Wirtschaftsrecht
und Wirtschaftspolitik

296

Björn Christian Becker

# Kartellschadensersatz trotz Zusagenentscheidung?

Behördenermessen – Wirkungen im Zivilprozess – Informationszugang

Nomos

Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik

herausgegeben von
Prof. Dr. Florian Bien
Prof. Dr. Ulrich Schwalbe
Prof. Dr. Heike Schweitzer

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

Band 296

Björn Christian Becker

# Kartellschadensersatz trotz Zusagenentscheidung?

Behördenermessen – Wirkungen im Zivilprozess – Informationszugang

Nomos

Diese Arbeit wurde durch ein Promotionsstipendium der
Studienstiftung des deutschen Volkes gefördert.

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

Zugl.: Würzburg, Univ., Diss., 2018

u.d.T.: „Privater Schadensersatz trotz Zusagenentscheidung? Die Bedeutung von Zusagenentscheidungen für das private enforcement und die Abschreckungswirkung des deutschen und europäischen Kartellrechts unter besonderer Berücksichtigung der 9. GWB-Novelle“

ISBN 978-3-8487-5197-6 (Print)

ISBN 978-3-8452-9392-9 (ePDF)

1. Auflage 2018
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

*Meinen Eltern und Großeltern*

# Vorwort

Im Wintersemester 2018/2019 hat die Graduate School of Law, Economics & Society (GSLES) der Julius-Maximilians-Universität Würzburg die vorliegende Arbeit als Dissertation angenommen. Rechtsprechung, Literatur und Gesetzgebung sind bis einschließlich Juli 2018 berücksichtigt.

Die Arbeit ist überwiegend während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für globales Wirtschaftsrecht, internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Bürgerliches Recht bei meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Florian Bien, entstanden. Seinem in mich gesetzten Vertrauen, seiner außergewöhnlichen fachlichen und persönlichen Unterstützung sowie seiner steten Förderung gilt mein tiefster Dank, ebenso der wissenschaftlichen Freiheit, die er mir während des gesamten Erstellungsprozesses eingeräumt hat. Dankbar bin ich auch für die freundschaftliche und zugleich produktive Atmosphäre an seinem Lehrstuhl. Das gesamte Lehrstuhlteam – allen voran mein langjähriger Kommilitone, Kollege und Freund Markus Welzenbach – hat mich während der Entstehung meiner Arbeit stets motivierend und aufmunternd begleitet. Dank gilt ferner auch Frau Professor Dr. Eva-Maria Kieninger für die schnelle Zweitbegutachtung meiner Arbeit sowie Herrn Professor Dr. Ralf P. Schenke als meinem Zweitbetreuer bei der GSLES.

Den Herausgebern der Schriftenreihe „Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik“ des Nomos-Verlages sei herzlichst für die Aufnahme meiner Arbeit gedankt. Der Studienstiftung des deutschen Volkes, die diese Arbeit mit einem Promotionsstipendium gefördert hat, bin ich ebenfalls sehr dankbar.

Besonderen Dank schulde ich zahlreichen Vertretern aus der Praxis, deren freundliche Offenheit und Auskunftsbereitschaft zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben, namentlich Dr. Jochen Bernhard (Menold Bezler, Stuttgart), Hermann Daiber (Hessisches Ministerium für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Landesentwicklung, Wiesbaden), Dr. Peter Gussone (MJG Rechtsanwälte, Berlin), Dr. Manuel Kellerbauer (Juristischer Dienst der Kommission, Brüssel), Dr. Alex Petrasincu (Hausfeld, Berlin), Dr. Patricia Rombach (RiOLG Karlsruhe), Dr. Christian Steinle (GleissLutz, Stuttgart), Dr. Wolfgang Straub (KLAKA Rechtsanwälte, München), Dr. Katharina Wacker und Torben Hofmann (Bundeskartellamt, Bonn), Dr. Alexander Wesselburg (RiLG Düsseldorf), Johannes Zindel (Klinkert Rechtsanwälte, Frankfurt a. M.), Dr. Johannes Zöttl (JonesDay, Düssel-

dorf), Professor Dr. Kai-Thorsten Zwecker (SGP Rechtsanwälte, Ulm) sowie denjenigen Praktikern, insbesondere aus der Anwaltschaft, die um die vertrauliche Behandlung und anonymisierte Verwertung ihrer Auskünfte gebeten haben.

Der größte Dank gebührt schließlich meiner Familie und meiner Freundin Diana Köberlein für die liebevolle Unterstützung, die ich nicht nur während des Entstehungsprozesses dieser Arbeit, sondern auch während der vielen Jahre zuvor stets erfahren habe. Meinen Eltern, Christa und Uwe Becker und meinen Großeltern, Herta und Franz Bönsch sowie Erika und Hasso Becker, ist diese Arbeit gewidmet.

# Inhaltsverzeichnis


Einleitung 27

A. Hintergrund der Untersuchung 27

B. Herausforderungen der Fragestellung 32

C. Gang der Darstellung 32

Kapitel 1 Zusagenentscheidung – potentielle Gefahr für private Schadensersatzinteressen? 35

A. Überblick: Die wichtigsten Entscheidungsformen für Kartellbehörden und ihre Wirkung im privaten Schadensersatzprozess 35

I. Bußgeldentscheidungen 35

II. Abstellungsverfügung/Feststellungsentscheidung 36

III. Zusagenentscheidungen 38

1. Inhalt einer Zusagenentscheidung 38

2. Anforderungen an die Zusagen 39

3. Vorteile für Kartellbehörden, Dritte sowie den Adressaten 42

B. Verhältnis von Zusagenentscheidungen und Abstellungsverfügungen/Bußgeldentscheidungen in der Praxis der Kartellbehörden 43

I. Kommission 43

II. Bundeskartellamt 44

C. Das Fundament von Zusagenentscheidungen - dünnes Eis oder fester Boden? 47

I. Pflicht zur abschließenden Sachverhaltsermittlung? 47

1. Streitpunkte und Meinungsstand 47

2. Stellungnahme 50

II. Zusagenverfahren vor der Kommission 52

1. Verfahren nach der Bekanntmachung vom 20.10.2011 52

2. Zwischenergebnis 55

3. Insbesondere: Die vorläufige Beurteilung (preliminary assessment) 56

a) Preliminary assessment vs. statement of objection 56

b) Inhaltliche und formale Anforderungen an das preliminary assessment 58
c) Inhalt und Form des preliminary assessment in der Praxis 58
III. Zusagenverfahren vor dem Bundeskartellamt 59
1. Kein standardisiertes Verfahren 59
2. Inhaltliche und formelle Anforderungen an die vorläufige Beurteilung 60
3. Inhalt und Form der vorläufigen Beurteilung in der Praxis 60
IV. Stellungnahme 61

D. Ausgewählte Beispiele aus der behördlichen Praxis 62
I. Entscheidungen der Kommission 63
1. Die Zusagenpraxis der Kommission im Energiesektor 63
2. Die „Bundesliga-Entscheidung“ – Zusagenentscheidung als Substitut für Freistellung unter Auflagen 65
a) Die „Bundesliga-Entscheidung“ im Kontext 65
b) Verfahren 66
c) Äußerungen der Kommission im Laufe des Verfahrens 67
d) Ausführungen der Kommission in der Zusagenentscheidungen 68
e) Rede von *Toft* 69
f) Stellungnahme 70
3. Die „VISA MIF-Entscheidung“ 71
a) Die „VISA MIF-Entscheidung“ im Kontext 71
b) Rede von *Italianer* 72
c) Stellungnahme 73
4. Die „Rambus-Entscheidung“ 74
a) Die „Rambus-Entscheidung“ im Kontext 74
b) Stellungnahme 75
5. Die „Samsung-Entscheidung“ 76
a) Die „Samsung-Entscheidung“ im Kontext 76
b) Stellungnahme 78
6. Die „Microsoft II-Entscheidung“ 79
a) Die „Microsoft II-Entscheidung“ im Kontext 79
b) Verfahren 80
c) Gegenstand der wettbewerbsrechtlichen Bedenken der Kommission 81
d) Zusagen von Microsoft 82

e) Stellungnahme 82
II. Entscheidungen des Bundeskartellamtes 86
1. Langfristige Gaslieferverträge 86
a) Die Verfahren um langfristige Gaslieferverträge im Kontext 86
b) Abstellungsverfügung gegen E.ON Ruhrgas 88
c) Abhilfemaßnahmen gegen E.ON Ruhrgas 89
d) Zusagenentscheidungen gegen andere überregionale und regionale Ferngasunternehmen 90
e) Inhalt der Zusagen der überregionalen und regionalen Ferngasunternehmen 91
f) Stellungnahme 91
2. Gaspreise am Beispiel der „RheinEnergie-Entscheidung“ 93
a) Die „RheinEnergie-Entscheidung“ im Kontext 93
b) Kartellbehördliches Verfahren 94
c) Wettbewerbsrechtliche Bedenken 94
d) Verpflichtungszusagen von RheinEnergie 96
e) Stellungnahme 97
(1) Beurteilung der wettbewerbsrechtlichen Bedenken der Behörde 97
(2) Fazit 100
3. Konzessionsabgaben 101
a) Die Verfahren um Konzessionsabgaben im Kontext 101
b) Kartellbehördliches Verfahren und wettbewerbsrechtliche Bedenken 102
c) Inhalt der Zusagen 103
d) Stellungnahme 104
4. Mainzer Trinkwasserpreise 104
a) Das Verfahren um die Mainzer Trinkwasserpreise im Kontext 104
b) Verfahren und Zusagen der Mainzer Stadtwerke 106
c) Wettbewerbsrechtliche Bedenken 106
d) Stellungnahme 107
5. Rundholzverfahren 108
a) Zusagenentscheidung vom 9.12.2008 109
(1) Kartellbehördliches Verfahren 109
(2) Wettbewerbsrechtliche Bedenken des Bundeskartellamtes und wesentlicher Inhalt der Zusagen 109
b) Abstellungsverfügung vom 9.7.2015 110
(1) Inhalt 110

