

# Betriebs Berater



50 | 2016

Recht | Wirtschaft | Steuern

12.12.2016 | 71. Jg.  
Seiten 3009–3072

## **DIE ERSTE SEITE**

**Prof. Dr. Jens Koch**

Investorenkontakte des Aufsichtsrats: Rechtssicherheit durch den Deutschen Corporate Governance Kodex?

## **WIRTSCHAFTSRECHT**

**Dr. Gerhard Klumpe**, VorsRiLG, und **Dr. Thomas Thiede**, LL.M.

Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle: Änderungsbedarf aus Sicht der Praxis | 3011

**Dr. Julia Sophia Habbe**, RAin, und **Dr. Konrad Gieseler**, RA

Einführung von Musterleistungsklagen in Verbraucherangelegenheiten – Effizienzsteigerung oder Systembruch? | 3018

## **STEUERRECHT**

**Prof. Dr. W. Christian Lohse**, VRiFG i. R.

EuGH macht MIAS wortlos wertlos – Anmerkung zum EuGH-Urteil Plöckl | 3031

**PD Dr. Joerg Brammsen**

Der Fiskus als „Geheimnishehler“? | 3034

## **BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT**

**Prof. Dr. Martin Schmidt**

Enforcement-Prüfungsschwerpunkte 2017 | 3051

## **ARBEITSRECHT**

**Thomas Bader**, RA

Einstandspflicht des Arbeitgebers bei der Herabsetzung von Leistungen durch Pensionskassen | 3061

Dr. Gerhard Klumpe, VorsRiLG, und Dr. Thomas Thiede, LL.M.

# Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle: Änderungsbedarf aus Sicht der Praxis

Dem Vernehmen nach wird die 9. GWB-Novelle erst im Frühjahr 2017 umgesetzt werden. In der Hoffnung auf Änderungen nimmt der Beitrag zu jenen Punkten Stellung, die aus praktischer Sicht auch nach Vorlage des Regierungsentwurfs weiterhin einer Überarbeitung bedürfen. Demgemäß werden insbesondere die materiell-rechtlichen Regelungen zur Aktiv- und Passivlegitimation, zur Schadensvermutung, zum passing on-Einwand und zur intertemporalen Anwendung kritisch erörtert. Ein Hauptaugenmerk des Beitrages liegt ferner auf der Praktikabilität der neuen Regelungen in der prozessualen Anwendung sowie auf der Frage, ob das Ziel, Kartellschadensersatzklagen zu erleichtern, durch den Entwurf zu erreichen ist. Aus rechtspolitischer Sicht wird ebenfalls diskutiert, ob es deutschen Gerichten überhaupt möglich sein wird, den Aufwand aufgrund der im GWB-E festgehaltenen Anforderungen an Entscheidungen zu bewältigen.

## I. Einleitung

Durch Verstöße gegen das zwingende Kartellverbot bzw. gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung verursachen Unternehmen einen volkswirtschaftlichen Schaden von 5,6–23,3 Mrd. Euro jährlich.<sup>1</sup> In Summe wird, obwohl Deutschland als klägerfreundlicher Gerichtsstand gilt, bislang nur ein Bruchteil dieses Schadens zivilrechtlich verfolgt, womit ein Großteil des rechtswidrig erlangten Vermögensvorteils in den Händen der Rechtsverletzer verbleibt.<sup>2</sup> Aufgrund dieser Entwicklung in einem der zentralen Kernbereiche europäischer Politik wurde im Juli 2013 von der Europäischen Kommission ein Maßnahmenpaket verabschiedet, dessen Kernstück der Vorschlag für eine Richtlinie über Kartellschadensersatzklagen war.<sup>3</sup> Nachfolgend wird der der Umsetzung der Richtlinie<sup>4</sup> (nachfolgend RL) dienende Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle hinsichtlich einzelner, aus Sicht der Verfasser besonders bedeutsamer Fragen vorgestellt und anhand praktischer Erfahrungswerte kritisch hinterfragt, ob damit tatsächlich eine Erleichterung von Kartellschadensersatzklagen in Zukunft zu erwarten ist.

## II. Passivlegitimation, Europäischer Unternehmensbegriff und die Wurstlücke

Der Regierungsentwurf führt mit der Regelung des § 81 Abs. 3a GWB-E unzweifelhaft den europäischen Unternehmensbegriff im Bereich des Kartellbußgeldrechts ein. Dies führt zunächst in diesem Bereich zu einer deutlichen Haftungserweiterung der Muttergesellschaft einer gegen das Wettbewerbsrecht verstößenden Tochtergesellschaft, weil auf europäischer Ebene die Gesellschaften eines Konzerns als wirtschaftliche Einheit behandelt werden, innerhalb derer (jedenfalls) Bußgelder bei Verstoß der Tochtergesellschaft gegen Wettbewerbsrecht auch gegenüber der Muttergesellschaft erhoben werden können.

Dies hat zunächst für das Bundeskartellamt ganz konkrete Auswirkungen: Bekanntlich wurden zwei Tochtergesellschaften des westfälischen Wurstherstellers Tönnies im Sommer 2014 hohe Bußgelder wegen Preisabsprachen auferlegt. Dieser strukturierte jedoch in der Folge die betroffenen Tochtergesellschaften so stark um,<sup>5</sup> dass es diese schlicht nicht mehr gab und das Bundeskartellamt auf eine weitere Beitreibung der Bußgelder gegenüber den Tochtergesellschaften verzichtete. Ermöglicht wurde dies durch die alleinige Anknüpfung des deutschen Rechts an die Tochtergesellschaften unter Außerachtlassung der Konzernmutter. Diese sog. „Wurstlücke“ wird nun bei der Bußgeldhaftung durch die Übernahme des europäischen Unternehmensbegriffs und der damit verbundenen Einführung der (verschuldensunabhängigen) Konzernhaftung durch § 81 Abs. 3a GWB-E geschlossen.

Für den Bereich des Kartellschadensersatzrechts stellt sich nun die Frage, ob im Rahmen von § 33a GWB-E, der dem Wortlaut nach nur eine redaktionelle Neugestaltung der bisherigen Regelungen des § 33 Abs. 1, Abs. 2 GWB a.F. darstellt, ebenfalls der europäische Unternehmensbegriff gilt.

Bedauerlich ist, dass eine klarstellende Formulierung des Gesetzgebers für die zivilrechtliche Haftung nach §§ 33a ff. GWB-E unterblieb.<sup>6</sup> Zwar sollte nach Auffassung der Verfasser durch die Regelung des Art. 1 Abs. 1 RL, wonach jedwede Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen passivlegitimiert sind, der Methode einer Richtlinie nach Art. 288 AEUV folgend der europäische Unternehmensbegriff als in die mitgliedstaatlichen Haftpflicht-, Wettbewerbs- und Prozessrechte eingeführt gelten.<sup>7</sup> Gleichwohl ist diese Frage bereits jetzt umstritten.<sup>8</sup> Eingewandt wird, dass die Übernahme nicht zwingend und durch die Formulierung letztlich offengelassen worden sei, wie eben

1 Europäische Kommission, Folgenabschätzungsbericht SWD(2013) 204 endg., Rn. 67, 102, 172.

2 Europäische Kommission, Folgenabschätzungsbericht SWD(2013) 204 endg., Rn. 67, 102, 172.

3 Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, KOM(2013) 404 endg.

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

5 Vgl. etwa Kahlenberg/Heim, BB 2016, 1863; Wiedmann/Funk, BB 2015, 2627.

6 Gründe dafür mögen rechtspolitische Bedenken im Hinblick auf eine etwaige Schwächung des gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzips – vgl. dazu Thomas/Legner, NZKart 2016, 155 – oder die Befürchtung der Ausweitung der Konzernhaftung auch in andere Rechtsbereiche sein, vgl. dazu Mäger, NZKart 2015, 329, 30; zum ganzen auch Kersting/Preuß, WuW 2016, LH 2.

7 Klumpe/Thiede, ÖZK 2016, 137, 140; dem Vernehmen nach auch Jungbluth, BMWi, siehe Pipoh, NZKart 2016, 226.

8 Auf Grundlage der Richtlinie bzw. des gleichlautenden Referentenentwurfs zur 9. GWB-Novelle bejahend Kersting, WuW 2016, 329; ders., WuW 2014, 564, 565; Klumpe/Thiede, ÖZK 2016, 137, 140; Makatsch/Mir, EuZW 2015, 7, 8; zweifelnd, i. E. zustimmend Petrasincu, WuW 2016, 330; ablehnend Kahlenberg/Heim, BB 2016, 1863, 1870; Stauber/Schaper, NZKart 2014, 346.

der Vergleich zu § 81 Abs. 3a GWB-E zeige.<sup>9</sup> Auch wenn dies angesichts des für das ganze GWB geltenden § 36 Abs. 2 GWB sowie des recht deutlichen Fingerzeigs durch die Rechtsprechung des BGH<sup>10</sup> für die Geltung der Konzernhaftung auch im Rahmen der §§ 33 ff. GWB-E wohl nicht zur Gänze überzeugen vermag,<sup>11</sup> wäre es doch erfreulich, wenn der Gesetzgeber nicht von vornherein leicht zu beseitigende Rechtsunsicherheiten aufkommen lässt,<sup>12</sup> zumal davon einige für die Praxis wichtige Folgefragen abhängen.<sup>13</sup>

