens?	191
(c) Folgeprobleme aufgrund der Ergebnisorientiertheit	192
3. Ausblick: Unternehmen im Unternehmen als Rechtsverletzer?	193
IV. Vorschlag zur Begründung einer akzessorischen Haftung der Rechtsträger und Darstellung unterschiedlicher Szenarien	196
1. Haftung des Unternehmens als Haftung seiner Rechtsträger	196
2. Die konkreten Voraussetzungen	197
a) Beziehung der Rechtsträger und Einheitlichkeit der wirtschaftlichen Tätigkeit	197
b) Voraussetzung des Tatbeitrags – Keine kausale Verletzungshandlung der Rechtsträger	198
c) Haftungssubjekte: Mutter-, Tochter- und Schwestergesellschaft	198
d) Zeitliche Komponente und Änderung der Zusammensetzung des Unternehmens	199
aa) Grundsatz: Unternehmenszugehörigkeit im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung	200
bb) Veränderung der Struktur des Unternehmens	201
(1) Haftung bei Fortführung der wirtschaftlichen Tätigkeit	201
(a) Keine Haftungsausdehnung aufgrund rechtspolitischer Erwägungen: Gefahr der Haftungsumgehung ist kein hinreichender Grund	201
(b) Aber: Keine Unterscheidung zwischen altem und neuem Unternehmen bei wirtschaftlicher Kontinuität	202
(c) Rechtsnachfolge	204

(d) Nach Kartellverstoß hinzutretende Rechtsträger	205
(2) Ausscheidende Rechtsträger	205
3. Anwendbarkeit von § 33a Abs. 1 GWB	206
D. Rechtsfolge: Gesamtschuldnerische Haftung	206
Teil 4 Rechtliche und ökonomische Überprüfung des Vorschlags – Vereinbarkeit mit deutschem Recht	209
A. Gesellschaftsrechtliches Trennungsprinzip	209
I. Allgemeines	210
II. Unanwendbarkeit des gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzips	211
1. 1. Ansicht: Verstoß gegen das Trennungsprinzip	211
2. 2. Ansicht: Kein Verstoß bei Annahme einer Außen-GbR	211
3. Stellungnahme	212
III. Ergebnis: Kein Verstoß gegen das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip	214
B. Schuldgrundsatz, Verschuldensprinzip und Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit	214
I. Der Schuldgrundsatz im Bußgeldrecht: Keine Übertragbarkeit auf das Kartellzivilrecht	215
II. Das zivilrechtliche Verschuldensprinzip außerhalb von Strafen und strafähnlichen Sanktionen	216
1. Grundsatz: Vereinbarkeit des Verschuldenserefordernisses in § 33a Abs. 1 GWB mit dem Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz	216
2. Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit	217
a) Anwendbarkeit	217
b) Anknüpfungspunkt: Unternehmen oder Rechtsträger?	218
aa) Rechtsprechung des EuG	218
bb) Schlussanträge der Generalanwälte	219
cc) Rechtsprechung des EuGH	221
dd) Literatur	222
ee) Stellungnahme	224

C. Teleologische Betrachtung: Handelt es sich bei der Erhöhung der Durchsetzungskraft der Wettbewerbsregeln um einen rechtsökonomischen Trugschluss?	224
I. Unüberschaubare Haftungsrisiken und Erhöhung von <i>Compliance</i> - und Überwachungskosten	225
II. Verlust von Investitionsanreizen	225
III. Gefahr missbräuchlicher und exzessiver Klagen	226
1. Allgemein: Existenzbedrohung und Gefahr der Insolvenz	226
2. <i>Forum shopping</i> als Gefahr	227
a) Allgemeine Kritik	227
b) Auswirkungen der aktuellen Rechtsprechungsentwicklung	228
c) Überbewertung des Gefahrenpotenzials	229
IV. Sinkende Attraktivität des Kronzeugenprogramms	230
1. Grundlagen des europäischen Kronzeugenprogramms	230
2. Abwägung der Kartellanten	231
3. Tatsächlicher Rückgang der Kronzeugenanträge	233
4. Ergebnis	234
V. Ergebnis der ökonomischen Betrachtung	235
Teil 5 Beschränkung der weitgehenden Kartellschadensersatzhaftung	237
A. Existenzbedrohung als Grenze der Verhältnismäßigkeit	237
I. Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	237
II. Zusammenspiel von Effektivitäts- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	238
III. Abwägung von effektiver Durchsetzung des Wettbewerbsrechts sowie Kompensation der Schäden und Interessen der Rechtsverletzer	239
1. Ruinöse Wirkungen von Schadensersatzverpflichtungen sind unverhältnismäßig	239
2. Keine Unverhältnismäßigkeit	240
3. Stellungnahme	240
a) Nur bedingt selbst geschaffenes Risiko	240
b) Gefahr der Schwächung des Wettbewerbs durch Marktaustritte	241