(2) Ursprüngliche Absicht zum Erlass einer neuen Zusagenentscheidung 110
(3) Ausführungen in Bezug auf die Zusagenentscheidung vom 9.12.2008 111
(4) Neue Ermittlungen des Bundeskartellamtes 112
(5) Ergebnis der neuen Ermittlungen 112
c) Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 15.3.2017 113
(1) Aufhebung der Zusagenentscheidung wegen Änderung der tatsächlichen Verhältnisse 113
(2) Bestätigung der Abstellungsverfügung 113
d) Aufhebung der Entscheidung durch den Bundesgerichtshof 114
e) Stellungnahme 114
(1) Indirekte Bestätigung der in der Zusagenentscheidung geäußerten wettbewerblichen Bedenken durch das OLG Düsseldorf 114
(2) Hinweis auf Zusagenentscheidungen in klaren Fällen 116
III. Fazit 117

Kapitel 2 Private Schadensersatzinteressen und kartellbehördliches Ermessen 121

A. Die Rolle privater Schadensersatzinteressen im kartellbehördlichen Ermessen 121
I. Pflicht zur Berücksichtig von Drittinteressen nach der „Alrosa-Entscheidung“ des Europäischen Gerichtshofs 121
II. Private Schadensersatzinteressen in der Systematik des kartellbehördlichen Entscheidungsinstrumentariums 122
1. Verhältnis von Zusagenentscheidungen und nachträglichen Feststellungsentscheidungen nach Art. 7 Abs. 1 S. 4 VO 1/2003 bzw. § 32 Abs. 3 GWB 123
a) Vorfrage: Verhältnis zwischen der deutschen und der europäischen Regelung 123
b) Exklusivität von Zusagenentscheidungen und Feststellungsentscheidungen 125
c) Bedeutung privater Schadensersatzinteressen im Rahmen von Feststellungsentscheidungen 125

d) Das „UFEX-Verfahren“ 126
(1) Verfahren und Entscheidung des Europäischen Gerichts 126
(2) Schadensersatzinteressen als berechtigtes Feststellungsinteresse im Sinne des Art. 7 Abs. 1 S. 4 VO 1/2003? 127
e) Meinungsstand in Bezug auf Schadensersatzinteressen bei Feststellungsentscheidungen 129
(1) Meinungsstand in der Literatur 129
(2) Auffassung des Bundeskartellamts und des OLG Düsseldorf 132
f) Stellungnahme 134
(1) Funktionen des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs 134
(a) Bedeutung von Abschreckungs- und Kompensationsfunktion im deutschen Deliktsrecht 134
(b) Bedeutung von Abschreckungs- und Kompensationsfunktion im Kartellrecht 135
(2) Schlussfolgerung bezüglich des berechtigten Feststellungsinteresses 137
(3) Schlussfolgerung bezüglich des behördlichen Ermessens im Rahmen von Zusagenentscheidungen 139
(a) Nur summarische Prüfung von Drittinteressen bei Zusagenentscheidungen 139
(b) Doppelt abgeminderte Abschreckungswirkung als Folge der hohen Zahl an Zusagenentscheidungen 140
(c) Bedeutung der positiven Effekte von Zusagenentscheidungen 141
2. Insbesondere: Auf Kompensation gerichtete Verpflichtungszusagen 143
a) Schadensersatz durch *public enforcement?* 143
b) Kompensationszusagen nach Art. 9 VO 1/2003 bzw. § 32b GWB 146
c) Abwägungsgesichtspunkte und deren Gewichtung bei Kompensationszusagen 149
(1) Kompensationszusagen als Ersatz für privaten Schadensersatz? 149

(2) Privater Schadensersatz vs. Kompensationszusagen? 150
(3) Kompensationszusagen vs. Verfahrensökonomie 152
d) Weites Auswahlermessen der Kartellbehörden 154
e) Zusammenfassung und Schlussfolgerung 156

B. Durchsetzung der Berücksichtigung privater Schadensersatzinteressen im Kartellverwaltungsverfahren 157
I. Möglichkeiten der Einflussnahme auf das laufende Kartellverwaltungsverfahren 158
1. Markttest nach Art. 27 Abs. 4 VO 1/2003 158
2. Kaum Einflussmöglichkeiten auf das Verfahren vor dem Bundeskartellamt 160
II. Gerichtlicher Drittrechtsschutz gegen Zusagenentscheidungen wegen mangelnder Berücksichtigung privater Schadensersatzinteressen 162
1. Das Beschwerdeverfahren vor der Kommission 162
a) Beschwerdebefugnis 162
b) Verfahren 164
c) Rechtsschutz bei Abweisung der Beschwerde 164
(1) Kein Anspruch auf Verfahrenseinleitung oder auf Entscheidung über das Vorliegen einer Zuwiderhandlung 164
(2) Anspruch auf ermessensfehlerfreie Bescheidung der Beschwerde 165
d) Keine besonderen Rechte des „Beschwerdeführers“ im Verfahren vor deutschen Kartellbehörden 168
e) Zusammenfassung und Stellungnahme 170
2. Die Nichtigkeitsklage nach Art. 263 Abs. 4 AEUV 171
a) Klagebefugnis 171
b) Begründetheit 172
c) Stellungnahme 174
3. Die Anfechtungsbeschwerde nach § 63 Abs. 2 GWB 175
a) Formalisierte Beschwerdebefugnis: Verfahrensbeteiligung 175
(1) „Geborene Verfahrensbeteiligung“ 175
(2) Einfache Beiladung 175
(3) Notwendige Beiladung 178
b) Ausnahme von der formalisierten Beschwerdebefugnis nach der „*pepcom*-Entscheidung“ des Bundesgerichtshofs 180

d) Beschwer 181
(1) Formelle Beschwer 181
(2) Materielle Beschwer 181
d) Begründetheit der Beschwerde 182
e) Stellungnahme 183
III. Veröffentlichung von Entscheidungen 183
1. Entscheidungen der Kommission 183
2. Entscheidungen des Bundeskartellamts 184

C. Fazit und Lösungsvorschläge 185
I. Gefahr der Beeinträchtigung von Drittinteressen und der Kartellrechtsdurchsetzung insgesamt 185
II. Beschränkungen des Anwendungsbereichs Zusagenentscheidungen – Frankreich und UK als Vorbilder? 186
III. Einführung eines Markttestes ins deutsche Verfahren 189
IV. Unabhängiges Kontrollgremium für das Zusagenverfahren? 190
1. Der Beratende Ausschuss für Kartell- und Monopolfragen nach Art. 14 VO 1/2003 190
2. Die Monopolkommission nach § 44 ff. GWB 191
3. Ausblick 192
a) Keine wesentlichen Impulse des Beratenden Ausschusses 192
b) Einführung einer „Europäischen Monopolkommission“? 193
c) Denkbare Anforderungen an eine Kontrollinstanz für Zusagenverfahren 194

Kapitel 3 Die Bedeutung von Zusagenentscheidungen in privaten Schadensersatzklagen 197

A. Bindungswirkung von Zusagenentscheidungen im privaten Schadensersatzprozess? 197
I. Keine rechtliche Bindungswirkung 197
1. Art. 16 VO 1/2003: Weder Bindungswirkung für die Vergangenheit… 197
2. …noch für die Zukunft (Exkurs) 200
3. Keine Bindungswirkung nach § 33b GWB 202
4. Die „Gasorba-Entscheidung“ des Europäischen Gerichtshofs 202
a) Sachverhalt 202

b) Entscheidungsgründe: Keine Bindungswirkung von Zusagenentscheidungen 203
c) Übertragbarkeit auf Kartellschadensersatzklagen 205
II. Faktische Bindungswirkung von Zusagenentscheidungen 205
1. Beweislastumkehr 207
2. Anscheinsbeweis, Indizienbeweis und tatsächliche Vermutung 208
a) Voraussetzungen und Wirkung 208
(1) Anscheinsbeweis 208
(2) Indizienbeweis 209
(3) Tatsächliche Vermutung 210
b) Der Anscheinsbeweis in kartellrechtlichen Schadensersatzklagen 210
(1) Anscheinsbeweis für die Kartellbefangenheit von Verträgen 211
(a) Landgericht Mannheim vom 4.5.2012 211
(b) Landgericht München vom 25.4.2012 213
(2) Anscheinsweis für die Beteiligung am Kartellverstoß 214
(a) Kammergericht v. 1.10.2009 214
(b) Oberlandesgericht München v. 21.2.2013 215
(3) Anscheinsweis für den Schadenseintritt 216
(4) Anscheinsbeweis für die Fortsetzung kartellrechtswidrigen Verhaltens nach der letzten Tatsachenverhandlung im Kartellverwaltungsverfahren 217
(a) Landgericht Düsseldorf v. 9.4.2014 217
(b) Landgericht Berlin v. 14.6.2016 218
(5) Anscheinsbeweis für die Behinderung der Klägerin in Folge einer allgemeinen Marktbehinderung 220
c) Stellungnahme 223
(1) Rechtspolitisches Bedürfnis einer faktischen Bindungswirkung 223
(2) Übertragbarkeit der „Gasorba-Entscheidung“ auf Entscheidungen nationaler Kartellbehörden 224
(3) Indizwirkung von Zusagenentscheidungen 226
(a) Kritik von Thomas 226
(b) Würdigung 227
(c) Insbesondere: Das Rundholz-Verfahren 229