### III. Aktivlegitimation, Verbraucher und kollektiver Rechtsschutz

Der Europäische Richtliniengeber hat es den Mitgliedstaaten freigestellt, kollektive Rechtsschutzelemente zu schaffen. Der deutsche Gesetzgeber hat hiervon keinen Gebrauch gemacht. Insbesondere vor dem Hintergrund der Jedermann-Rechtsprechung des EuGH<sup>14</sup> wäre deren Einführung begrüßenswert,<sup>15</sup> weil ansonsten die durch Verbraucher erlittenen marginalen Streuschäden nicht verfolgt werden und auch kartellgeschädigte kleinere Unternehmen angesichts des Kostenrisikos einer Kartellschadensersatzklage mit hoher Wahrscheinlichkeit von einer Klage Abstand nehmen werden.<sup>16</sup>

Auswirkungen wird die mangelnde Gesetzgebungsinitiative vor allem insofern haben, als im Gefolge der Richtlinie § 33c Abs. 1 S. 2 GWB-E die sog. passing on-defence vorsieht, also den Einwand der Weitergabe des Preisaufschlags an die nächste Absatzstufe. Es scheint bereits jetzt vorgezeichnet, dass der Kartellant in jenen Fällen, in denen ihm der Nachweis der Überwälzung kartellbedingt erhöhter Preise an den Verbraucher gelingt, letztlich von jeder Schadensersatzpflicht frei werden wird, weil – wie gezeigt – die individuelle Verfolgung von Streuschäden durch den Verbraucher fernliegend sein dürfte.<sup>17</sup> Dieser mit dem Effektivitätsgebot kaum vereinbare Umstand macht damit nach Ansicht der Verfasser kollektive Rechtsschutzelemente nachgerade notwendig.<sup>18</sup>

### IV. Schadensersatzansprüche nach § 33a GWB-E

Während § 33a Abs. 1 GWB-E dem bisherigen § 33 Abs. 3 GWB entspricht, führen Absätze 2 und 3 wichtige Neuerungen ein. § 33a Abs. 2 S. 1, Abs. 3 GWB-E setzt Art. 17 Abs. 2 RL in Form einer widerleglichen Vermutung um. Vermutet wird, dass Kartelle<sup>19</sup> einen Schaden beim direkten Abnehmer verursachen. Eine solche Vermutung des Schadenseintritts beim direkten Abnehmer ist für Quotenkartelle<sup>20</sup> in der deutschen Rechtsprechung längst anerkannt<sup>21</sup> und wird nun auf weitere Bereiche von Hardcore-Kartellen erweitert.<sup>22</sup>

Nicht vermutet wird aber zum einen die Kartellbetroffenheit, also der Kausalzusammenhang zwischen Kartell und einzelner Erwerbsvorgang.<sup>23</sup> Zum anderen wird insbesondere nicht eine bestimmte Schadenshöhe vermutet. Hier bleibt es bei der Schadensschätzung durch den Richter nach § 287 ZPO.<sup>24</sup> Der Kläger muss dafür wenigstens Anhaltspunkte für die Größenordnung des Schadens vortragen, was in aller Regel die teure Expertise von Sachverständigen erfordert und so abschreckend wirken kann.<sup>25</sup>

So wird schon der Ruf laut, die Rechtsprechung solle von sich aus auf Basis des § 287 ZPO eine Mindestschadensschätzung vornehmen.<sup>26</sup> Dies verkennt, dass die Rechtsfortbildung zwar durchaus durch die Richterschaft vorgenommen werden kann,<sup>27</sup> diese Aufgabe jedoch im Grunde dem Gesetzgeber obliegt, der mehr Mut hätte beweisen können.

## V. Schadensabwälzung

Obwohl der Europäische Richtliniengeber in Artt. 13, 14 RL Fragen der passing on-defence und des gesetzlichen Anspruchs des mittelbaren Abnehmers klar voneinander trennt, vermerkt § 33c GWB-E beide Aspekte. § 33c Abs. 1 GWB-E regelt die passing on-defence, also eine Einwendung. § 33c Abs. 2 GWB-E beinhaltet dagegen die Vermutung der Schadensabwälzung auf den mittelbaren Abnehmer. Diese hat aber nichts mit der Regelungsmaterie des Abs. 1 zu tun, weil sie zum Haftungstatbestand gehört.<sup>28</sup>

Mag dies noch eine hinnehmbare Ungenauigkeit sein, bringt die Regelung durch das Zusammenspiel der Absätze 2 und 3 einen erheblichen Systembruch mit sich: Bekanntlich müssen sämtliche Anspruchsvoraussetzungen, auf die ein Urteil gestützt werden soll, grundsätzlich im Wege des Strengbeweises<sup>29</sup> bewiesen werden und zur richterlichen Überzeugung von der Wahrheit<sup>30</sup> führen.<sup>31</sup> § 33c

<sup>9</sup> Vgl. *Deutscher Industrie- und Handelskammertag (DIHK)*, Stellungnahme zum 9. GWB-ÄndG, 5 f.; ebenso *Petrasinca*, WuW 2016, 330 f.

<sup>10</sup> BGH, 23.6.2009 – KZR 21/08, *Entega I*, WuW/E DE-R 2739 f., WM 2009, 1997 f., NJW-RR 2010, 618 f.

<sup>11</sup> Ebenso *Gussone*, WuW 2016, 393.

<sup>12</sup> Vgl. *Kersting/Preuß*, WuW 2016, LH 2 auch zur Frage des unterbliebenen Verschuldensfordernisses auf Seiten der Konzernmutter.

<sup>13</sup> Insbesondere bzgl. einer Verrechtlichung des Unternehmens, vgl. *Kersting/Preuß*, WuW 2016, LH 2, 3 m. w. N.

<sup>14</sup> Vgl. EuGH, 20.9.2001 – C-453/99 – *Courage/Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465, EuZW 2001, 715; EuGH 5.6.2013 – C-557/12 – *Kone*, ECLI:EU:C:2014:1317, BB 2014, 1550; *Klumpe/Thiede*, ÖZK 2016, 137, 140 f. m. w. N.; *Zetzsche*, WuW 2016, 67 f.

<sup>15</sup> Beispielsweise als opt in-Verbandsklage oder opt out-Sammelklage, vgl. instruktiv dazu *Hirner/Mayr-Riedl*, wbl 2016, 366 f.

<sup>16</sup> Vgl. *Bien*, in: FS Möschel, 2011, S. 131, 132 m. w. N.; *Hirner/Mayr-Riedl*, wbl 2016, 366; *Klumpe/Thiede*, ÖZK 2016, 137, 142. Die Einführung verstieße keineswegs gegen den *ordre public*, so aber *DIHK*, Stellungnahme, 2.

<sup>17</sup> Vgl. *Faure/Weber*, JETL 2015, 163 ff.; *Hirner/Mayr-Riedl*, wbl 2016, 367.

<sup>18</sup> So auch der Bundesrat, vgl. Stellungnahme zum Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 25.11.16, BR-Drucks. 606/16, 6 f.

<sup>19</sup> Vgl. zur trotz Überarbeitung des Wortlauts im Regierungsentwurf fortgeltenden Kritik an der Weite der Definition des Abs. 2 S. 2 noch zum Referentenentwurf *Kahlenberg/Heim*, BB 2016, 1866; der bei *Kersting/Preuß*, WuW 2016, LH 3, 4 darüber hinaus geübten Kritik an der Definition im Referentenentwurf scheint der Regierungsentwurf durch Umformulierungen in Abs. 2 S. 3 („unter anderem“ anstelle von „insbesondere“) und S. 3 Nr. 4 (Fortfall des „sonstige“) Rechnung zu tragen.

<sup>20</sup> Vgl. KG Berlin, 1.10.2009 – 2 U 10/03 Kart., WuW 2010, 189, BauR 2010, 235, WuW/E DE-R, 2773 ff., GWR 2010, 69 ff., GRURPrax 2010, 46; OLG Karlsruhe, 31.7.2013 – 6 U 51/12 Kart., NZKart 2014, 366, BWGZ 2013, 1011.

<sup>21</sup> So hat etwa das LG Dortmund angenommen, dass „nach der Lebenserfahrung ein im Wettbewerb gefundener Preis niedriger ist als der Kartellpreis“, LG Dortmund, 1.4.2004 – 13 O 55/02 Kart., WuW 2004, 1182, EWS 2004, 434, WuW/E DE-R 1352, 1354.

<sup>22</sup> Vgl. etwa BGH, 28.6.2005 – KRB 2/05, NJW 2006, 163; OLG Karlsruhe, 31.7.2013 – 6 U 51/12 Kart., NZKart 2014, 366; *Thiede/Träbing*, NZKart 2016, 422 ff., a. A. wohl *Kahlenberg/Heim*, BB 2016, 1866.

<sup>23</sup> Die in der Praxis für den Kartellgeschädigten bestehenden Darlegungs- und Beweisprobleme bestehen daher fort, vgl. dazu *Fritzsche/Klöppner/Schmidt*, NZKart 2016, 416; *Klumpe/Thiede*, ÖZK 2016, 175 ff.; vgl. auch jüngst BGH 12.7.2016 – KZR 25/14 – *Lotto-block II*, BB 2016, 2188 ff., NZKart 2016, 436.

<sup>24</sup> Vgl. § 33a Abs. 3 GWB-E.

<sup>25</sup> Die RL sieht keine Mindestschadensvermutung vor. Andere europäische Rechtsordnungen haben mehr Mut bewiesen: So sieht etwa § 88/C des ungarischen Kartellgesetzes die Vermutung eines Schadens in Höhe von 10 % des Kaufpreises vor. Dem Kläger wäre unbenommen, einen höheren Schaden darzulegen und zu beweisen, wenn er dies denn will und kann. Vgl. zur Gesamtproblematik *Kahlenberg/Heim*, BB 2016, 1866; *Klumpe/Thiede*, ÖZK 2016, 137 ff.; *Schmidt*, NZKart 2016, 126, 127; *Weitbrecht*, WuW 2015, 959 ff.