4. Fazit: Keinesfalls Beschränkung der Kompensationsfunktion	241
B. Aktives Bemühen um die Verhinderung von Kartellverstößen: Compliance-Maßnahmen	242
I. Bestandsaufnahme der (Nicht)Berücksichtigung im Bußgeldrecht	243
1. Nichtberücksichtigung von Compliance-Maßnahmen im europäischen Bußgeldrecht	243
2. Berücksichtigung von Compliance- Maßnahmen im deutschen Recht	244
3. Begründung der Nichtberücksichtigung und Kritik	244
II. Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen im Kartellschadensersatzrecht nicht möglich	246
C. Bindungswirkung von Bußgeldentscheidungen nach § 33b GWB	247
I. Grundsätze	247
II. Telos	248
III. Umfang und Reichweite der Bindungswirkung	249
1. (Konkludente) negative Bindungswirkung	249
a) 1. Annahme: Stellung als Bußgeldadressat als notwendige Haftungsvoraussetzung	250
b) 2. Annahme: Negative Bindungswirkung bei bewusstem Ausklammern von bestimmten Teilen des Lebenssachverhalts	250
c) Kritik und Stellungnahme	251
d) Bestätigung durch den EuGH in der Rechtssache <i>Sumal</i>	252
2. Ausblick: Bindungswirkung in Bezug auf den zivilrechtlichen Anspruchsgegner	253
a) Grundsatz: Persönliche Reichweite der Bindungswirkung präjudiziert nicht die Passivlegitimation	253
b) Besonderheit aufgrund des unionsrechtlichen Unternehmensbegriffs und des damit verknüpften Haftungsmodells	254
aa) Bindungswirkung in Bezug auf den „unbeteiligten“ Adressaten	255

bb) Bindungswirkung in Bezug auf das nicht adressierte Unternehmen bzw. die nicht adressierten Unternehmensträger	256
(1) Keine Verletzung des Rechts auf rechtliches Gehör	256
(2) Bestätigung durch den EuGH	257
(3) Ausblick: Rechtliches Gehör des Unternehmens muss gewährleistet sein	259
3. Ergebnis	260
D. (Bessere) Abstimmung zwischen Kartellbußgeld- und Kartellschadensersatzrecht	260
I. Anerkennung der Kronzeugenprogramme im Rahmen von Kartellschadensersatzansprüchen	261
1. Rechtslage: Nachrangige Haftung des Kronzeugen gegenüber eigenen Lieferanten und Abnehmern	261
2. Darüber hinausgehende Privilegierung	262
3. Ergebnis	263
II. Kartellschadensersatz als bußgeldmindernder Faktor	263
E. Keine Reihenfolge bei der Auswahl des Anspruchsgegners	264
F. Ergebnis zur Beschränkung der Kartellschadensersatzhaftung	265
Teil 6 Untersuchungsergebnisse und Thesen	267
Literaturverzeichnis	271

Teil I Einleitung

A. Einführung

Fast 20 Jahre nach dem wegweisenden Urteil in der Rechtssache *Courage*¹ zeigt sich rückblickend, dass der EuGH die private Durchsetzung des (europäischen) Wettbewerbsrechts durch seine Urteile kontinuierlich und erheblich geprägt hat. Diese haben insbesondere in den letzten Jahren zur Stärkung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung geführt.² Der EuGH wird daher auch als *weißer Ritter*³ der privaten Durchsetzung des Wettbewerbsrechts bezeichnet. Meilensteine auf dem Weg zur Stärkung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung folgten auf die Urteile des EuGH, insbesondere mit dem Grünbuch der Kommission zu Schadensersatzklagen wegen der Verletzung europäischen Wettbewerbsrechts aus dem Jahr 2005⁴ sowie dem Weißbuch aus dem Jahr 2008, in dem ein konkreter Vorschlag für eine Schadensersatz-Richtlinie erarbeitet wurde.⁵ Diese ist schließlich am 26. November 2014 als Richtlinie 2014/104/EU in Kraft getreten.