(4) Reichweite der Indizwirkung – Differenzierung nach dem konkreten Einzelfall 231
(a) Sektoruntersuchungen und vergleichbare Verfahren 231
(b) Umfang der ausgewerteten Beweismittel und „Prüfungstiefe“ 232
(c) Verfahrensdauer 233
(d) Bedeutung geklärter oder ungeklärter Rechtsfragen 234
(e) Äußerungen von Behördenmitarbeitern 234
(5) Anscheinsbeweiswirkung einer Zusagenentscheidung? 235
(a) Kritik von Thomas 235
(b) Würdigung 237
(c) Anscheinsbeweiswirkung nur in Ausnahmefällen 239
(6) „Schwächen“ von Anscheins- und Indizienbeweis 240
(7) Zwischenergebnis 241
3. Schadensschätzung, § 287 ZPO 242
4. Sekundäre Darlegungslast 244
a) Voraussetzungen und Wirkung 244
b) Die sekundäre Darlegungslast in kartellrechtlichen Schadensersatzklagen 245
(1) Sekundäre Darlegungslast des Geschädigten bezüglich der Schadensweiterwälzung? 245
(2) Sekundäre Darlegungslast bezüglich der Kartellbeteiligung? 247
c) Stellungnahme 247
5. Insbesondere: Die Schadensersatzklage gegen die Mainzer Stadtwerke 249
a) Urteil des Landgerichts Mainz in der Vorinstanz 249
(1) Verfahren 249
(2) Entscheidungsgründe 251
(a) Abweisung der Klage 251
(b) Insbesondere: Sekundäre Darlegungslast der Beklagten 251
b) Urteil des Oberlandesgerichts Koblenz 252
(1) Vergleichsmarktbetrachtung 253
(2) Sekundäre Darlegungslast der Beklagten im Rahmen der Rechtfertigung 254
(3) Verschulden 255

(4) Schaden 255
(5) Aktenbeiziehung und Auskunftsansprüche 256
c) Stellungnahme 257
(1) Bedeutung der Zusagenentscheidung und des Amicus curiae-Schreibens 257
(2) Keine grundsätzlichen Ausführungen zur Bedeutung einer Zusagenentscheidung für den Schadensersatzprozess 258
(3) Zusagenentscheidung als Auslöser einer sekundären Darlegungslast? 258
(4) Zwischenergebnis 260
III. Fazit 260

B. Vorprozessuale Akteneinsicht 262
I. Europäisches Recht 263
1. Exkurs: Akteneinsichtsrecht der Parteien nach Art. 27 Abs. 2 VO 1/2003 i. V. m. Art. 15 VO 773/2004 264
2. Beschränktes Akteneinsichtsrecht des Beschwerdeführers nach Art. 8 VO 773/2004 267
a) Voraussetzungen und Umfang des Akteneinsichtsrechts des Beschwerdeführers 267
b) Einsichtsrecht des Beschwerdeführers ins preliminary assessment? 269
3. Akteneinsichtsrecht sonstiger Dritter 271
a) Rechte sonstiger Dritter im allgemeinen Europäischen Kartellverwaltungsverfahren 271
b) Akteneinsicht Dritter nach der Fusionskontrollverordnung 272
c) Stellungnahme 273
4. Akteneinsichtsrecht in die Akten der Kommission nach der Transparenzverordnung 274
a) Grundkonzept des Dokumentenzugangsrechts nach der Transparenzverordnung 274
b) Der Anspruch auf Akteneinsicht nach der Transparenzverordnung für (potentielle) Kartellschadensersatzkläger nach dem EnBW-Urteil des Europäischen Gerichtshofs 275
c) Zeitlich beschränkter Schutz der Kommissionsakte zum Schutz von Untersuchungstätigkeiten 278
(1) „EnBW“: Schutz bis zur Bestandskraft von Entscheidungen 278

(2) Stellungnahme 279
d) Schutz weiterer Verfahren? 281
(1) Keine Äußerungen in der „EnBW-Entscheidung“ 281
(2) Stellungnahme 282
e) Besonderer Schutz von Geschäftsgeheimnissen 283
(1) „EnBW“: Regelmäßige Gefährdung von Geschäftsgeheimnissen durch Einsicht in kartellbehördliche Akten 283
(2) Zeitliche Reichweite 284
(3) Stellungnahme 286
(a) Inhaltliche Reichweite des Schutzes 286
(b) Übertragung der unionsgerichtlichen Rechtsprechung zur Fusionskontrolle? 287
(c) Unterschiedliche zeitliche Reichweite des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen? 288
f) Interessenabwägung 289
(1) „EnBW“: hohe Anforderungen für den Antragsteller 289
(2) Stellungnahme 290
g) Schlussfolgerung hinsichtlich der Ausgangslage für private Schadensersatzkläger und Lösungsmöglichkeiten 291
II. Deutsches Recht 294
1. Überblick 294
2. Einsichtsrecht nach § 29 VwVfG 296
a) Ziel und Umfang der Akteneinsicht 296
b) Grenzen des Einsichtsrechts 297
c) Einsichtsrecht nur für Verfahrensbeteiligte 299
d) Stellungnahme 299
3. Außergesetzlicher Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Akteneinsicht 300
a) Der „Trinkwasserpreise“-Beschluss des Bundesgerichtshofs 300
(1) Das Verfahren 300
(2) Die Entscheidung 301
b) Gebot der Einzelfallabwägung 302
(1) Einsicht in Kronzeugendokumente nach dem Europäischen Gerichtshof 302
(2) Umsetzung durch die deutschen Gerichte 304
(3) Einzelfallabwägung bei der Einsicht in Akten aus Zusagenverfahren nach dem Bundesgerichtshof 306

c) Wirksame Durchsetzung des Wettbewerbsrechts vs. private Schadensersatzinteressen 307
(1) Kronzeugenprogramme vs. private Schadensersatzinteressen nach dem Europäischen Gerichtshof 307
(2) Kronzeugenprogramme vs. private Schadensersatzinteressen nach der deutschen Rechtsprechung 308
(3) Zusagenentscheidungen vs. private Schadensersatzinteressen nach dem „Trinkwasserpreise-Beschluss“ des Bundesgerichtshofs 309
d) Berechtigtes Interesse an der Akteneinsicht 310
e) Stellungnahme 312
(1) Unterschiedliche Gewichtung der Interessen bei der Einsicht in Kronzeugendokumente einerseits und in Akten eines Zusagenverfahrens andererseits 312
(2) Keine wesentliche Beeinträchtigung des Instruments der Zusagenentscheidung durch Akteneinsicht 315
(3) Fazit 316
4. Einsichtsrecht in die Akten des Bundeskartellamts nach dem Informationsfreiheitsgesetz (IFG) 317
a) Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen nach § 1 Abs. 1 IFG 317
(1) Anspruchsumfang 317
(2) Art des Informationszugangs 319
(3) Durchführung der Akteneinsicht 323
b) Einschränkungen des Informationszugangsanspruchs 324
(1) Nachteilige Auswirkungen auf Kontroll- oder Aufsichtsaufgaben der Wettbewerbsbehörden 324
(2) Beeinträchtigung der notwendigen Vertraulichkeit internationaler Verhandlungen 327
(3) Beeinträchtigung der Beratungen bzw. des behördlichen Entscheidungsfindungsprozesses 328
(4) Beeinträchtigung von Berufs- und Amtsgeheimnissen 331
(5) Beeinträchtigung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen 332

c) Darlegungslast der Behörde für Ausnahmen vom Informationszugang 335
d) Rechtsschutz 336
(1) Rechtsmittel des Antragstellers 336
(2) Das in-camera-Verfahren 336
e) Konkurrenzen 339
(1) Subsidiarität des IFG-Einsichtsanspruchs nach § 1 Abs. 3 IFG 339
(2) Verhältnis des IFG-Anspruchs zum Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung nach dem „Trinkwasserpreise"-Beschluss des Bundesgerichtshofs 340
(a) Ausschlusswirkung des IFG gegenüber dem Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung? 340
(b) Ausschlusswirkung des Anspruchs auf ermessensfehlerfreie Entscheidung gegenüber dem IFG? 342
(3) Ausschlusswirkung der neuen §§ 33g, 89c GWB der 9. GWB-Novelle gegenüber dem IFG? 342
f) Entwicklungen in der Praxis 343
(1) Verfahren gegen die Stadtwerke Mainz 343
(2) Die „EC-Cash- Verfahren" 344
g) Stellungnahme und Ausblick 347
III. Fazit 348

C. Informationsansprüche gegen den Schädiger 350
I. Allgemeiner Informations- und Auskunftsanspruch nach § 242 BGB 350
1. Voraussetzungen des Auskunftsanspruchs nach § 242 BGB 350
2. Praktische Probleme im Zusammenhang 350
3. Praktische Bedeutung 351
a) Entscheidung des Landgerichts Hannover vom 16.2.2017 351
b) Stellungnahme 353
II. Prozessuale Dokumentenvorlageanordnung nach § 142 ZPO 354

III. Offenlegungs- und Auskunftsanspruch gegen den Schädiger nach der 9. GWB-Novelle 356
1. Materieller Offenlegungsanspruch nach § 33g GWB 356
a) Grundkonzeption 356
b) Aktiv- und Passivlegitimation 358
c) Möglichst genaue Bezeichnung der offenzulegenden Beweismittel 359
d) Verhältnismäßigkeit und Ausschlussgründe der Offenlegung 361
e) Verweigerungsrechte 362
f) Prozessuale Durchsetzung 363
(1) Vor Erhebung der Schadensersatzklage 363
(2) Im laufenden Kartellschadensersatzprozess 364
(3) Entscheidung durch Zwischenurteil oder Aussetzung des Schadensersatzprozesses 365
(4) Gerichtsstand 365
g) Geheimnisschutz im Prozess 365
2. Stellungnahme 366
a) Zu den Begriffen des „Glaubhaftmachens“ und der „Erforderlichkeit“ 366
(1) „Glaubhaftmachen“ 366
(2) „Erforderlichkeit“ 369
b) Verhältnismäßigkeit der Offenlegung 370
(1) Stufenweises Vorgehen 370
(2) Zusagenentscheidung pro Offenlegung 373
c) Ausschluss von Dokumenten eines Zusagenverfahrens? 374
d) Zur prozessualen Durchsetzung des Offenlegungsanspruchs 375
(1) Gefahr der Verfahrensverzögerung 375
(2) Durchsetzung im einstweiligen Rechtsschutz 376
e) Geheimnisschutz im Prozess 377
(1) Bezugnahme auf immaterialgüterrechtliche Besichtigungsverfahren in der Regierungsbegründung zur 9. GWB-Novelle 377
(2) Insbesondere: Das „Düsseldorfer Besichtigungsverfahren“ 378
(3) Ablauf und Voraussetzungen eines „Düsseldorfer Besichtigungsverfahrens“ in der ersten Phase 381
(a) Hinreichende Wahrscheinlichkeit einer Patentverletzung 381