<sup>26</sup> Vgl. *Kersting/Preuß*, WuW 2016, LH 3. Solche Schätzungen könnten ggfs. auf Grundlage der Ergebnisse diverser einschlägiger Untersuchungen gebildet werden, vgl. Übersicht bei *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2015, S. 96.

<sup>27</sup> Diese sollen „Mut zur Schätzung“ haben, vgl. *Pipoh*, NZKart 2016, 226.

<sup>28</sup> Dies ist den Verfassern des Regierungsentwurfs jedenfalls insoweit aufgefallen, als dass die Überschrift jetzt nur noch „Schadensabwälzung“ lautet, während es in der Überschrift des Referentenentwurfs noch völlig irreführend „Einwand der Schadensabwälzung“ hieß.

<sup>29</sup> Vgl. *Greger*, in: Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 284, Rn. 1.

<sup>30</sup> Vgl. *Greger*, in: Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 294, Rn. 1 i. V. m. § 286, Rn. 17 f.

<sup>31</sup> Mögen auch für die Frage der Schadensentstehung dem Kläger womöglich die Erleichterungen des § 287 ZPO zu Gute kommen – vgl. dazu BGH 12.7.2016 – KZR 25/14 – *Lotto-block II*, BB 2016, 2188 ff., NZKart 2016, 436 – ergibt sich vorliegend kein anderes Ergebnis, weil es insgesamt um den Haftungsgrund geht, vgl. auch *Greger*, in: Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 287, Rn. 3.

Abs. 2 GWB-E beinhaltet die Vermutung für die Abwälzung des Preisaufschlags auf den mittelbaren Abnehmer. Vermutet wird also, und dies ist zu betonen, letztlich das Bestehen eines Tatbestandsmerkmals der Anspruchsgrundlage aus § 33a GWB-E.<sup>32</sup> Für § 33c Abs. 2 GWB-E gilt also der Strengbeweis.

Soweit das Zivilrecht demgegenüber Glaubhaftmachungen ausreichen lässt,<sup>33</sup> betrifft dies stets Aspekte, die gerade nicht der Feststellung von Anspruchsvoraussetzungen für ein Urteil dienen.<sup>34</sup> Nach § 294 ZPO genügt anstelle der richterlichen Überzeugung eine unterhalb dieser Schwelle anzusiedelnde Wahrscheinlichkeit, die sich der Richter zudem auch außerhalb der Regelungen für den Strengbeweis in §§ 355–494a ZPO verschaffen kann.<sup>35</sup> § 33c Abs. 3 GWB-E bedient sich ausweislich seines Wortlautes dieser Technik und erklärt die Vermutung des Absatzes 2 dann für nicht anwendbar, wenn „glaubhaft [sic!] gemacht wird, dass der Preisaufschlag nicht oder nichtvollständig an den mittelbaren Abnehmer weitergegeben wurde“. Demnach würde zur Verteidigung gegen die Anspruchsvoraussetzung des Absatzes 2 die Glaubhaftmachung von Tatsachen i. S. d. § 294 ZPO ausreichen.

Liest man beide Normen nun in ihrem systematischen Zusammenhang, wird offenbar, dass der Strengbeweis des Absatzes 2 mit einer Glaubhaftmachung des Absatz 3 ausgehebelt werden soll,<sup>36</sup> die richterliche Überzeugung von der Wahrheit also durch eine bestimmte Wahrscheinlichkeit ersetzt wird. Dies ist systemwidrig, weil ein Strengbeweis immer dann zu verlangen ist, wenn ein rechtskräftiges Urteil aufgrund des Vorliegens der einschlägigen Anspruchsvoraussetzungen ergeht. Schon wegen der Wirkung eines Urteils muss durch den Strengbeweis sichergestellt sein, dass größtmögliche Übereinstimmung zwischen dem vom Gericht beurteilten und dem wahren Sachverhalt vorliegt.<sup>37</sup> Allein für vorläufige Entscheidungen, so etwa im prominenten Beispiel des einstweiligen Rechtsschutzes, genügt eine Glaubhaftmachung der Umstände. Verbindet man nun beide Systeme, wäre das Urteil Zweifeln unterworfen, weil die Übereinstimmung zwischen wahren und beurteiltem Sachverhalt nicht größtmöglich, sondern nur mehr wahrscheinlich wären. Gerade dies wollte der historische Gesetzgeber vermeiden.<sup>38</sup>

Dass das Zulassen einer Glaubhaftmachung Probleme aufwirft, haben die Verfasser des Regierungsentwurfs wohl erkannt, weil anstelle der im Referentenentwurf in Absatz 3 verwendeten Formulierung „die Vermutung einer Schadensabwälzung ... kann widerlegt werden“<sup>39</sup> nunmehr die Vermutung unter bestimmten, glaubhaft zu machenden Voraussetzungen „keine Anwendung“ finden soll. Dies verlagert jedoch die geschilderte Problematik nur von der Rechtsfolgen- auf die Tatbestandsseite: Eine gesetzliche Vermutung kann entweder nach § 292 ZPO auf ihrer Rechtsfolgen- durch den Beweis des Gegenteils oder auf der Tatbestandsseite der die gesetzliche Vermutung regelnden Norm angegriffen werden. Auf die erste Möglichkeit zielte noch der Referentenentwurf ab, was durch den Regierungsentwurf nun zu Recht verworfen wurde. Jedoch leidet der nunmehr vorgesehene Angriff gegen die Voraussetzungen der Vermutung auf Tatbestandsseite nach wie vor daran, dass er (nur) glaubhaft gemacht werden muss. Der Ausgangsfehler ist also verblieben, weil es nach wie vor um Anspruchsvoraussetzungen geht, die im Wege des Strengbeweises zu klären wären.<sup>40</sup>

Es wird hier nicht verkannt, dass die deutsche Übersetzung des Art. 14 Abs. 2 lit. d der RL von „glaubhaft machen“ spricht. Dies darf freilich nicht zur wortgleichen, gegen die Grundregeln des deutschen Zivilprozesses verstoßenden Übernahme führen,<sup>41</sup> welche überdies in der Praxis schwer handhabbar wäre.

Soweit dem Gesetzgeber die gesetzliche Vermutung samt ihrer in § 292 ZPO normierten Regeln letztlich zu weitgehend erscheinen, gäbe es andere Auswege. Die Formulierung des Art. 14 Abs. 2 S. 1 RL („wird davon ausgegangen“) erfordert nicht notwendig eine gesetzliche Vermutung. Denkbar wäre es deshalb, zu einer anderen Regelungstechnik, etwa einem gesetzlich normierten Anscheinsbeweis im Stile des § 371a ZPO zu greifen.<sup>42</sup> Hier wäre zur Verteidigung ein „Erschüttern“ der Vermutung ausreichend, was geringere Anforderungen als den Beweis des Gegenteils i. S. v. § 292 ZPO stellt.<sup>43</sup> Eine Glaubhaftmachung wäre aber auch dort nicht zulässig.

## VI. Herausgabe von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften

§ 33g GWB-E, der die Herausgabe von Beweismitteln und die Erteilung von Auskünften regelt, ist in Verbindung mit § 89b und § 89c GWB-E das Kernstück der Novelle. Der Hintergrund der Regelung ist die Informationsasymmetrie zwischen Kartellant und Kartellgeschädigtem, die mit den bisherigen in Deutschland vorhandenen prozessualen Mitteln kaum aufzulösen war.<sup>44</sup> Bekanntlich nahm sich der Europäische Gesetzgeber der Problematik in Artt. 5, 6 RL an und verpflichtete die Mitgliedstaaten dazu, Regelungen zu schaffen, welche die Anordnung der Offenlegung von Beweismitteln durch die nationalen Gerichte sowohl gegen den Kartellanten als auch den Kartellgeschädigten, aber auch gegenüber Dritten ermöglichen und ordnete zugleich eine strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung für solche Begehren an.

Der deutsche Gesetzgeber hat sich ohne Not für eine über die Richtlinienvorgaben hinausgehende Umsetzung, namentlich für einen „selbstständigen, materiellen Rechtsanspruch auf Auskunft und Herausgabe von Beweismitteln“<sup>45</sup> entschieden. Wie zu zeigen sein wird, ist dies sowohl hinsichtlich der Ausgestaltung der Anspruchsgrundlage als auch der verfahrensrechtlichen Umsetzung nicht befriedigend

32 Die Vermutung lässt zwar die Beweisbedürftigkeit des Tatbestandsmerkmals entfallen, dies ändert aber nichts an dessen Qualität als Tatbestandsmerkmal, vgl. Greger, in: Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016, vor § 284, Rn. 10 und § 286, Rn. 3.

33 Vgl. die zahlreichen Beispiele bei Greger, in: Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 287, Rn. 3.

34 Abgesehen von Fällen der einstweiligen Verfügung, die mit den hier zu diskutierenden naturgemäß nicht vergleichbar sind.

35 Vgl. Greger, in: Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 294, Rn. 1 und 6; BGH, 11.9.2003 – IX ZB 37/03, BGHZ 156, 139, BB 2004, 463 Ls, Rn. 8.

36 Dies umso mehr, als der Wortlaut darauf hindeutet, dass durch die Glaubhaftmachung ein endgültiger Ausschluss der Vermutung bewirkt wird, d. h. dem Anspruchsteller verwehrt wird, etwa das Gegenteil der glaubhaft gemachten Tatsachen auf herkömmlichen Wege zu beweisen.