Trotz der erheblichen Fortentwicklung in den vergangenen Jahren und sich an Rekordgeldbußen⁶ anschließende entsprechende Schadensersatzforderungen,⁷ besteht weiterhin die Notwendigkeit und das Bestreben, die private Kartellrechtsdurchsetzung zu stärken. Sie soll nicht nur in der Theorie, sondern auch in der Praxis eine zweite Säule neben der behörd-

1 EuGH, Urt. v. 20. September 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 = Slg. 2001 I-06297, *Courage*.

2 Vgl. EuGH, Urt. v. 15. April 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:293, *Sumal*; Urt. v. 14. März 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204, *Skanska*; Urt. v. 12. Dezember 2019, C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069, *Otis*; Urt. v. 29. Juli 2019, C-451/18, ECLI:EU:C:2019:635, *Tibor-Trans*.

3 *Freund*, GRUR Int. 2021, 731: „white knight“.

4 *Europäische Kommission*, Grünbuch „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts“, KOM (2005) 672 endg. v. 19. Dezember 2005.; EuGH, Urt. v. 28. März 2019, C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263, *Cogeco*.

5 Weißbuch „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts“, KOM (2008) 165 endg.

6 *Europäische Kommission*, Cartels cases statistics, S. 1 ff.

7 *Bundeskartellamt*, Jahresbericht 2018, S. 15; *Offergeld*, Bundeskartellamt in action, 2021, D'Kart Antitrust Blog.

lichen Durchsetzung des Kartellverbots aus Art. 101 AEUV sein.⁸ Diese Bestrebungen basieren vor allem auf der Tatsache, dass die Kompensation immer noch weit hinter den tatsächlich entstandenen Schäden zurückbleibt. Die durch Kartelle verursachten Schäden – sowohl für den konkret Kartellgeschädigten als auch gesamtwirtschaftlich – lassen sich kaum beziffern. Eine von der Europäischen Kommission in Auftrag gegebene Studie kam zu dem Ergebnis, dass kartellbedingte Schäden innerhalb der europäischen Union zwischen 16,8 und 261,22 Milliarden Euro jährlich liegen.⁹ Auch wenn die Erhebung dieser Daten einige Jahre zurückliegt, ist diese enorme Differenz Spiegelbild der Ungewissheit den Umfang der Schäden betreffend.¹⁰ Gleichzeitig geht mittlerweile die Zahl der Kronzeugenanträge zurück,¹¹ wodurch gleichsam die Erhebung von sogenannten *follow on*-Klagen, und damit die Erfolgsaussicht des Schadensersatzbegehrens, erschwert wird.

Angesicht der hohen im Raum stehenden Summen ist die Frage, wer für die entstandenen Kartellschäden haftet, von großer Bedeutung. Weshalb Kartellgeschädigte eine möglichst weitgehende Wahlmöglichkeit hinsichtlich ihrer Anspruchsgegner haben möchten, liegt auf der Hand. Es geht um die Kompensationschance, welche unter anderem in Abhängigkeit zur Quantität der potentiellen Anspruchsgegner steht. Kann der Kartellgeschädigte zwischen einer Vielzahl potentieller Anspruchsgegner wählen, kann seine Wahl beispielsweise auf den solventesten fallen oder der Anspruch an dem Gerichtsstandort geltend gemacht werden, der besonders klägerfreundlich ist. Zweifellos wird eine solche Wahl immer vom Einzelfall abhängig sein, aber im Ergebnis die Erfolgsaussichten einer Klage stets erhöhen.

Damit nähert man sich gleichzeitig dem Problem: Wer kommt überhaupt als Anspruchsgegner in Betracht? Der handelnde Rechtsträger? Der bestimmenden Einfluss ausübende Rechtsträger? Die wirtschaftlichen Einheit bzw. das Unternehmen? Können wettbewerbswidrige Verhaltensweisen oder die Haftung zugerechnet werden? Ist eine Haftung ohne Tatbeitrag möglich? Ist eine Haftung verschuldensunabhängig möglich?

8 Vgl. Säcker, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2022, § 1 GWB, Rn. 612.

9 Centre for European Policy Studies/Erasmus University Rotterdam/Carli, Making anti-trust damages actions more effective in the EU, 2007, S. 96.

10 Hütt, Die Abstimmung zwischen kartellrechtlichen Geldbußen und Schadensersatzansprüchen, 2020, S. 47.

11 Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts, BT-Drs. 19/30775, S. 39.