(b) Interessenabwägung 381
(c) Erforderlichkeit der Maßnahmen 382
(d) Maßnahmen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen 382
(4) Ablauf und Voraussetzungen eines „Düsseldorfer Besichtigungsverfahrens“ in der zweiten Phase 383
(a) Interessenabwägung 383
(b) Maßnahmen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen 384
(5) Übernahme von Elementen des „Düsseldorfer Besichtigungsverfahrens“ auf das Verfahren zur Durchsetzung kartellrechtlicher Offenlegungsansprüche? 385
(a) Einschaltung eines Sachverständigen? 385
(b) Beschränkung der Einsicht auf die zur Verschwiegenheit verpflichteten Prozessvertreter des Offenlegungsgläubigers 386
(6) Zwischenergebnis 390
f) Wirksame Durchsetzung des Offenlegungsanspruchs? 390
(1) Kein wirksamer Sanktionsmechanismus im GWB 390
(2) Sanktionen nach allgemeinem Zivilprozessrecht 392
(3) Zwangsvollstreckung der Ansprüche nach § 33g Abs. 1 bzw. Abs. 10 GWB 392
(a) Vollstreckbarer Titel? 392
(b) Durchführung der Zwangsvollstreckung 393
(4) Strafbarkeit der Vorstände und Geschäftsführer 395
g) Praktische Umsetzung des Offenlegungsanspruchs durch die Gerichte 399
IV. Fazit 401

D. Gerichtliche Beiziehung von Behördenakten im laufenden Kartellschadensersatzprozess 402
I. Überblick über die Rechtslage 402
1. Beiziehung im Rahmen der Terminsvorbereitung nach § 273 Abs. 2 Nr. 2 ZPO 402
2. Beiziehung auf Antrag des Klägers nach § 432 Abs. 1 ZPO 404
a) Das Verfahren nach § 432 Abs. 1 ZPO 404
(1) Ersuchen einer Behörde durch das Gericht auf Antrag des Klägers 404

(2) Übermittlung der Akten durch die Behörde 405
(3) Offenlegung der Akten durch das Gericht 406
b) Bislang einziger Fall in der Praxis: Der Beschluss des OLG Hamm v. 26.11.2013 407
3. Aktenbeiziehung nach der 9. GWB Novelle 408
a) Ersuchen des Gerichts auf Antrag einer Partei 408
b) Offenlegungsentscheidung des Zivilgerichts nach § 89c Abs. 2 GWB 409
c) Verhältnismäßigkeit 410
d) Verweigerungsgründe für die Wettbewerbsbehörde 410
e) Sonstige Regelungen 411
II. Beiziehungen von Akten deutscher Kartellbehörden 411
1. Praktische Bedeutung des § 89c GWB 411
2. Berücksichtigung von Zusagenentscheidungen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung 413
3. Geheimnisschutz im Verfahren nach § 89c GWB 414
4. Rechte und Pflichten der Kartellbehörden 415
a) Durchgang mit Doppeltür: Amtshilfeersuchen und Amtshilfepflicht 415
b) Behördliches Ermessen und Möglichkeit von Sperrvermerken 416
5. Fazit und Ausblick 418
III. Beiziehung von Kommissionsakten 419
1. Internationale Dimension des § 89c GWB 419
2. Herausgabepflicht nach dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit 420
3. Einschränkung der Herausgabepflicht in Bezug auf Geschäftsgeheimnisse 422
4. Einschränkung der Herausgabepflicht in Bezug auf vorrangige Gemeinschaftsinteressen 423
5. Rechtsschutz 424
6. Fazit und Ausblick 425
IV. Amicus curiae-Schreiben als Alternative zur Aktenbeiziehung? 425
V. Fazit 427

Zusammenfassung 429

A. Doppelt abgeminderte Abschreckungswirkung als Folge des häufigen Verfahrensabschlusses mit Zusagenentscheidungen 429

B. Vorschläge *de lege lata* und *de lege ferenda* im Hinblick auf das Zusagenverfahren 430
C. Faktische Bindungswirkung von Zusagenentscheidungen 431
D. Einsicht in kartellbehördliche Akten vor Erhebung einer Schadensersatzklage 432
E. Offenlegung und Aktenbeiziehung nach der 9. GWB-Novelle 434
F. Gewichtung von Zusagenentscheidungen zu Gunsten potentiell Geschädigter durch die Rechtsprechung 436

Literaturverzeichnis 439

Materialienverzeichnis 457
A. Europäische Kommission 457
B. Bundeskartellamt 459
C. Sonstige 462

Verzeichnis zitierter Entscheidungen 465
A. Unionsgerichtsbarkeit 465
I. Europäischer Gerichtshof 465
II. Europäisches Gericht 466
B. Deutsche Gerichtsbarkeit 467
I. Verfassungsgerichtsbarkeit 467
II. Ordentliche Gerichtsbarkeit 468
1. Bundesgerichtshof 468
2. Reichsgericht 470
3. Oberlandesgerichte und Kammergericht 471
4. Landes- und Amtsgerichte 472
III. Verwaltungsgerichtsbarkeit 473
1. Bundesverwaltungsgericht 473
2. Oberste Verwaltungsgerichte der Länder 474
3. Landesverwaltungsgerichte 474
IV. Arbeitsgerichtsbarkeit 474
C. Entscheidungen ausländischer und sonstiger Gerichte 475
I. EFTA 475
II. Frankreich 475
III. Österreich 475
IV. USA 475

D. Entscheidungen der Kartellbehörden 475
I. Europäische Kommission 475
II. Bundeskartellamt 477
III. Landeskartellbehörden 479

Rechtsquellenverzeichnis 481

A. EU-Recht 481

B. Deutsches Recht 482
I. Grundgesetz 482
II. Bundesrecht 482
III. Landesrecht 483

C. Ausländisches Recht 484

# Einleitung

## *A. Hintergrund der Untersuchung*

Private Schadensersatzklagen lagen im deutschen wie europäischen Kartellrecht für lange Zeit in einem Dornröschenschlaf. Dritte, die auf dem Klageweg einen kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch durchzusetzen versuchen, sehen sich typischerweise erheblichen Beweisproblemen ausgesetzt. Nach dem in den Mitgliedstaaten vorherrschenden Beibringungsgrundsatz ist der Streitstoff grundsätzlich von den Parteien in den Prozess einzuführen.[1] In einem kartellrechtlichen Schadensersatzprozess bedeutet dies, dass der Kläger eine Rechtsverletzung in Form einer Zuwiderhandlung gegen Art. 101 oder Art. 102 AEUV, ein Verschulden des Beklagten, die Kausalität und einen kausalen Schaden beweisen muss.[2] Die hierfür notwendigen Informationen sind für den Kläger meistens aber kaum erreichbar. Oftmals wird ein Kartellverstoß erst durch die Entscheidung einer Kartellbehörde aufgedeckt. Anders als Private haben Behörden die Möglichkeit von Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen, um an die für den Nachweis eines Kartellverstoßes notwendigen Informationen zu gelangen.[3] Auch die zunehmende Ökonomisierung des Kartellrechts im Rahmen des *more economic approach* erschwert die Beweisführung für private Schadensersatzkläger in einem Kartellzivilverfahren. Die stärkere Gewichtung wirtschaftlicher Erwägungen bei der Anwendung der europäischen Wettbewerbsregeln hat zur Folge, dass ein privater Schadensersatzkläger bei der Anwendung des Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht nur das Vorliegen einer Vereinbarung zwischen den Beklagten, sondern darüber hinaus auch deren konkreten Auswirkungen auf den Markt untersuchen und beweisen muss. Ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV muss im Falle eines Behinderungsmissbrauchs auch anhand ökonomischer

---

1 BGH, Urteil v. 23.1.2014, III ZR 37/13, NJW 2014, 939 Rn. 25; ausführlich zum Beibringungsgrundsatz im Zivilprozessrecht *Rauscher,* in: MüKo ZPO, 2016, Einleitung Rn. 328 ff.; siehe auch *Grünberger*, in: Möschel/Bien, 2010, S. 140.

2 *Grünberger*, in: Möschel/Bien, 2010, S. 141; den Beklagten trifft gemäß Art. 2 S. 2 VO 1/2003 demgegenüber nur die Darlegungslast für eine etwaige Freistellung vom Kartellverbot nach Art. 101 Abs. 3 AEUV.

3 Vgl. *Raț*, World Competition 2015, S. 527, 535.

Faktoren nachgewiesen werden, was den Beweisaufwand des Klägers deutlich erhöht.[4]

Erst mit den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs in Sachen „Courage"[5] und „Manfredi"[6] ist der Anspruch auf privaten Schadensersatz im Kartellrecht in der Praxis zum Leben erwacht und stellt seitdem auch einen beliebten Gegenstand rechtswissenschaftlicher Abhandlungen dar.[7] In diesen Entscheidungen stellte der Gerichtshof klar, dass die unmittelbare Wirkung der Art. 101 ff. AEUV das Recht des Einzelnen umfasst, Ersatz seines durch kartellrechtswidriges Verhalten entstandenen Schadens zu verlangen. Dabei legte der Gerichtshof – in Ermangelung europarechtlicher Regelungen – den Mitgliedstaaten auf, das entsprechende Verfahren zur Verfolgung privater Rechte nach dem Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz bereitzustellen.[8] In der Folge ist die Entwicklung des Kartellschadensersatzrechts auf europäischer wie auf nationaler Ebene im Fluss. Die Kommission wendete sich dem privaten Schadensersatzanspruch verstärkt zu und hob dessen Bedeutung für die Durchsetzung des Kartellrechts gleichlautend mit dem Europäischen Gerichtshof hervor.[9] In Deutschland regelte der Gesetzgeber im Rahmen der 7. GWB-Novelle mit § 33 Abs. 3 GWB a.F. (jetzt: § 33a GWB) den kartelldeliktsrechtlichen Schadensersatzanspruch neu – verbunden mit einer Reihe von Erleichterungen für private Schadensersatzkläger. Neben der Verzinsung ab Schadenseintritt[10] sowie der Verjährungshemmung[11] wurde die nach dem Vorbild des Art. 16 VO

---

4 *Grünberger*, in: Möschel/Bien, 2010, S. 146 f., siehe hierzu auch die Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrages auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, Abl. C Nr. 45 v. 24.2.2009, S. 1.