37 So mit Recht Greger, in: Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 286, Rn. 18 und 20, jeweils m. w. N.

38 In anderem Zusammenhang leuchtet auch unmittelbar ein, dass allein durch Ausbringung einer eidesstattlichen Versicherung nach § 294 ZPO durch eine Partei eine gesetzliche Vermutung nicht außer Kraft gesetzt werden kann: Ein Eigentümer, der einen Anspruch aus § 985 BGB gegen den unrechtmäßigen Besitzer hat, wird oft auf die gesetzliche Vermutung des § 1006 BGB zum Beweis seiner Eigentümerstellung angewiesen sein. Es wäre völlig fernliegend, ihm diese Vermutung allein aufgrund der eidesstattlichen Versicherung des unrechtmäßigen Besitzers, es habe zu keinem Zeitpunkt Eigenbesitz des Eigentümers vorgelegen, komplett entziehen zu wollen.

39 Diese Formulierung war fehlerhaft, weil eine gesetzliche Vermutung allein nach den Regeln des § 292 ZPO zu widerlegen ist, also durch den Voll(!)-Beweis des Gegenteils; vgl. Prütting, in: MünchKomm, ZPO, 5. Aufl. 2016, § 292, Rn. 23 und Reichold in Thomas/Putzo, ZPO, 36. Auflage 2015, § 292 Rn. 4 m. w. N.

40 Vgl. auch Greger, in: Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 292, Rn. 2.

41 Dies umso mehr, als der europäische Rechtsterminus autonom auszulegen ist, weil er inhaltlich gerade nicht dem deutschen Rechtsbegriff entspricht, vgl. BAG, 5.2.2004 – 8 AZR 112/03, NJW 2004, 2112 ff., ferner Müller-Glöge, in: MünchKomm, BGB, 4. Aufl. 2005, § 611a, Rn. 35, 36; Westenberger, Die Entschädigungs- und Beweislastregelung des § 611a BGB im Lichte des deutschen und europäischen Rechts, 2001, S. 130, 131.

42 Wenn auch dessen Einführung dort schon heftiger Kritik ausgesetzt war, vgl. Musielak, in: FS Vollkommer, 2006, S. 237, 250 ff.; Jonas-Berger, in: Stein, ZPO, 22. Aufl. 2013, § 371a, Rn. 15.

43 Vgl. Greger, in: Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 292, Rn. 2.

44 Zum Ganzen Klumpe/Thiede, ÖZK 2016, 173 ff.; Weitbrecht, WuW 2015, 962.

45 Vgl. Begründung Regierungsentwurf, 69.

gelungen.<sup>46</sup> Andere Mitgliedstaaten wie etwa Österreich<sup>47</sup> haben sich demgegenüber in ihrer Umsetzung mit gutem Grund für eine innerprozessuale Regelung entschieden.

### 1. Glaubhaftmachung

In § 33g Abs. 1 GWB-E heißt es wieder, dass der Kartellant verpflichtet sei, Beweismittel demjenigen herauszugeben, „der glaubhaft macht“ einen Schadensersatzanspruch zu haben. Wie bereits erörtert, bedeutet Glaubhaftmachung die Herabsenkung des Beweinsniveaus, ist also ein nachgerade klassischer prozessualer Terminus. Dies steht in erheblichem Widerspruch zum avisierten materiell-rechtlichen Charakter des § 33g GWB-E – die Norm müsste die Beweislast für die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs regeln. Anders als bei § 33c GWB-E sieht der hier umzusetzende Passus der Richtlinie keine „Glaubhaftmachung“ vor; Art. 5 Abs. der RL verlangt für die Anordnung eine „substantiierte Begründung“.

### 2. Gerichtsstand

Probleme entstehen auch im Hinblick auf den Gerichtsstand für eine solche Offenlegung. Keine Änderungen ergeben sich bezüglich der sachlichen Zuständigkeit; diese liegt nach § 87 GWB-E streitwertunabhängig bei den Landgerichten.

Bezüglich der funktionellen Zuständigkeit hat der Regierungsentwurf eine Schwäche des Referentenentwurfs erkannt: Grundsätzlich sind für Ansprüche nach dem GWB die Kammern für Handelssachen zuständig.<sup>48</sup> Dies gilt jedoch nicht für kartellrechtliche Schadensersatzansprüche, welche vor die Kartellzivilkammer gehören.<sup>49</sup> Unbestritten gilt dies für deliktische Ansprüche; hinsichtlich vertraglicher Ansprüche besteht weniger Einigkeit.<sup>50</sup> Da die Offenlegung ausweislich § 33g Abs. 2 GWB-E (auch) dem Kartellanten zusteht, handelt es sich dabei nicht um Schadensersatzansprüche, sodass deren Geltendmachung nur im Rahmen eines Schadensersatzprozesses zur Zuständigkeit der Kartellzivilkammer hätte führen können.<sup>51</sup> Werden die Offenlegungsansprüche demgegenüber in einer gesonderten Offenlegungsklage verfolgt, wäre die Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen eröffnet. Dem baut jetzt Art. 6 des Regierungsentwurfs vor, indem er § 95 Abs. 2 Nr. 1 GVG dahin ändert, dass der Passus „Schadensersatzansprüche“ durch „Auskunfts- oder Schadensersatzansprüche“ ersetzt wird.

Problematisch bleibt auch im Regierungsentwurf, dass die Gerichtsstände bei isolierten Offenlegungsklagen in der gewählten Umsetzung auseinanderfallen können, sodass in der Sache zusammenhängende Verfahren über ganz Deutschland verteilt geführt werden müssten: Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach den allgemeinen Regeln der §§ 12 ff. ZPO. Neben dem allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten nach § 12 ZPO kommen in Kartellverfahren allgemein bei Klagen aus Verträgen der Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach § 29 ZPO und bei Schadensersatzklagen aus § 33a GWB-E der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach § 32 ZPO in Betracht. Die Ansprüche auf Offenlegung nach § 33g GWB-E gegen die Kartellgeschädigten und gegen Dritte sind grundsätzlich an deren jeweiligem allgemeinen Gerichtsstand zu verfolgen. Für Ansprüche gegen Dritte versteht sich dies von selbst; im Übrigen ist umstritten,<sup>52</sup> ob auch dem Schädiger der deliktische Gerichtsstand zur Verfügung steht.<sup>53</sup> Bedenkt man, dass die Offenlegungsansprüche der Förderung des Schadensersatzprozesses dienen sollen, und dass das Auseinanderfallen der Gerichtsstände vor allem eine Vervielfachung gerichtlicher Arbeit be-

wirkt, ist eine Konzentrationsvorschrift jedenfalls aus Sicht des Praktikers dringend angezeigt.<sup>54</sup>

### 3. Intertemporales Privatrecht

Als besonders delikant erweist sich die Frage nach dem zeitlichen Anwendungsbereich der Offenlegungsansprüche nach § 33g GWB-E. Angesichts der bekannten Informationsasymmetrie zwischen Kartellanten und Kartellkläger bedarf es keiner näheren Begründung, dass Kartellkläger auch in bereits laufenden Verfahren ein Interesse daran haben, Offenlegungsansprüche geltend zu machen. Der GWB-E enthält keinerlei Übergangsvorschriften; die Richtlinie bestimmt in Art. 22, dass es nicht zu einer Rückwirkung materiell-rechtlicher Vorschriften kommen soll und prozessuale Vorschriften nicht für vor dem 26.12.2014 bei einem nationalen Gericht erhobene Klagen gelten.<sup>55</sup>

Damit scheint vorgegeben, dass § 33g GWB-E als materiell-rechtlicher Anspruch keine Anwendung auf bereits laufende Verfahren findet, also auch nicht auf solche, die nach dem 26.12.2014 begonnen haben. Dies würde sich mit dem Paradigma des deutschen intertemporalen Privatrechts decken, welches die Anwendung jenes materiellen Rechts auf ein Schuldverhältnis vorsieht, welches zur Zeit seiner Entstehung galt.<sup>56</sup> Aufgrund der Vorgabe aus der Richtlinie ist dieser Schluss für die Zeit ab dem 27.12.2014 jedoch keineswegs zwingend, weil Artt. 5 und 8 RL, welche den Offenlegungsanspruch vorsehen, gerade nicht zu den materiell-rechtlichen Vorschriften i.S.d. Art. 22 RL zählen.<sup>57</sup> Zwei Lösungen sind demgemäß denkbar: Entweder man unterstellt, dass der Offenlegungsanspruch zwar in der deutschen Umsetzung ein materiell-rechtlicher Anspruch ist, dieser aber wegen der Richtlinienvorgabe eine prozessrechtliche Regelung i.S.d. Art. 22 RL darstellt und so doch rückwirkend auf nach dem 27.12.2014 begonnene Verfahren anwendbar ist.<sup>58</sup> Oder man macht – was konsequent und nach Ansicht der Autoren zutreffender wäre – hinsichtlich der materiell-rechtlichen Natur Ernst und folgt dem in der Richtlinie und dem intertemporalen Privatrecht vorgegebenen Grundsatz, dass materiell-rechtliche Vorschriften nicht zurückwirken.

46 Vgl. bereits die kritischen Anmerkungen zum wortgleichen Referentenentwurf bei Klumpe/Thiede, NZKart 2016, 471 ff.

47 Vgl. § 37j öKartG-E; zum österreichischen Entwurf Hoffer, NZKart 2016, 466 f.

48 § 95 Abs. 2 Nr. 1 GVG.

49 Vgl. die Formulierung „es sei denn“ in § 95 Abs. 2 Nr. 1 GVG, dazu auch Lückemann, in: Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 95 GVG, Rn. 16.