Die Relevanz der Beantwortung dieser Frage für die Haftung für Kartellschäden kann gar nicht überschätzt werden und bezieht sich zudem nicht nur auf die Haftung selbst, sondern hat auch Auswirkungen auf Fragen der Transaktion und Verjährung. Dabei geht es nicht nur darum, dass die Bestimmung des Kreises der Anspruchsgegner weitreichende Konsequenzen für die Kompensation der durch ein Kartell entstandenen Schäden hat, sondern sich ebenso auf die gesamte Systematik des Wettbewerbsrechts und dessen Durchsetzungskraft auswirken kann.

B. Problemstellung

Nach der Anspruchsgrundlage für Ersatz eines durch ein Kartell verursachten Schadens im deutschen Recht, § 33a GWB, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, wer einen Verstoß gegen § 33 Abs. 1 GWB vorsätzlich oder fahrlässig begeht. Damit ist die Anspruchsgrundlage als Handelndenhaftung ausgestaltet. Wer dieser „Wer“ ist, lässt der Gesetzeswortlaut offen. § 33 Abs. 1 GWB definiert denjenigen, der gegen eine Vorschrift nach Abs. 1 verstößt, als *Rechtsverletzer*. Durch den Verweis auf Art. 101 AEUV wird auf das *Unternehmen* verwiesen.

Dies führte unweigerlich zu Spannungen, da das unionsrechtliche Verständnis des Unternehmens dem deutschen Recht fremd ist.¹² Während das Unternehmen im Unionsrecht Verbotsadressat ist und es die Verantwortlichkeit für einen Wettbewerbsverstoß treffen soll, muss das deutsche Recht die Frage der Haftung auf einzelne rechtsfähige Einheiten, die Rechtsträger, herunterbrechen. Diese Diskrepanz zwischen europäischem Wettbewerbsrecht und nationalem Gesellschaftsrecht muss aufgelöst werden. Vorgaben, die das Unionsrecht macht, können nicht ohne Weiteres auf das deutsche Recht übertragen werden. Konkret war lange Zeit umstritten, inwiefern der unionsrechtliche Unternehmensbegriff überhaupt Geltung im nationalen Recht entfaltet.¹³ Diese Frage wurde vor allem für das Bußgeldrecht erörtert; die Bedeutung für das Kartellschadensersatzrecht kann aber nicht als minder wichtig angesehen werden. Während der EuGH diese Frage mittlerweile dahingehend beantwortet hat, dass der unionsrechtliche Unternehmensbegriff auch im nationalen Recht gilt,¹⁴ ändert dies nichts daran, dass

12 Braun/Kellerbauer, NZKart 2015, 175.

13 Siehe zur Erörterung dieses Streits Teil 3A.IV.

14 EuGH, Urt. v. 14. März 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204, *Skanska*.

das nationale Recht weiterhin dem Rechtsträgerprinzip verhaftet und damit die Begründung der Haftung erschwert ist. Dreh- und Angelpunkt der Frage der Haftung für Kartellschäden ist der Begriff des Unternehmens und dessen Anwendung im nationalen Recht.

C. Gang der Untersuchung

Zur Beantwortung der Frage, ob sich die Weite des Unternehmensbegriffs im Sinne des Art. 101 AEUV in der normativen Grundlage für den Ersatz eines durch Kartell entstandenen Schadens, § 33a GWB, spiegelt, müssen zunächst die Grundlagen des Kartellschadensersatzanspruchs erörtert werden (Teil 2). Dazu gehören einerseits die unionsrechtlichen Vorgaben (Teil 2 A.), die Anspruchsgrundlage für einen durch Kartell verursachten Schaden (Teil 2 A. III.) und die Zielsetzung des Kartellrechts im Allgemeinen, sowie der privaten Kartellrechtsdurchsetzung im Besonderen (Teil 2 C. I.) und die Anreize des Kartellgeschädigten für eine weitreichende Wahlmöglichkeit in Bezug auf potentielle Anspruchsgegner (Teil 2 C. II.).