5 EuGH, Urteil v. 20.9.2001, 453/99 – Courage, Slg. 2001, I-6297.

6 EuGH, Urteil v. 13.7.2006, verb. Rs. C-295/04 bis 298/04 – Manfredi, Slg. 2006, I-6619.

7 Siehe nur beispielhaft *Johne,* Schadensersatzanspruch und Prävention, 2015; *Meessen,* Schadensersatz EU-Kartellrecht, 2011; *Alexander,* Schadensersatz und Abschöpfung, 2010; *Dohrn,* Bindungswirkung, 2010; *Logemann,* kartellrechtlicher Schadensersatz, 2008; *Jüntgen,* Durchsetzung, 2007; *R. Becker*, in: Möschel/Bien, 2010; *Grünberger*, in: ebenda, S. 141; *Wagner-von-Papp,* in: ebenda, S. 267; *Hempel,* in: FS Möschel, 2010, S. 265; *Bien,* NZKart 2013, S. 481; *Lampert/Weidenbach,* WRP 2007; *Bornkamm/Becker,* ZWeR 2005, S. 213; *Schütt,* WuW 2004, S. 1124; Stancke/Wiedenbach/Lahme, 2018.

8 EuGH, Urteil v. 20.9.2001, Rs. 453/99 – Courage, GRUR 2002, S. 367, 368; v. 13.7.2006, verb. Rs. C-295/04 bis 298/04 – Manfredi, Slg. 2006, I-6619.

9 Kommission, Grünbuch, S. 4; dies., Weißbuch, 2008, S. 4.

10 § 33 Abs. 3 S. 4 GWB a. F., jetzt § 33a Abs. 4 GWB.

11 § 33 Abs. 5 a.F. GWB, jetzt § 33h GWB.

1/2003[12] in § 33 Abs. 4 GWB a.F. (jetzt § 33b GWB) geregelte Bindungswirkung bestimmter kartellbehördlicher oder gerichtlicher Entscheidungen in Schadensersatzprozessen ins deutsche Recht aufgenommen. Mit der in den Vorschriften des Art. 16 VO 1/2003 und § 33b GWB festgeschriebenen rechtlichen Bindungswirkung werden sogenannte *follow-on*-Klagen vereinfacht, indem ein Kartellverstoß des Beklagten nicht mehr vom Kläger nachgewiesen muss, wenn der Verstoß bereits in einer kartellbehördlichen Entscheidung festgestellt wurde.[13] Mit der 9. GWB-Novelle reformierte der Gesetzgeber das Kartellschadensersatzrecht erneut. In Umsetzung der Schadensersatzrichtlinie 2014/104/EU[14] leitete der Gesetzgeber damit eine „neue Ära des Kartellschadensersatzes"[15] ein, indem er insbesondere erhebliche prozessrechtliche Veränderungen vornahm. Für Schadensersatzkläger sind vor allem die weitreichenden, dem deutschen Recht bislang fremden Offenlegungspflichten der Gegenseite nach §§ 33g, 89b GWB von Bedeutung.[16]

Die rechtliche Bindungswirkung nach nationalem wie nach europäischem Recht gilt aber nicht für alle kartellbehördlichen Entscheidungstypen. Im Wesentlichen steht der EU-Kommission und den deutschen Kartellbehörden das gleiche Entscheidungsinstrumentarium zur Verfügung:[17] Kommission wie deutsche Kartellbehörden können Abstellungsverfügungen und Feststellungsentscheidungen treffen[18], einstweilige Maßnahmen erlassen[19], Verpflichtungszusagen akzeptieren und für bindend erklären[20], die Nichtanwendbarkeit von Art. 101/§ 1 GWB oder 102 AEUV/§ 19 GWB durch Entscheidung feststellen[21] sowie Bußgeld- oder Zwangsentscheidungen treffen[22].

---

12 Verordnung 1/2003/EG des Rates zur Durchführung der in den Art. 81, 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln, Abl.EG Nr. L 1 v. 4.1.2003, S. 1.

13 *Ruster*, in: Stancke/Wiedenbach/Lahme, 2018, Rn. 546 ff.

14 Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, Abl. v. 5.12.2014 L 349/1.

15 So *Weitbrecht*, NJW 2017, S. 1574.

16 Siehe dazu ausführlich unten Kapitel 3 C. III.

17 Siehe auch die Darstellung von *Ritter*, in: Immenga/Mestmäcker, 2012, Art. 4 VO (EG) 1/2003 Rn. 7.

18 Art. 7 VO 1/2003 bzw. § 32 Abs. 1 und 3 GWB.

19 Art. 8 VO 1/2003 bzw. § 32a GWB.

20 Art. 9 VO 1/2003 bzw. § 32b GWB.

21 Art. 10 VO 1/2003 bzw. § 32c GWB.

22 Art. 23 ff. VO 1/2003 bzw. § 81 ff. GWB.

Ohne weiteres von der Bindungswirkung nach europäischem wie deutschem Recht umfasst sind Abstellungsverfügungen und Bußgeldentscheidungen. Voraussetzung für den Erlass einer Abstellungsverfügung oder einer Feststellungsentscheidung ist ein Kartellrechtsverstoß. In der entsprechenden Entscheidung stellt die Kartellbehörde diesen verbindlich fest, womit eine Bindungswirkung gem. Art. 16 VO 1/2003 bzw. § 33b GWB einhergeht.[23] Die verbindliche Feststellung einer Zuwiderhandlung gegen Kartellrecht bildet auch einen wesentlichen Teil von Bußgeldentscheidungen, woraus sich für private Schadensersatzklagen eine Bindungswirkung nach Art. 16 VO 1/2003 bzw. § 33b GWB ergibt.[24]

Zusagenentscheidungen entfalten gegenüber Dritten dagegen nach ganz herrschender Ansicht keine rechtliche Bindungswirkung.[25] Erlässt eine Kartellbehörde eine Zusagenentscheidung, können sich Dritte im Rahmen einer *follow-on*-Schadensersatzklage nicht auf einen Kartellverstoß berufen, da die Behörde in ihrer Entscheidung lediglich rechtliche Bedenken äußert. Gerade das Instrument der Zusagenentscheidung erfreut sich aber seit seiner Einführung immenser Beliebtheit bei den Kartellbehörden. Außerhalb von *hardcore*-Kartellfällen werden im Verhältnis zu Abstellungsverfügungen und Bußgeldentscheidungen weit überwiegend Verpflichtungszusagen der Unternehmen angenommen und für verbindlich erklärt.[26] Ein Dritter, der im Anschluss an eine Zusagenentscheidung gegen den Adressaten eine private Schadensersatzklage anstrebt, findet sich damit nahezu in der Situation eines *stand-alone*-Klägers wieder. Dennoch ist die Situation von einer *stand-alone*-Klage zu unterscheiden, da die Behörde in Bezug auf die kartellrechtlich bedenklichen Praktiken bereits Ermittlungen angestellt und eine förmliche Entscheidung erlassen hat.[27] Der Kläger kann das Gericht zwar auf die in der Zusagenentscheidung getroffenen Ausführungen der Behörde hinweisen. Bisher besteht jedoch keinerlei Sicherheit, inwie-

---

23 *Kreße*, WRP 2014, S. 1261, 1265; *Grünberger*, in: Möschel/Bien, 2010, S. 135, 162; *Meessen*, Schadensersatz EU-Kartellrecht, 2011 S. 110 ff.; *Ruster*, in: Stancke/Wiedenbach/Lahme, 2018, Rn. 546 ff.; *Ritter*, in: Immenga/Mestmäcker, 2012, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 3; *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, 2014, § 33 GWB Rn. 76; siehe auch *Vogel*, Les actions civiles de concurrence, 2013, S. 73 Rn. 121.

24 *Meessen*, Schadensersatz EU-Kartellrecht, 2011 S. 114; *Grünberger*, in: Möschel/Bien, 2010, S. 135, 162 ff.; *Ritter*, in: Immenga/Mestmäcker, 2012, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 3 siehe auch Kommission, Pressemeldung v. 9.11.2010, IP/10/1487 – Air Cargo Carriers, S. 3.

25 Siehe dazu ausführlich unten Kapitel 3 A. II.

26 Siehe dazu Kapitel 1 B.

27 Dies wird nicht hinreichend berücksichtigt von *Raț*, World Competition 2015, S. 527, 535, 543.

weit das Gericht diese Ausführungen berücksichtigen wird. In der Folge erscheint potentiellen Schadensersatzklägern das Risiko einer Niederlage vor Gericht in aller Regel zu groß, sodass oft schon gar keine Klage erhoben wird.[28] Zwar wird in der Literatur davon ausgegangen, dass von Zusagenentscheidungen wenigstens eine faktische Bindungswirkung ausgeht.[29] In der deutschen Gerichtspraxis schlägt sich eine faktische Bindungswirkung von Zusagenentscheidungen jedoch bisher in keinem Urteil nieder. Soweit ersichtlich wurde einzig vom Landgericht Frankfurt[30] sowie vom Oberlandesgericht Koblenz[31] Schadensersatz nach einer Zusagenentscheidung zugesprochen. Das Urteil des Landgerichts Frankfurt bildet jedoch wohl insoweit einen Sonderfall, als dass hier – anders als sonst – der Sachverhalt kaum streitig war.[32] Praktiker berichten des Weiteren von einigen Fällen, in denen die Parteien sich im Anschluss an eine Verpflichtungszusage außergerichtlich auf die Zahlung von Schadensersatz geeinigt haben.[33]

Betrachtet man einerseits die Bemühungen des deutschen wie des europäischen Gesetzgebers, den privaten Schadensersatzanspruch zu stärken, andererseits aber die – relativ und absolut – hohe Zahl an erlassenen Zusagenentscheidungen, drängt sich bereits auf den ersten Blick ein Widerspruch auf: Wie soll ein effektives *private enforcement* erreicht werden, wenn außerhalb des *hardcore*-Kartellbereichs fast ausschließlich Entscheidungen ergehen, die die Durchsetzung privater Schadensersatzansprüche erheblich erschweren?