50 Vgl. Meyer-Lindemann, Frankfurter Kommentar, GWB, 87. Lief., 8/2016, § 87, Rn. 65.

51 Deren Zuständigkeit dürfte sich nach Sinn und Zweck des § 95 Abs. 2 Nr. 1 GVG insoweit auf alle Aspekte im Rahmen des Schadensersatzanspruchs erstrecken, damit auch auf im Schadensersatzprozess erhobene Offenlegungsansprüche.

52 Vgl. Vollkommer, in: Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 32, Rn. 14 m. w. N.

53 Vorliegend womöglich im Rahmen einer negativen Feststellungsklage, vgl. § 33g Abs. 2 S. 2 GWB-E.

54 Gemäß § 89 GWB i.V.m. § 1 der Verordnung über die Bildung gemeinsamer Kartellgerichte („Verordnung über die Bildung gemeinsamer Kartellgerichte und über die gerichtliche Zuständigkeit in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach dem Energiewirtschaftsgesetz“) kann für Streitigkeiten, für die nach § 87 GWB die Landgerichte ausschließlich zuständig sind, eine Zuweisung zu bestimmten Landgerichten innerhalb eines OLG-Bezirk angeordnet werden; von dieser Regelung haben alle – abgesehen von Thüringen sowie den kleinen, ohnedies nur über ein Landgericht verfügenden – Bundesländer Gebrauch gemacht. Insoweit werden die verschiedenen Gerichtsstände bisweilen ohnehin am Konzentrationsgerichtsstand zusammengefasst sein.

55 Vgl. zu § 33 Abs. 4 GWB, OLG Karlsruhe, 31.7.2013 – 6 U 51/12 Kart., NZKart 2014, 366 ff., Rn. 47; OLG Düsseldorf, 19.11.2015 – 14 d O 4/14, NZKart 2016, 88; Bechthold/Bosch, GWB, 8. Aufl. 2015, § 33, Rn. 41.

56 BGH, 28.6.2011 – KZR 75/10, BGHZ 190, 145 ff., BB 2012, 75 ff., WuW/E-DE-R 3431 ff., NJW 2012, 928 ff.; OLG Karlsruhe, 31.7.2013 – 6 U 51/12 Kart., NZKart 2014, 366 ff.; Keller, RdW 2010/209, 193.

57 Vgl. Kersting/Preuß, WUW 2016, LH 13.

58 So zum wortgleichen Referentenentwurf Kersting/Preuß, WUW 2016, LH 13, Petrasincu, WuW 2016, 330, 335 f.

Damit gilt es für den Gesetzgeber, in dieser für Praktiker äußerst bedeutsamen Frage dringend Klarheit zu schaffen.

#### 4. Praktische Auswirkungen des Offenlegungsanspruchs

Soweit ersichtlich sind die praktischen Folgen der Einführung des Offenlegungsanspruchs für die kontinentaleuropäische Gerichtsbarkeit kaum tiefer analysiert worden. Dies überrascht, denn schließlich wird das befassende Gericht mit der in § 33g GWB-E geforderten Ermessens- und Abwägungsentscheidung vor völlig neue Anforderungen gestellt.<sup>59</sup> Der schiere Umfang der nach § 89b Abs. 6 GWB-E zu begründenden Abwägungsentscheidungen nach § 33g Abs. 3 ff. GWB-E droht die Kammern schlechterdings zu überfordern, weil der jeweilige Gegner des Offenlegungsantrags schon aus Prozesstaktik die Vertraulichkeit jedes einzelnen Dokuments behaupten wird, weshalb im Extremfall womöglich beschwerdefähige (Abwägungs-)Entscheidungen für Tausende von Dokumenten getroffen werden müssten. So existierten im Verfahren der CDC gegen das Zementkartell<sup>60</sup> neben der mehrere tausend Seiten starken Verfahrensakte, 200 Aktenordner Anlagen. Überdies hatte die Klägerin allen Beklagten je weitere 400 Aktenordner<sup>61</sup> zur Verfügung zu stellen.<sup>62</sup> Da der Anspruch nach § 33g Abs. 1 und 2 GWB-E allen Parteien offensteht<sup>63</sup> und häufig eine zweistellige Anzahl von Streitverkündeten bzw. Nebenintervenienten vorhanden ist, welche jedenfalls als „Dritte“ im Sinne des § 33g GWB-E in Betracht kommen, kann die Anzahl der betroffenen Dokumente und der diesbezüglich zu treffenden Entscheidungen jedenfalls um den Faktor 2, realistischer Weise um den Faktor 6 steigen.

Ein weiteres aktuelles Beispiel einer – freilich nicht kartellrechtlichen – Offenlegung offenbart den möglichen Umfang der durch die Kammern in diesen Fällen zu erbringenden Leistung: Mit einem Team aus 42 Anwälten hat die Kanzlei Freshfields die Untersuchung von Finanzierung und Vergabe der Fußball-Weltmeisterschaft 2006 durchgeführt und dazu 740 Aktenordner und 128 000 E-Mails ausgewertet, ferner fast dreißig Gespräche geführt.<sup>64</sup> Die Kanzlei stellte hierfür knapp 5 Mio. Euro in Rechnung, sodass bei konservativer Schätzung knapp 10 000 Arbeitsstunden<sup>65</sup> aufgewendet wurden.<sup>66</sup> Der einer gerichtlichen Personalbedarfsberechnung zugrunde liegende sogenannte „Pep\$y-Schlüssel“<sup>67</sup> sieht für die Bearbeitung einer kompletten Kartellsache demgegenüber rund 23 Stunden vor, wobei hierbei keineswegs die Anhörung, Begründung und Bescheidung von Offenlegungsanträgen erfasst sind, sondern allein die Vorbereitung der bereits jetzt häufig äußerst umfangreichen Akten, die hierfür erforderlichen Recherchearbeiten, die Erörterung in der mündlichen Verhandlung und ggfs. die Abfassung eines Urteils.

#### 5. Schutz der Kronzeugen

Eine marginale Reduzierung der Offenlegungsbegehren mag dabei die Regelung des § 33g Abs. 4 ff. GWB-E bringen, wonach Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen nicht herauszugeben sind. Die Vorschrift krankt in zweierlei Hinsicht: Die in § 33g Abs. 4 ff. GWB-E umgesetzte Regelung des Art. 6 Abs. 4 RL geht sowohl deutlich hinter den durch den EuGH vorgezeichneten,<sup>68</sup> als auch den bereits in der deutschen Rechtsprechung erreichten Standard zurück.<sup>69</sup> Daher ist bereits vereinzelt eine Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV angeregt worden, sodass über der Regelung ein Damoklesschwert schwebt. Angesichts dessen scheint es umso unverständlicher, dass der GWB-E den Schutz nun auch noch auf Vernehmungsproto-

kolle des Bundeskartellamts erstreckt, was von der Richtlinie nicht gefordert wird<sup>70</sup> und überdies nicht mit dem Wortlaut des § 33 Abs. 4 GWB-E vereinbar ist.<sup>71</sup>

Eine zweite, für Kartellgeschädigte bedenkliche Diskrepanz zwischen Richtlinie und Umsetzung ergibt sich hinsichtlich des Zeitpunktes der Offenlegungspflicht: Während die Richtlinie lediglich der Versagung der Herausgabe von Beweismitteln von der Beendigung des Verfahrens im Einzelfall abhängig macht, sieht § 33g Abs. 5 GWB-E vor, dass sämtliche enthaltenen Beweismittel bis zum Abschluss des wettbewerbsbehördlichen Verfahrens gegen sämtliche Beteiligten zurückzustellen sind.<sup>72</sup> Damit wird der Informationserwerb durch Kläger erheblich behindert. Es ist unverständlich, warum der GWB-E derartige Verschlechterungen in einem der Kernpunkte der gesetzgeberischen Zielsetzung im Vergleich zur derzeitigen Rechtslage vorzieht; auch hier ist eine Nachbesserung dringend geboten.

#### 6. Kostentragung

Die Vorschrift des § 33g Abs. 7 GWB-E, wonach der Anspruchsteller dem zur Offenlegung Verpflichteten die Aufwendungen zu erstatten hat, die dieser den Umständen nach für erforderlich halten durfte, ist in der Richtlinie nicht vorgesehen.<sup>73</sup> Es ist unklar, ob es sich hierbei um einen nachgelagerten Anspruch handeln soll oder der Anspruch, gleichsam als Vorschussanspruch, Gegenstand eines materiellen Zurückbehaltungsrechts ist;<sup>74</sup> beides dürfte im Widerspruch zu der nach § 33g Abs. 3 Nr. 2 GWB-E vorzunehmenden Abwägung stehen, in der die Kosten ausdrücklich als Element berücksichtigt werden sollen.<sup>75</sup> Letztere Lesart erschwert finanziell schwächeren Kartellgeschädigten die Klage, weil damit die z. T. erheblichen Kosten bis zum Ausgang des Verfahrens vorzufinanzieren wären. Sofern darauf verwiesen wird,

59 Sieht man von der Beurteilung des Schutzes von Kronzeugen ab, EuGH 14.6.2011 – C-360/09 – Pfeiderer, ECLI:EU:C:2011:389, RIW 2011, 543, EWS 2011, 289, Rn. 23.

60 LG Düsseldorf, 17.12.2013 – 37 O 200/09, NZKart 2014, 75 ff., WuW/E DE-R 4087 ff., JZ 2014, 635 ff. und OLG Düsseldorf, 18.2.2015 – VI-U (Kart) 3/14 – NZKart 2015, 201 ff., WuW/E DE-R 4601 ff., JZ 2015, 726 ff.