Darauf aufbauend widmet sich die Bearbeitung in Teil 3 der eigentlichen Kernfrage, wobei im Zuge der Begründung der Haftung von Kartellschäden die potentiellen Anspruchsgegner herausgearbeitet werden.¹⁵ Dazu wird zunächst der Inhalt des unionsrechtlichen Unternehmensbegriffs (Teil 3 A. II.) und die Diskrepanz zum deutschen Verständnis (Teil 3 A. III.) dargestellt sowie die Übernahme bzw. Geltung des Unternehmensbegriffs in das deutsche Recht erörtert (Teil 3 A. IV.). Besonderes Augenmerk liegt dabei auf dem Urteil des EuGH in Sachen *Skanska* (Teil 3 A. IV. 4.). Anschließend wird aufgezeigt, dass das Unternehmen als Verbotsadressat von Art. 101 AEUV mangels Rechtsfähigkeit nicht mit dem Haftungsadressat übereinstimmt (Teil 3 B.) und schließlich die schadensersatzrechtlich verantwortlichen Unternehmensträger ermittelt (Teil 3 C.). In Zuge dessen werden verschiedene Begründungsansätze, die sich in der Literatur in den vergangenen Jahren herausgebildet haben (Teil 3 C. II.), sowie die nationale und europäische Rechtsprechung (Teil 3 C. III.) eingehend betrachtet, um daraus konkrete Voraussetzungen einer akzessorischen Haftung der Rechts-

15 Auch wenn viele Autoren dies unter dem Begriff der Passivlegitimation behandeln, wird diese Begrifflichkeit vorliegend nur zurückhaltend genutzt, da sie nicht nur die materiell-rechtliche Seite des Anspruchs umfasst, sondern auch die prozessuale Geltendmachung, welche in der vorliegenden Arbeit nicht im Detail erörtert wird, sondern nur am Rande, sofern dies geboten erscheint.

träger des Unternehmens zu entwickeln (Teil 3 C. IV.). Dabei wird auch auf die konkreten Haftungssubjekte eingegangen (Teil 3 C. IV. 2. c)) und die vorgeschlagene Haftungsbegründung auf Änderungen der Unternehmenszusammensetzung angewandt (Teil 3 C. IV. 2. d)).

In Teil 4 erfolgt eine rechtliche und ökonomische Überprüfung des gemachten Vorschlags. Im Zentrum steht der Vorwurf des Verstoßes gegen das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip (Teil 4 A.), den Schuldgrundsatz bzw. den Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit (Teil 4 B.) sowie die Frage, ob die durch ein weites Haftungsmodell angestrebte Erhöhung der Durchsetzungskraft der Wettbewerbsregeln nicht ein (rechtsökonomischer) Trugschluss ist (Teil 4 C.).

In Teil 5 wird schließlich erörtert, was zu einer rückwirkenden Einschränkung des weitreichenden Haftungsmodells führen könnte. Dabei geht es vor allem um die mögliche Unverhältnismäßigkeit bei Existenzbedrohung, vordergründig in Kombination mit Bußgeldern (Teil 5 A.), eventuell zu beachtende Compliance-Maßnahmen (Teil 5 B.) und die negative Bindungswirkung von Kommissionsentscheidungen (Teil 5 C.). Dies mündet in der Forderung nach einer besseren Abstimmung zwischen Kartellschadensersatz- und Kartellbußgeldrecht (Teil 5 D.). Schlussendlich wird in gebotener Kürze ausgeführt, weshalb eine Inanspruchnahme nicht an eine bestimmte Reihenfolge geknüpft werden kann (Teil 5 E.).

Die Ergebnisse der Untersuchung werden in Thesenform in Teil 6 dargestellt.

Teil 2 Vorgaben für den Kartellschadensersatzanspruch: Status Quo von Anspruchsgrundlage und Rechtsnatur

A. Unionsrechtliche Vorgaben

Wenngleich auf europäischer Ebene in den letzten Jahren auf eine Angleichung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen hingewirkt und gewisse unionsrechtliche Vorgaben im nationalen Recht umgesetzt wurden, herrscht weiterhin Unklarheit, insbesondere die Frage der Haftung betreffend. Es ist daher unerlässlich, zunächst zu untersuchen, welche Vorgaben das Unionsrecht für Kartellschadensersatz im Allgemeinen und ganz konkret für den Haftungsgegner macht. Die Haftung ist maßgeblich davon abhängig, inwieweit der Anspruch auf Ersatz eines durch Kartell entstandenen Schaden unionsrechtlich determiniert ist und inwieweit er sich nach nationalem Recht richtet. In einem ersten Schritt werden daher die Rechtsnatur des Kartellschadensersatzanspruchs und die unionsrechtlichen Vorgaben untersucht.

I. Primärrecht: Vorgaben aus Art. 101 AEUV und die Diskussion um Rechtsnatur und Grundlage des Schadensersatzanspruchs

1. Das Kartellverbot des Art. 101 AEUV

Anknüpfungspunkt für die Beantwortung der Haftungsfrage ist in erster Linie das Kartellverbot des Art. 101 AEUV.