---

28 *Bottemann/Patsa*, Journal of Antitrust Enforcement (2013) 1 (2), S. 347, 365.

29 Siehe dazu *Becker,* NZKart 2016, S. 58 ff.; *Temple Lang*, ECLR 2003, S. 347, 350; *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, 2005, § 6 Rn. 131; *Saitzek,* Verpflichtungszusagen, 2008, S. 240 ff.; *Kahlenberg/Neuhaus,* EuZW 2005, S. 620, 622; *Sura*, in: Langen/Bunte, 2018, Art. 9 VO 1/2003 Rn. 13; *Ritter*, in: Immenga/Mestmäcker, 2012, Art. 9 VO 1/2003 Rn. 31; *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, 2018, § 32b GWB Rn. 29. Näher unten Kapitel 3 A. II.

30 LG Frankfurt, Urteil v. 3.6.2015, 2-03 O 324-14 – Bahnstrom (n. v., Urteil liegt dem Verfasser vor).

31 OLG Koblenz, Urteil v. 23.8.2018, U 311/17 Kart (n. v. Urteil liegt dem Verfasser vor), dazu ausführlich unten Kapitel 3 A. II. 5. b).

32 Der Schadensersatzanspruch der Klägerin basierte auf diskriminierenden Rabatten, die aus einem unstreitigen Preisblatt der Beklagten klar hervorgingen. Auf Ausführungen aus der Zusagenentscheidung der Kommission (Kommission v. 18.12.2013, COMP/AT. 39678 – Deutsche Bahn I und COMP./AT.39731/Deutsche Bahn II) musste in der Urteilsbegründung folglich nicht zurückgegriffen werden. Ausführlich *Becker,* Concurrence N° 2-2016, S. 224.

33 Auskunft der Rechtsanwälte Dr. Johannes Zöttl (Jones Day) und Dr. Alex Petrasincu (Hausfeld) via E-Mai im November 2014; siehe auch den Hinweis des BKartA v. 13.2.2017, B8-31/13, Rn. 12 (7. und 8. Spiegelstrich), 46.

## B. Herausforderungen der Fragestellung

Das Thema dieser Arbeit betrifft die Wechselwirkungen von *public enforcement* und *private enforcement* des Kartellrechts.[34] Die Problemstellung muss daher sowohl auf der behördlichen als auch auf der zivilrechtlichen Ebene untersucht werden. Zum Teil sind Abwägungsgesichtspunkte, die die Behörde im Rahmen eines Kartellverwaltungsverfahrens zu berücksichtigen hat, gleichermaßen von den Zivilgerichten zu beachten. Mit der 9. GWB-Novelle wurde die zivilrechtliche Ebene der Durchsetzung des Kartellrechts weitreichend reformiert. Viele Details können nur von der Praxis geklärt werden. Nachdem das Kartellrecht in den letzten Jahren seit Erlass der VO 1/2003 auf europäischer wie nationaler Ebene immer wieder reformiert wurde, wird im Rahmen dieser Arbeit insbesondere nach Lösungsmöglichkeiten *de lege lata* gesucht. Vorschläge *de lege ferenda* werden ebenfalls in Betracht gezogen; der Schwerpunkt der Überlegungen liegt jedoch auf der Frage, wie die dieser Arbeit zu Grunde liegenden Problemstellungen mit Hilfe der bestehenden Regelungen gelöst werden können. Das Fehlen einschlägiger Literatur bezüglich vieler Einzelfragen haben es im Zuge der Recherchen für diese Arbeit erforderlich gemacht, zahlreiche Gespräche mit Praktikern und Experten aus der Wissenschaft zu führen. Dies ermöglichte dem Verfasser zum einen, einen tieferen Einblick in die von einem gewissen Nebel umgebenen kartellbehördlichen Zusagenverfahren zu nehmen.[35] Zum anderen konnte der Verfasser nur über den Austausch mit der Praxis seine Lösungsansätze auf Praxistauglichkeit untersuchen.

## C. Gang der Darstellung

Das erste Kapitel der vorliegenden Arbeit widmet sich überblickweise dem Entscheidungsinstrumentarium der Kartellbehörden. Dabei beschränken sich die Ausführungen auf die drei in der Praxis wichtigsten Entscheidungsformen Bußgeldentscheidung, Abstellungsverfügung und Zusagen-

---

34 Siehe hierzu etwa *Wesselburg,* Durchsetzung, 2010, S. 201 ff.; *Makatsch/Bäuerle*, WuW 2016, S. 341; *Möschel*, WuW 2007, S. 483; *Bornkamm/Becker*, ZWeR 2005, S. 213; *Nothdurft*, in: FS Tolksdorf, 2014, S. 533; *Wagner-von-Papp*, in: Möschel/Bien, 2010, S. 267.

35 Von den Einzelheiten des Ablaufs eines Zusagenverfahrens dringt wenig nach außen. Die Behörden halten sich bedeckt. Entsprechend sind die einzigen, die Auskünfte zum Ablauf eines Zusagenverfahrens geben können, die Verfahrensbeteiligten selbst.

entscheidung. Im Anschluss belegen konkrete Zahlen die erwähnte Praxis der Kartellbehörden, außerhalb von *hardcore*-Kartellfällen überwiegend zum Instrument der Zusagenentscheidungen zu greifen. Darüber hinaus wird das Instrument der Zusagenentscheidung darauf untersucht, wie fundiert die der Entscheidung zu Grunde liegenden kartellrechtlichen Bedenken in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht sind. Im Mittelpunkt steht dabei die Frage, inwieweit die Kartellbehörden beim Erlass von Zusagenentscheidungen tatsächlich von einem Kartellrechtsverstoß ausgehen (können).

Das zweite Kapitel beschäftigt sich vertieft mit dem behördlichen Ermessen im Zusammenhang mit Zusagenentscheidungen. Dabei wird untersucht, inwieweit private Schadensersatzinteressen bereits beim Erlass einer Zusagenentscheidung zu berücksichtigen sind. Besondere Beachtung erfährt dabei die Frage, inwieweit die Kartellbehörde auf Zusagen hinwirken sollte, die auf Kompensation gerichtet sind.

Das dritte Kapitel beschäftigt sich schließlich mit privaten Schadensersatzklagen. Hierbei wird nach Möglichkeiten gesucht wie ein Kläger, der gegen den Adressaten einer Zusagenentscheidung gerichtlich vorgehen will, das Gericht vom Bestehen seines Anspruchs überzeugen kann. Dabei ist einerseits auf die in der Literatur vorgeschlagene sogenannte „faktische Bindungswirkung" Bezug zu nehmen. Andererseits ist zu überlegen, inwieweit der Erlass einer Zusagenentscheidung Offenlegungspflichten des Beklagten eines Kartellschadensersatzprozesses auslösen können, um die bestehende Informationsasymmetrie zwischen Kläger und Beklagtem[36] abzumildern. Darüber hinaus wird auf Einsichtsrechte (potentieller) Schadensersatzkläger in die Akten des kartellbehördlichen Zusagenverfahrens eingegangen. Dabei stehen insbesondere die mit der 9. GWB-Novelle eingeführten Regelungen der §§ 33g, 89b und 89c GWB im Mittelpunkt. Einzugehen ist aber auch auf Einsichtsvorschriften außerhalb des Kartellrechts wie der Transparenzverordnung[37] oder des deutschen Informationsfreiheitsgesetzes (IFG).

---

36 Vgl. *Weitbrecht*, NJW 2017, S. 1574, 1576.

37 Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.5.2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, ABl. 2001 L 145/43.

# Kapitel 1 Zusagenentscheidung – potentielle Gefahr für private Schadensersatzinteressen?

## A. *Überblick: Die wichtigsten Entscheidungsformen für Kartellbehörden und ihre Wirkung im privaten Schadensersatzprozess*

Bei Verstößen gegen Art. 101 oder 102 AEUV sind Kommission gem. Art. 4 VO 1/2003 und nationale Kartellbehörden gem. Art. 5 VO 1/2003 grundsätzlich uneingeschränkt nebeneinander für die Anwendung der Wettbewerbsregeln der Europäischen Union zuständig.[38] Art. 5 VO 1/2003 stellt einen rechtlichen Rahmen für die Befugnisse der nationalen Behörden auf, um eine einheitliche Anwendung der Wettbewerbsregeln sicherzustellen.[39] Im Einzelnen ergeben sich die Befugnisse der nationalen Kartellbehörden aber aus mitgliedstaatlichem Recht.[40] Auch wenn die Art. 7 ff. VO 1/2003 für nationale Kartellbehörden nicht bindend sind, hat sich der deutsche Gesetzgeber an diesen Vorschriften bei der Gestaltung der deutschen kartellbehördlichen Eingriffsbefugnisse der §§ 32 ff. GWB orientiert.[41]

### I. Bußgeldentscheidungen

Gem. Art. 23 VO 1/2003 bzw. § 81 f. GWB kann die jeweils zuständige Kartellbehörde wegen Verstoßes gegen das Kartellrecht Bußgelder erlassen.[42] Bußgeldentscheidungen stellen die mächtigste Waffe des *public enforce-*

---

38 *Ritter*, in: Immenga/Mestmäcker, 2012, Art. 4 VO 1/2003 Rn. 1; *Frenz*, Europäisches Kartellrecht, 2006, Rn. 146.