61 Dies entspricht 83 Umzugskartons und damit etwa 1,6 Tonnen Papier.

62 Vgl. Schumacher, WiWo vom 27.4.2009, 52 f.

63 In Verfahren das Schienenkartell betreffend sind dies meist sechs bis acht Beklagte.

64 Vgl. Bender, unter [www.juve.de/nachrichten/namenundnachrichten/2016/05/abschlussrechnung-freshfields-bericht-kostet-dfb-mehr-als-fuenf-millionen-euro](http://www.juve.de/nachrichten/namenundnachrichten/2016/05/abschlussrechnung-freshfields-bericht-kostet-dfb-mehr-als-fuenf-millionen-euro) (Abruf: 6.11.2016).

65 Dass eine Größenordnung des hier auf einen Anwalt entfallenden Umfangs an Unterlagen und elektronischer Daten ohne weiteres im Rahmen eines disclosure vorkommen kann – man denke nur an ein jahrelang existierendes Kartell mit mehreren Beteiligten – liegt auf der Hand; tatsächlich sind noch deutlich größere Mengen an Unterlagen zu erwarten. Die Erfahrung aus zahlreichen Kartellverfahren, in denen bislang Kläger Offenlegung über § 142 ZPO und andere Normen begehrten, lehrt auch, dass die Kartellanten dazu neigen, für jedes Stück Papier Vertraulichkeit zu behaupten, so dass der Richter nicht nur jedes einzelne Blatt lesen, sondern auch – nach Anhörung der Gegenseite! – bewerten und die Entscheidung in einen begründeten Beschluss gießen müsste.

66 Bei 42 Anwälten sind das pro Anwalt 238 Stunden, bei 41 Wochenstunden, die ein Richter der Papierform nach arbeitet, fast sechs Wochen. Dabei entfielen dann auf jeden Anwalt knapp 18 Ordner, 3047 E-Mails und gerundet ein Gespräch.

67 Vgl. [www.mj.niedersachsen.de/themen/personal\\_haushalt\\_organisation\\_iteinsatz/pebby/pebby-10316.html](http://www.mj.niedersachsen.de/themen/personal_haushalt_organisation_iteinsatz/pebby/pebby-10316.html) (Abruf: 6.11.2016).

68 Vgl. EuGH, 14.6.2011 – C-360/09 – Pfeiderer, ECLI:EU:C:2011:389, RIW 2011, 543, EWS 2011, 289; „Es [sei] nicht [zu] verlangen, dass dieser Zugang [zur Kronzeugenaussagen] systematisch verweigert werden kann“; vgl. Kersting, JZ 2013, 737 ff., 739; Klumpe/Thiede, ÖZK 2016, 137 ff.; Hempel, EuZW 2014, 29 ff.

69 Vgl. OLG Hamm, 26.11.2013 – 1 VAs 116-122/13, NZKart 2014, 107; BVerfG, 6.3.2014 – 1 BvR 3541/13, 1 BvR 3543/13, 1 BvR 3600/13, NZKart 2014, 191, NJW 2014, 1581 ff., WuW/E DE-R 4213.

70 Vgl. Gussone, WUW 2016, 393; Petrasincu, WUW 2016, 333 zum insoweit wortgleichen Referentenentwurf.

71 Dies ergibt sich auch als Umkehrschluss aus § 33g Abs. 6, weil dort allein Aussagen von zur Zeugnisverweigerung berechtigter Personen ausgenommen sind.

72 Vgl. Gussone, WUW 2016, 393.

73 Vgl. Petrasincu, WUW 2016, 333.

74 Vgl. die deutlichere Formulierung bei ähnlichem Anspruch in § 811 BGB, der in Abs. 2 S. 2 ein solches Zurückbehaltungsrecht explizit gewährt; hierzu Sprau, in: Palandt, BGB, 75. Aufl. 2016, § 811, Rn. 2.

75 Kritisch auch Petrasincu, WUW 2016, 333 zum wortgleichen Referentenentwurf.

dass Kartellgeschädigten bei Klageerfolg ein aufrechenbarer materiell-rechtlicher Anspruch gegen den Kartellanten auf Ersatz von Rechtsverfolgungskosten zusteht,<sup>76</sup> so greift dies nach Auffassung der Verfasser zu kurz. Schließlich kann nicht zwangsläufig gegen diesen Anspruch mit dem Anspruch aus § 33g Abs. 7 GWB-E aufgerechnet werden, weil letzterer schon fällig sein dürfte, wenn ersterer noch nicht einmal dem Grunde nach feststeht. Bleibt es zwar nicht unabhängig vom Verfahrensausgang bei einer Kostenpflicht des Antragsgegners,<sup>77</sup> wäre eine Klarstellung trotzdem dringend nötig, weil ansonsten in der Praxis eine entsprechende Heranziehung des § 811 Abs. 2 S. 2 BGB dräut<sup>78</sup> und Ansprüche aus § 33g Abs. 1, 2 GWB-E faktisch leerzulaufen drohen.

Nachdem überdies unklar bleibt, welche Aufwendungen „für notwendig“ gehalten werden dürfen, ob etwa die Kosten einer anwaltlichen Beratung darunter fallen<sup>79</sup> oder ob ohne jedwede Deckelung sämtliche Kosten erfasst werden,<sup>80</sup> wäre es nach Ansicht der Verfasser besser, auf die Regelung in Gänze zu verzichten und analog zum aktienrechtlichen Spruchverfahren vorzugehen.<sup>81</sup> Dort wird das Kostenrisiko dem – in der Regel wirtschaftlich stärkeren – Veranlasser der Strukturmaßnahme aufgebürdet, was jedenfalls bei follow-on-Klagen aufgrund des festgestellten Verstoßes eine sachliche Rechtfertigung hätte.

## 7. Schadensersatz bei Falschauskunft

Der in Art. 8 Abs. 1 lit a) RL angelegte, nunmehr in § 33g Abs. 8 GWB-E umgesetzte Schadensersatzanspruch im Falle der Falschauskunft und Nichtherausgabe von Beweismitteln schafft in der im GWB-E gewählten Umsetzung aus Praktikersicht mehr Probleme als er löst. Angesichts der §§ 883 ff. ZPO, ggfs. i.V.m. den Regelungen zur Beweisvereitelung, braucht es die Norm als Druckmittel für die Herausgabe von Beweismitteln nicht. Dabei wird hier nicht verkannt, dass die Regeln zur Beweisvereitelung dem Kläger wenig nützen, wenn er tatsächlich auf die Informationen im Rahmen seiner Darlegungslast angewiesen ist.<sup>82</sup> Im Übrigen erinnert die Regelung an § 839a BGB bzw. strukturell an Ansprüche aus dem Bereich des Anwaltsregresses, denn letztlich wird es zur Bestimmung des Schadens (auch) darauf ankommen, wie der Prozess bei korrekter Übermittlung der Beweismittel ausgegangen wäre. Damit wäre in der Sache ein komplexer Inzident-Prozess zu führen. Als besonders problematisch dürfte sich erweisen, dass häufig der Gegner des Informationsanspruchs (und damit des Anspruchs aus § 33g Abs. 8 GWB-E) gleichzeitig der Gegner des Anspruchs aus § 33a GWB-E sein wird. Hier droht ein Zirkelschluss: Der Schaden, der durch die Nichtherausgabe entstanden ist, müsste demnach durch die Informationen bewiesen werden, die nicht herausgegeben wurden. Angesichts dessen dürfte ein solches Verfahren auch keine „wirksame und abschreckende Sanktion“ im Sinne von Art. 8 Abs. 2 RL sein. Die Regelung dürfte damit entweder zur Vervielfältigung der ohnehin drohenden Anzahl von Prozessen mit recht zweifelhaften Erfolgsaussichten führen oder womöglich praktisch bedeutungslos bleiben.<sup>83</sup>

## VII. Verfahrensrechtliche Vorschriften

### 1. Gebührenstreitwert der Nebenintervention

Als für Kartellgeschädigte äußerst positive Entwicklung in der verfahrensrechtlichen Umsetzung der RL ist § 89a GWB-E hervorzuheben:<sup>84</sup> Neben redaktionellen Anpassungen in den Absätzen 1 und 2 wird in

Absatz 3 der Vorschrift festgelegt, dass bei mehreren Nebeninterventionen die Summe der Gegenstandswerte der einzelnen Nebeninterventionen den Wert des Streitgegenstandes der Hauptsache für die Festsetzung der Rechtsanwaltskosten nicht übersteigen darf. Da Teile der Rechtsprechung bislang davon ausgingen, dass der Gebührentreitwert für die Nebenintervention für jeden der – womöglich zahlreichen – Nebenintervenienten mit dem Streitwert der Hauptsache anzusetzen sei,<sup>85</sup> ist das Kostenrisiko für Kartellkläger deutlich eingedämmt.