39 Allgemein zu den Abhilfemaßnahmen im europäischen Wettbewerbsrecht *Hellström/Maier-Rigaud/Bulst*, Antitrust Law Journal, Vol. 76, 2009, S. 43 ff.

40 *Ritter*, in: Immenga/Mestmäcker, 2012, Art. 5 VO 1/2003 Rn. 1.

41 *Keßler*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2015, § 32 GWB Rn. 3 f.

42 Zur Bemessung des Bußgeldes siehe *Dannecker/Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 23 VO 1/2003 Rn. 1 ff.; *Raum*, in: Langen/Bunte, 2018, § 81 GWB Rn. 180 ff.; zum Gesichtspunkt des Verschuldens siehe *Sura*, in: Langen/Bunte, 2018, Art. 23 VO 1/2003 Rn. 37; *Vollmer*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2015, § 81 GWB Rn. 52.

*ments* des Kartellrechts dar. Drohende Bußgelder in Millionen-[43] oder gar Milliardenhöhe[44] sollen Unternehmen vor schweren Kartellrechtsverstößen abschrecken. Diese Bußgelder haben auf EU-rechtlicher Ebene keinen strafrechtlichen, wohl aber einen strafrechtsähnlichen Charakter, weshalb strafverfahrensrechtliche Grundsätze wie etwa das Analogie- und Rückwirkungsverbot sowie der Bestimmtheitsgrundsatz zu beachten sind.[45] In Deutschland sind die kartellrechtlichen Bußgeldvorschriften als Ordnungswidrigkeitstatbestände ausgestaltet.[46] Ob und inwieweit die Kartellbehörde eine Bußgeldentscheidung erlässt, steht in ihrem pflichtgemäßen Ermessen.[47] Sowohl die Kommission[48] als auch das Bundeskartellamt[49] haben für sich Leitlinien aufgestellt, wie schwerwiegende Kartellrechtsverstöße zu ahnden sind und welche Kriterien für die Bußgeldzumessung herangezogen werden. Die verbindliche Feststellung einer Zuwiderhandlung gegen Kartellrecht bildet einen wesentlichen Teil einer Bußgeldentscheidung, woraus sich für private Schadensersatzklagen eine Bindungswirkung nach Art. 16 VO 1/2003 bzw. § 33b GWB ergibt.[50]

## II. Abstellungsverfügung/Feststellungsentscheidung

Abstellungsverfügungen nach Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003 bzw. § 32 Abs. 1 GWB können zur Unterbindung kartellrechtswidrigen Verhaltens erlassen werden, ohne dass ein Bußgeld ergeht. Voraussetzung zum Erlass einer Abstellungsverfügung ist dabei allein die objektive Kartellrechtswidrigkeit des

---

43 Siehe etwa die wegen verbotener Preisabsprachen bei Bier vom Bundeskartellamt verhängten Bußgelder in Höhe von insgesamt 337,7 Millionen Euro: BKartA, Pressemitteilung v. 2.4.2014.

44 Siehe etwa die gegen Google wegen Missbrauchs seiner marktbeherrschenden Stellung verhängte Geldbuße in Höhe von 2,42 Milliarden Euro: Kommission, Pressemitteilung v. 27.6.2017, IP/17/1784.

45 *Sura*, in: Langen/Bunte, 2018, Art. 23 VO 1/2003 Rn. 6.

46 *Raum*, in: Langen/Bunte, 2018, § 81 GWB Rn. 1 ff.; zum Verhältnis zwischen Ordnungswidrigkeit und Straftat bei Kartellverstößen im deutschen Recht siehe ebd., Rn. 5 ff.

47 Siehe dazu insbesondere Kapitel 2. A.

48 Siehe Kommission, Bußgeldleitlinien, 2006.

49 Siehe BKartA, Bußgeldleitlinien, 2013.

50 *Meessen*, Schadensersatz EU-Kartellrecht, 2011 S. 114; *Grünberger*, in: Möschel/Bien, 2010, S. 135, 162 ff.; *Ruster*, in: Stancke/Wiedenbach/Lahme, 2018, Rn. 551 ff.; *Ritter*, in: Immenga/Mestmäcker, 2012, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 3; Kommission, Pressemitteilung v. 9.11.2010, IP/10/1487, S. 3.

Verhaltens; ein Verschulden wird nicht vorausgesetzt.[51] Die Einleitung eines Verfahrens liegt – wie auch dessen Abschluss durch förmliche Entscheidung – allein im Ermessen der Wettbewerbsbehörde. So kann die Behörde etwa auch dann, wenn sie von einem Kartellverstoß überzeugt ist, von der Einleitung eines Verfahrens absehen oder ein Verfahren ohne förmliche Entscheidung einstellen. Ein Anspruch auf Einschreiten der Wettbewerbsbehörde besteht nicht.[52] Die im Rahmen von Abstellungsverfügung auferlegten Abhilfemaßnahmen sind an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden und dürfen sich folglich ausschließlich auf den festgestellten Kartellrechtsverstoß beziehen.[53] Nach dem 2013 eingeführten § 32 Abs. 2a GWB können deutsche Kartellbehörden Abstellungsverfügungen auch mit der Anordnung verbinden, aus kartellrechtswidrigem Verhalten erwirtschaftete Vorteile zurückzuerstatten.[54] Eine entsprechende ausdrückliche Befugnis für die Kommission enthält Art. 7 VO 1/2003 nicht, sodass umstritten ist, ob auch die Kommission Rückerstattungen im Rahmen einer Abstellungsverfügung anordnen darf.[55] Im Unterschied zu einer Feststellungsentscheidung nach Art. 7 Abs. 1 S. 4 VO 1/2003 bzw. § 32 Abs. 3 GWB erfasst die Abstellungsverfügung solche Fälle, in denen das kartellrechtswidrige Verhalten im Zeitpunkt der Entscheidung noch nicht beendet ist oder in seiner Wirkung noch andauert. Reine Feststellungsentscheidungen betreffen demgegenüber bereits beendete Zuwiderhandlungen, bei denen ein berechtigtes Interesse an der nachträglichen Feststellung besteht.[56] Da in beiden Fällen ein Kartellrechtsverstoß vorausgesetzt ist, stellt die Kartellbehörde diesen in ihrer Entscheidung jedenfalls verbindlich fest. Entsprechend entfalten Abstellungsverfügungen in *follow-on*-Schadensersatzprozessen stets rechtliche Bindungswirkung im Hinblick auf den festgestellten Kartellrechtsverstoß nach § 33b GWB bzw. Art. 16 VO 1/2003.[57]

---

51 *Keßler*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2015, § 32 GWB Rn. 30; *Sura*, in: Langen/Bunte, 2018, Art. 7 VO 1/2003, Rn. 2 ff.

52 *Keßler*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2015, § 32 GWB Rn. 1; *Sura*, in: Langen/Bunte, 2018, Art. 7 VO 1/2003, Rn. 2.

53 *Kreße*, WRP 2014 S. 1261, 1262; *Ritter*, in: Immenga/Mestmäcker, 2012, Art. 7 VO 1/2003 Rn. 36; *Sura*, in: Langen/Bunte, 2018, Art. 7 VO 1/2003 Rn. 5.

54 Dazu *Bien*, in: FS Müller-Graff, 2015 S. 575, 576.

55 Siehe dazu Kapitel 2 A. II. 2. a).

56 *Keßler*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2015, § 32 GWB Rn. 1 f.; *Ritter*, in: Immenga/Mestmäcker, VO (EG) 1/2003 Art. 7 Rn. 50; *Anweiler*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff VO 1/2003/EG Art. 7 Rn. 46.

57 *Grünberger*, in: Möschel/Bien, 2010, S. 135, 162; *Meessen*, Schadensersatz EU-Kartellrecht, 2011 S. 110 ff.; *Ruster*, in: Stancke/Wiedenbach/Lahme, 2018, Rn. 551 ff.;

## III. Zusagenentscheidungen

### 1. Inhalt einer Zusagenentscheidung

Hat die Behörde ein auf den Erlass einer Abstellungsverfügung gerichtetes Verfahren eingeleitet, können die betroffenen Unternehmen Zusagen anbieten, um die kartellrechtlichen Bedenken der Behörde auszuräumen. Die Behörde hat in diesem Fall gemäß Art. 9 VO 1/2003 bzw. § 32b GWB die Möglichkeit, die Zusagen für verbindlich zu erklären.[58] Bezweckt die Kartellbehörde die Verhängung einer Geldbuße, soll grundsätzlich keine Zusagenentscheidung ergehen können.[59] Diese Einschränkung spielt praktisch allerdings nur eine geringe Rolle: Die Kartellbehörde kann in jedem Stadium des Verfahrens jederzeit von der Verhängung einer Geldbuße absehen.[60] Umgekehrt kann die Kartellbehörde bei fortschreitenden Ermittlungen auch jederzeit zu dem Ergebnis kommen, dass sie im konkreten Fall doch ein Bußgeld für angemessen hält und gegebenenfalls ein entsprechendes Verfahren einleiten. Ob die Kartellbehörde von einer Zusagenentscheidung Gebrauch macht, steht in ihrem pflichtgemäßen Ermessen.[61] Von einer Zusagenentscheidung ist der Fall abzugrenzen, in dem die Wettbewerbsbehörde sich im Rahmen ihres Ermessens[62] zu einer informellen Verfahrenseinstellung ohne Erlass einer Entscheidung entschließt, nachdem die von einem ursprünglich eingeleiteten Verfahren betroffenen Unternehmen zugesagt haben, ihr Verhalten zu ändern oder aufzugeben.[63] Ein Beispiel hierzu bildet etwa das Verfahren gegen die Amazon-Tochtergesellschaft Audible.com und gegen die Apple Computer Inc.: Nachdem die

---

*Ritter*, in: Immenga/Mestmäcker, VO (EG) 1/2003 Art. 16 Rn. 3; *Emmerich,* in*:* Immenga/Mestmäcker, § 33 GWB Rn. 76.