### 2. Verfahren hinsichtlich des Offenlegungsanspruches

Die §§ 89b und 89c GWB-E enthalten die verfahrensrechtlichen Vorschriften zu den oben diskutierten Offenlegungsansprüchen. Auch hier hat sich der Gesetzgeber entschlossen, neue Wege einzuschlagen, freilich mit aus Sicht des Praktikers zweifelhaftem Erfolg. Anstatt auf vorhandene zivilprozessuale Werkzeuge zurückzugreifen – etwa die im Rahmen der §§ 809, 810 BGB anzuwendenden Regeln aus §§ 422 ff. ZPO, welche in den §§ 428 ff. ZPO sogar Vorschriften für der Vorlagepflichten Dritter bieten –, sieht § 89b Abs. 1 GWB-E nun vor, dass für „die Erteilung der Auskünfte nach § 33g ... § 142 ZPO“ gelten soll. Dies ist schon allein deshalb fragwürdig, weil es für die Anwendung des § 142 ZPO – anders als für § 422 ZPO – keines materiell-rechtlichen Anspruches der begünstigten Partei bedarf. Zwar ist die Begründung des Regierungsentwurfes durchaus nachvollziehbar, wonach durch § 89b Abs. 1 und 2 GWB-E dem Gericht die Möglichkeit gegeben werden soll, „... die Erteilung von Auskünften oder die Herausgabe von Beweismitteln innerhalb von Rechtsstreitigkeiten anzuordnen ... ohne dass dazu ein gesonderter Rechtsstreit geführt werden muss“. Dieses Recht hatten die Gerichte aber ohnehin inne; der Vorschrift des § 89b Abs. 1 und 2 GWB-E bedurfte es also nicht.<sup>86</sup>

### 3. Pre-trial discovery?

In der Richtlinie nicht vorgesehen ist die Regelung des § 89b Abs. 5 GWB-E, die unter der Überschrift der „Einstweiligen Verfügung“ nun eine Art von pre-trial discovery einführt, bei der nicht nur auf jegliche Darlegung und Glaubhaftmachung eines Eilbedürfnisses i.S.d. §§ 935, 940 ZPO verzichtet wird, sondern bei der – je nach Auslegung der Vorschrift – nicht einmal ein schlüssiger Sachvortrag eine Klage betreffend erforderlich scheint. Letztlich kann diese Vorschrift dazu führen, dass unabhängig von einem anhängigen Klageverfahren im Wege einstweiliger Verfügung allein aufgrund des Bußgeldbescheides ein „Auskunftsverfahren“ eingeleitet werden kann. Besonders unerfreulich ist, dass im Rahmen dieses Eilverfahrens sämtliche Verhältnismäßigkeitsabwägungen vorzunehmen wären. Der drohende Umfang bei einem normalen Klageverfahren ist oben erörtert

76 Vgl. *Petrasinu*, WUV 2016, 333; zur Ersatzfähigkeit solcher Kosten *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 75. Aufl. 2016, § 249, Rn. 56 ff.

77 So jedoch DIHK, Stellungnahme, 11, zum insoweit wortgleichen Referentenentwurf.

78 So offenbar *Kersting/Preuß*, WUV 2016 LH 16, zum insoweit wortgleichen Referentenentwurf.

79 Bejaht man dies, ist der Gebührentatbestand unklar.

80 Etwa die eklatant hohen Kosten einer E-Discovery, *Rath/Klug*, KuR 2008, 596.

81 § 15 SpruchG, früher z. B. auch § 312 UmwG a. F., § 30 KostO a. F.

82 *Klumpe/Thiede*, NZKart 2016, 471. Bezüglich der Durchsetzung geht der Entwurf aber in § 89b GWB-E ohnedies andere Wege.

83 Die Vorschrift ist vor dem Hintergrund der §§ 883 ff. ZPO und ggfs. des § 826 BGB letztlich obsolet und sollte schlicht entfallen.

84 Ebenso *Petrasinu*, WUV 2016, 335.

85 Vgl. OLG Düsseldorf, 18.2.2015 – VI-W (Kart) 1/15, unter [https://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2015/VI\\_W\\_Kart\\_1\\_15\\_Beschluss\\_20150218.html](https://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2015/VI_W_Kart_1_15_Beschluss_20150218.html) (Abruf: 6.11.2016).

86 Vgl. *Klumpe/Thiede*, NZKart 2016, 471, 472 zum insoweit wortgleichen Referentenentwurf.

worden; im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes scheint das Geforderte in der Praxis durch ein Gericht noch deutlich weniger leistbar. Folglich sollte auf diese Regelung in Gänze verzichtet werden. Angesichts des zu erwartenden Aufwandes sollte wenigstens die Schwelle zur Klage überschritten sein. Widrigenfalls droht diese einstweilige Verfügung nach § 89b Abs. 5 GWB-E zum Vehikel für den Test der Vergleichsbereitschaft der Gegenseite zu werden.

#### 4. Offenlegung aus Behördenakten

Zutreffend handelt es sich bei Behörden nicht um Dritte i.S.d. § 33g GWB-E, was in § 89c Abs. 5 S. 3 GWB-E klargestellt wird, sodass es anderer verfahrensrechtlicher Mechanismen bedurfte: Nach Vorstellung des deutschen Gesetzgebers soll die Offenlegung von Behördeninformationen durch ein zivilprozessuales Verfahren unter Einschränkung bzw. Ausschluss der herkömmlichen zivilrechtlichen<sup>87</sup> und öffentlich-rechtlichen<sup>88</sup> Offenlegungs- und Einsichtsrechte durchgeführt werden. Augenscheinlich schwebt dem Gesetzgeber eine mit diversen Vorprüfungen<sup>89</sup> entschärfte Sonderregelung im Stile der §§ 273, 299 ZPO vor,<sup>90</sup> die in der Sache als Amtshilfersuchen ausgestaltet ist.

Die Anwendung der Norm setzt nach Abs. 1 einen anhängigen Rechtsstreit voraus, wobei es sich dabei um den Schadensersatzprozess nach § 33a GWB-E, aber auch um den Offenlegungsanspruch nach § 33g GWB-E handeln kann. Diese Voraussetzung erscheint unklug, weil der Kartellkläger somit zunächst einen Rechtsstreit anhängig machen muss, um die Möglichkeit auf Akteneinsicht zu bekommen. Hierdurch wird ihm ein Kostenrisiko aufgebürdet, dass er bei Kenntnis des Akteninhalts, den er unter Anwendung der ausdrücklich ausgeschlossenen §§ 406e und 475 StPO hätte erlangen können, vielleicht vermieden hätte.<sup>91</sup>

Ferner scheinen die §§ 33 ff. nicht auf § 89c GWB-E systematisch abgestimmt: Zunächst verblüfft die Regelung des § 89c Nr. 1 GWB-E, wonach das Ersuchen der Offenlegung die Glaubhaftmachung<sup>92</sup> des Anspruchs nach § 33a GWB-E voraussetzt. Bei einer Kartellschadensersatzklage nach § 33a GWB-E fragt sich, ob dies mehr oder gar weniger als die Schlüssigkeit der Klage beinhalten soll. Auch im Prozess nach § 33g GWB-E bleibt offen, wann im Rahmen des laufenden Prozesses die „in der Akte vermutete Information“ nicht „mit zumutbarem Aufwand ... erlangt werden kann“, weil doch § 33g GWB-E gerade zur Informationsgewinnung beim Klagegegner bzw. Dritten führen soll. Wann sollte dieser – gesetzlich explizit für solche Fälle geschaffene – Weg denn unzumutbar sein, zumal § 89c Abs. 1 GWB-E die Anhängigkeit des Prozesses voraussetzt?

Verwirrung stiftet die Regelung des § 89c Abs. 3 GWB-E beim befassten Praktiker, wenn er den Gegenstand seiner Entscheidung zu ergründen sucht: In § 89c Abs. 3 S. 2 GWB-E ist von der „Entscheidung über das Ersuchen nach Absatz 1“ die Rede. Dazu führt die Entwurfsbegründung aus, dass Verhältnismäßigkeitserwägungen „bei der Entscheidung über das Ersuchen der Wettbewerbsbehörde nach Abs. 1“ zu berücksichtigen seien.<sup>93</sup> Entscheiden kann das Gericht jedoch nur über den Antrag der Partei nach § 89c Abs. 1 GWB-E; das „Ersuchen“ ist die Rechtsfolge einer positiven Bescheidung dieses Antrags, keinesfalls Gegenstand der Entscheidung. Die Entwurfsbegründung spricht von einer „Anordnung“ der Vorlage,<sup>94</sup> womit die positive „Entscheidung“ des Gerichts gemeint sein könnte, dem Antrag der Partei zu entsprechen und die Wettbewerbsbehörde um Vorlage zu ersuchen.<sup>95</sup>

Die beschriebene Problematik betrifft ebenso die in § 89c Abs. 3 S. 2 GWB-E genannte Entscheidung über „das Ersuchen ... um die Erteilung amtlicher Auskünfte von der Wettbewerbsbehörde“, wobei hier hinzukommt, dass § 89c GWB-E die Möglichkeit eines Antrags an das Gericht, die Wettbewerbsbehörde um Auskunft zu ersuchen,<sup>96</sup> gar nicht vorsieht, so dass auch über einen solchen Antrag nicht entschieden werden könnte; allenfalls könnten die Parteien ein Vorgehen nach § 273 Abs. 2 Nr. 3 ZPO anregen.

Eine letzte noch zu füllende Auslassung besteht im Hinblick auf die in § 89c Abs. 4 GWB-E bestimmte entsprechende Anwendung des § 89b Abs. 8 GWB-E. Dadurch soll eine gerichtliche Überprüfung von Entscheidungen der Wettbewerbsbehörde ermöglicht werden, welche die Vorlegung von Akten und Gegenständen aus den in § 89c Abs. 4 sowie § 33g Abs. 5 GWB-E geregelten Gründen ablehnen. Dazu müssten die fraglichen Unterlagen allerdings dem Gericht durch die Behörde „allein zum Zwecke der Prüfung“ vorgelegt werden,<sup>97</sup> was hier, anders als in § 33g Abs. 4 S. 3 GWB-E, nicht explizit geregelt ist. Auch dies sollte tunlichst ergänzt werden.<sup>98</sup>

#### VIII. Fazit

Zwar hat der grundsätzlich gelungene Regierungsentwurf in manchen Punkten die am Referentenentwurf geübte Kritik aus Wissenschaft und Praxis berücksichtigt. Doch besteht aus Sicht des Praktikers noch weiterer, nicht unerheblicher Änderungsbedarf. Dieser lässt sich wie folgt zusammenfassen:

1. Der Entwurf berücksichtigt die Belange wirtschaftlich schwächerer Kartellgeschädigter (Verbraucher und kleinere Unternehmen) nach Ansicht der Verfasser noch nicht hinreichend. Zum einen wäre die Einführung kollektiver Rechtsschutzelemente erforderlich, weil andernfalls die von Verbrauchern erlittenen Streuschäden – als Konsequenz der Zulassung der *passing on-defence* – nicht verfolgt werden und Kartellanten die zivilrechtliche Haftung in Gänze vermeiden könnten. Zum anderen sollte über die Schadensvermutung des § 33a Abs. 2 S. 1 GWB-E hinaus zum Schutz wirtschaftlich schwächerer Kartellgeschädigter auch eine Mindestschadensvermutung eingeführt werden, weil bislang allein ein Schaden „größer Null“ vermutet wird und somit die teure Expertise von Sachverständigen weiter notwendig bleibt. Auf die Kostentragungsregel des § 33g Abs. 7 GWB-E sollte verzichtet werden, weil ihr Inhalt unklar ist und zudem Ansprüche der Kartellgeschädigten bereits an den mit der Offenlegung verbundenen Kosten zu scheitern drohen.

87 Vgl. § 89d Abs. 4 GWB-E.

88 Vgl. § 89c Abs. 5 GWB-E.

89 Gleichsam als „Filterfunktion“, vgl. *Kersting/Preuß*, WuW 2016, LH 19 zum insoweit wortgleichen Referentenentwurf.

90 Vgl. Begründung Regierungsentwurf, 119.

91 Vgl. *Petrasinu*, WuW 2016, 330, 334.

92 Die „Glaubhaftmachung“ begegnet hier keinen Bedenken, weil verfahrensrechtliche Regelungen betroffen sind.

93 Begründung Regierungsentwurf, 120.

94 Ebenda.

95 Begrüßenswert ist, dass der Regierungsentwurf im Vergleich zum Referentenentwurf § 89c Abs. 1 S. 2 und 3 eingefügt hat und so das Vorgehen des Gerichtes und die Rechtsmittelmöglichkeiten klargestellt hat.

96 Und damit anders als eben die Vorlage von Urkunden und Gegenständen in Abs. 1, denn nur insoweit ist eine Antragsmöglichkeit dort eröffnet, nicht aber in Bezug auf Auskünfte. Vgl. zum insoweit wortgleichen Referentenentwurf *Kersting/Preuß*, WuW 2016, LH 20.

97 Begründung Regierungsentwurf, 121.

98 Zu begrüßen ist aber auch hier die Klarstellung der Rechtsmittelmöglichkeit in § 89b Abs. 8 GWB-E, welche im Referentenentwurf noch nicht enthalten war; vgl. die diesbezügliche Kritik bei *Klumpe/Thiede*, NZKart 2016, 471, 473.



2. Die Ausgestaltung der Offenlegungsansprüche als materiell-rechtliche Ansprüche ist ambitioniert, in der derzeitigen Ausprägung aber noch nicht gelungen: Zunächst muss für alle Anspruchsgrundlagen klargelegt werden, dass der europäische Unternehmensbegriff gilt, also vom Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit im Konzernverbund mit der Durchgriffsmöglichkeit auf die Muttergesellschaft auszugehen ist. Sodann fehlen korrespondierende verfahrensrechtliche Regelungen bezüglich der Gerichtsstände, weshalb bei isolierten Offenlegungsklagen ein deutschlandweites Forum Shopping droht. Der Terminus der „Glaubhaftmachung“ in § 33g (und auch § 33c) GWB-E ist systemwidrig und sollte geändert werden. Ferner ist die Einführung von Übergangsvorschriften zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten erforderlich; die Verfasser plädieren dafür, von einer Rückwirkung des Offenlegungsanspruches abzusehen. In der jetzigen Ausgestaltung der Offenlegungsansprüche sind die Gerichte personell nicht ausgestattet, die geforderten Abwägungen im Rahmen der Offenlegungen in einem angemessenen Zeitumfang zu leisten; die personelle und sachliche Ausstattung der befassten Gerichte muss dringend nachgebessert werden.

3. Die verfahrenstechnischen Regelungen sind – gerade auch vor dem Hintergrund des materiell-rechtlichen Charakters der Offenlegungsansprüche – nachzubessern: Der Verweis im Rahmen der Verfahrensvorschrift zu § 33g in § 89b GWB-E auf § 142 ZPO geht fehl; die Konzeption muss überdacht, die Anwendung der §§ 422 ff. ZPO in Erwägung gezogen werden. § 89b Abs. 5 GWB-E führt unter der Überschrift der „Einstweiligen Verfügung“ eine Art von pre-trial discovery ein; der Anwendungsbereich der Norm ist deutlich zu weit geraten und im Rahmen dessen die Verhältnismäßigkeitsabwägungen durch die Gerichte noch weniger zu leisten. Auf diese Vorschrift sollte

verzichtet werden. Dass für den Offenlegungsanspruch aus Behördenakten nach § 89c GWB-E zuvor der Anspruch auf Schadensersatz anhängig sein muss, ist unpraktikabel, weil die Information die Prüfung der Sinnhaftigkeit der Geltendmachung erst ermöglichen soll. § 89c und §§ 33 ff. GWB-E sind inhaltlich nicht aufeinander abgestimmt; zudem ist unklar, was genau Gegenstand der Entscheidung nach § 89c GWB-E sein soll.

Es gilt ganz wie Cato der Ältere sagte: Rem tene, verba sequentur.<sup>99</sup> In der Sache ist der GWB-E ein begrüßenswertes Instrument – die verwendeten Formulierungen bedürfen jedoch noch einiger Korrekturen und Ergänzungen, damit das gesteckte Ziel auch erreicht werden kann.

**Dr. Gerhard Klumpe** ist Vorsitzender Richter am LG Dortmund und dort Vorsitzender der für Kartellschadensersatz zuständigen Kammer im Bezirk des OLG Hamm.



**Dr. Thomas Thiede, LL.M.**, ist Universitätslektor an der Karl-Franzens-Universität Graz und derzeit Rechtsreferendar am LG Dortmund. Er ist Fellow des European Centre of Tort and Insurance Law (ECTIL) sowie des European Law Institute (ELI), Wien.



<sup>99</sup> Cato d. Ältere: „Die Sache halte fest, die Worte folgen.“

Dr. Julia Sophia Habbe, RAin, und Dr. Konrad Gieseler, RA

## Einführung von Musterleistungsklagen in Verbraucherangelegenheiten – Effizienzsteigerung oder Systembruch?

Die 12. Verbraucherschutzministerkonferenz hat am 22.4.2016 die Einführung einer Musterleistungsklage in Verbraucherangelegenheiten vorgeschlagen. Dieser Beitrag geht der Frage nach, ob ein solches am Vorbild der US-rechtlichen Class Action orientiertes Rechtsschutzinstrument mit der Konzeption der Leistungsklage, wie die Zivilprozessordnung (ZPO) sie kennt, kompatibel ist.

### I. Einleitung

Der allgemeine Zeitgeist spricht für eine Stärkung des Verbraucherschutzes. Vor dem Hintergrund von Verbraucherschädigungen, die ein in der Vergangenheit beispielloses Ausmaß erreicht haben, haben die Verbraucherschutzminister der Länder eine neue Rechtsschutzidee

skizziert: die Massenleistungsklage.<sup>1</sup> Damit gehen sie noch über den Vorschlag des Bundesjustizministeriums<sup>2</sup> hinaus, eine auf Feststellungsklagen beschränkte Möglichkeit für Massenklagen zu schaffen. In den USA gehören so genannte Class Actions zum Prozessalltag. In Deutschland hingegen gibt es Massenverfahren, die auf Schadensersatzzahlungen gerichtet sind, bislang nicht. Den bekannten Abgaskandal haben die Verbraucherschutzminister wohl zum Anlass ge-

<sup>1</sup> Vgl. hierzu [www.focus.de/finanzen/news/wirtschaftsticker/landesminister-wollen-nach-abgas-skandal-musterklage-fuer-verbraucher\\_id\\_5447429.html](http://www.focus.de/finanzen/news/wirtschaftsticker/landesminister-wollen-nach-abgas-skandal-musterklage-fuer-verbraucher_id_5447429.html) (Abruf: 30.11.2016); [www.sueddeutsche.de/wirtschaft/verbraucherschutz-so-schuetzte-der-verkehrsminister-vw-vor-einer-sammelklage-1.3210510](http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/verbraucherschutz-so-schuetzte-der-verkehrsminister-vw-vor-einer-sammelklage-1.3210510) [Abruf: 30.11.2016]; [www.zeit.de/wirtschaft/2016-10/verbraucherschutz-vw-skandal-alexander-dobrindt-sammelklage](http://www.zeit.de/wirtschaft/2016-10/verbraucherschutz-vw-skandal-alexander-dobrindt-sammelklage) (Abruf: 30.11.2016).

<sup>2</sup> Vgl. hierzu die Rede des Staatssekretärs *Gerd Billen* abrufbar unter [www.bmjv.de/SharedDocs/Reden/DE/2015/09282015\\_StBillen\\_vzvbv.html](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Reden/DE/2015/09282015_StBillen_vzvbv.html) (Abruf: 30.11.2016).