58 *Jaeger*, WuW 2000, S. 1062, 1067.

59 ErwG 13 S. 4 zur VO 1/2003; Busse/Leopold, WuW 2005, S. 146, 147; *Sura*, in: Langen/Bunte, 2018, Art. 9 VO 1/2003 Rn. 8; *Keßler*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2015, § 32b GWB Rn. 6; zum weiteren Verfahren im Einzelnen siehe auch *Sura*, in: Langen/Bunte, 2018, Art. 9 VO 1/2003 Rn. 4 ff.; *Keßler*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2015, § 32b GWB Rn. 6 ff.

60 *Kahlenberg/Neuhaus*, EuZW 2005, S. 620, 621; *Busse/Leopold*, WuW 2005 S. 146, 147; *Hirsbrunner/Rhomberg*, EWS 2005, S. 61, 62; *Keßler*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2015, § 32b GWB Rn. 6.

61 EuGH, Urteil vom 29.6.2010, C-441/07 P – Alrosa, Slg. I-2010, S. 6012; *Thomas*, ZWeR 2018, S. 141, 144 f.; *Kahlenberg/Neuhaus*, EuZW 2005, S. 620, 621; *Busse/Leopold*, WuW 2005, S. 146, 147; *Sura*, in: Langen/Bunte, 2018, Art. 9 VO 1/2003 Rn. 4; *Keßler*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2015, § 32b GWB Rn. 18.

62 Siehe soeben oben A. II.

63 *Ruster*, in: Stancke/Wiedenbach/Lahme, 2018, Rn. 554.

betroffenen Unternehmen eine langjährige Exklusivvereinbarung hinsichtlich des Bezugs digitaler Hörbücher aufgaben, stellte das Bundeskartellamt das zuvor eingeleitete Kartellverwaltungsverfahren ohne förmliche Entscheidung ein.[64]

Mit dem Erlass einer Zusagenentscheidung stellt die Behörde keinen Kartellrechtsverstoß fest, sondern lässt diese Frage vielmehr ausdrücklich offen.[65] Die Entscheidung ergeht nur auf Grund „vorläufiger kartellrechtlicher Bedenken" der Behörde.[66] Die Verfügung hat daher – neben der Verbindlicherklärung der Zusagen – lediglich zum Inhalt, dass die Kartellbehörde von ihren weiteren Befugnissen keinen Gebrauch macht und das Verfahren insoweit beendet.[67] Zusagenentscheidungen sind daher auch abzugrenzen von den sogenannten *settlement procedures.*[68] Im Rahmen eines *settlements* gestehen die betroffenen Unternehmen einen Kartellrechtsverstoß ein, um eine Reduzierung des Bußgeldes zu erreichen. Im Gegensatz zu Zusagenentscheidungen stellt die Kartellbehörde bei *settlements* den Kartellverstoß verbindlich fest.[69] Verstößt das betroffene Unternehmen gegen diese Zusagen, besteht die Möglichkeit der Ahndung mit Bußgeldern[70] oder der Abstellung durch Zwangsgelder.[71]

### 2. Anforderungen an die Zusagen

Die Zusagen müssen geeignet sein, die vorläufigen Bedenken der Kartellbehörde vollständig auszuräumen. Darüber hinaus sind dem Ermessen der

---

64 Siehe hierzu BKartA, Pressemitteilung v. 19.1.2017 sowie Kommission, Pressemitteilung v. 19.1.2017, IP/17/97.

65 *Thomas*, ZWeR 2018, S. 141, 144 f.; *McGeown/Orologas,* CPI Antitrust Chronicle 2013 (3), S. 3.

66 Ausführlich zur vorläufigen Beurteilung unten Kapitel 1 C.

67 *Keßler,* in MüKo Wettbewerbsrecht, 2015, § 32b GWB Rn. 23; *Anweiler,* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampf, 2016, Art. 9 VO 1/2003 Rn. 20.

68 Für Verfahren der Kommission siehe Art. 10a VO 773/2004; *Köster,* EuZW 2015, S. 575 ff.; *Hirsbrunner,* EuZW 2011, S. 12 ff.; für Verfahren des Bundeskartellamts siehe BKartA, Merkblatt v. 23.12.2013; ferner *Pichler/Klar,* NZKart 2015, S. 217 ff.; *Brenner,* WuW 2011, S. 590 ff.; rechtsvergleichend *Polley/Heinz*, WuW 2012.

69 *von Kalben,* Verpflichtungszusagen, 2018, S. 34.

70 Art. 23 Abs. 2 S. 1 lit. c) VO 1/2003 bzw. § 81 Abs. 2 Nr. 2 a) GWB.

71 Art. 24 Abs. 1 lit. c) VO 1/2003 bzw. § 86a GWB. Siehe *Sura*, in: Langen/Bunte, 2018, Art. 9 VO 1/2003 Rn. 1; *Keßler*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2015, § 32b GWB Rn. 1 f.

Behörden kaum Grenzen gesetzt.[72] So kann etwa auch eine auf Kompensation gerichtete Zusage für verbindlich erklärt werden.[73] Zwar sind die Kartellbehörden auch im Rahmen von Zusagenentscheidungen an die gleichen Verfahrensgrundsätze wie bei Abstellungsverfügungen, insbesondere an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, gebunden.[74] In seinem Urteil „Alrosa" hat der Europäische Gerichtshof allerdings festgestellt, dass bei Zusagenentscheidungen ein anderer Maßstab an die Verhältnismäßigkeit anzusetzen ist als bei Abstellungsverfügungen.[75] Der Europäische Gerichtshof begründet dies mit der unterschiedlichen Zielsetzung von Zusagenentscheidungen einerseits und Abstellungsverfügungen andererseits: Während Abstellungsverfügungen Zuwiderhandlungen beenden sollen, dienen Zusagenentscheidungen der Ausräumung der sich aus der vorläufigen Beurteilung der Kommission ergebenden Bedenken.[76] Für den Europäischen Gerichtshof liegen dem Instrument der Zusagenentscheidung vor allem Erwägungen der Verfahrensökonomie zugrunde. Eine Zusagenentscheidung soll ermöglichen, eine „raschere Lösung" für die von der Kommission identifizierten Wettbewerbsprobleme herbeizuführen als bei der förmlichen Feststellung einer Zuwiderhandlung durch eine Abstellungsverfügung.[77] Außerdem können Verpflichtungszusagen gerade auch dann für verbindlich erklärt werden, wenn sie Maßnahmen beinhalten, die im Rahmen einer Abstellungsverfügung nicht hätten erlassen werden können, etwa weil sie die betroffenen Unternehmen unverhältnismäßig belasten würden. Entscheidendes Kriterium ist für den Europäischen Gerichtshof dabei, dass die betroffenen Unternehmen die Zusagen freiwillig anbieten. Nach Auffassung des Gerichtshofs nehmen die Unternehmen damit bewusst hin, dass ihre Zusagen über das für Abstellungsverfügungen vorgese-

---

72 *Raț*, World Competition 2015, S. 527, 528.

73 Dazu ausführlich unten Kapitel 2 A. II. 2. b).

74 EuGH, Urteil vom 29.6.2010, C-441/07 P – Alrosa, Slg. I-2010, S. 6012, 6031 Rn. 36; *Klees*, WuW 2009, S. 374, 374, 377 ff.; *Kreße*, WRP 2014 S. 1261, 126; *Wils*, World Competition 2006, S. 345, 346, 351 f.; *Anweiler*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, 2016, Art. 9 VO 1/2003 Rn. 13; *Keßler*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2015, § 32b GWB Rn. 3.

75 EuGH, Urteil vom 29.6.2010, C-441/07 P – Alrosa, Slg. I-2010, S. 6012, 6031 Rn. 38; siehe dazu *Ritter*, in: Immenga/Mestmäcker, VO (EG) 1/2003 Art. 9 Rn. 9; a. A.: EuG, Urteil v. 11.7.2007, T-170/06 – Alrosa, Slg. 2007, II-2601 Rn. 140; *Klees*, WuW 2009, S. 374, 377 ff.

76 EuGH, Urteil vom 29.6.2010, C-441/07 P – Alrosa, Slg. I-2010, S. 6012, 6033 Rn. 46.

77 EuGH, Urteil vom 29.6.2010, C-441/07 P – Alrosa, Slg. I-2010, S. 6012, 6033 Rn. 35.

hene Maß hinausgehen können.[78] Die vom Europäischen Gerichtshof aufgestellten Grundsätze für Entscheidungen nach Art. 9 VO 1/2003 sind auf Entscheidungen nach § 32b GWB zu übertragen.[79] Der den Behörden eingeräumte, sehr weite Spielraum[80] wird in der Literatur zum Teil stark kritisiert. Vor allem wird die Freiwilligkeit, mit der die Unternehmen ihre Zusagen anbieten, bezweifelt. Das Damoklesschwert einer Abstellungsverfügung – oder sogar einer Bußgeldentscheidung[81] – schwebt zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens über dem betroffenen Unternehmen.[82] Einige Autoren sehen daher die Gefahr, dass die Kartellbehörden diese Situation für sich missbräuchlich ausnutzen und bewusst Ergebnisse erzielen, die sie mit Abstellungsverfügungen nicht hätten erreichen können.[83]

---

78 EuGH, Urteil vom 29.6.2010, C-441/07 P – Alrosa, Slg. I-2010, S. 6012, 6033 Rn. 48; zustimmend *Busse/Leopold*, WuW 2005, S. 146, 148; *Kreße*, WRP 2014, S. 1261, 1264 f.; *De Bronett*, ZWeR 2012, S. 157, 199; *Ritter*, in: Immenga/Mestmäcker, 2012, Art. 9 VO 1/2003 Rn. 9; *Keßler*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2015, § 32b GWB Rn. 2 ff.

79 *Bach,* in: Immenga/Mestmäcker, 2014, § 32b GWB Rn. 16.

80 Deutlich wird dieser weite Spielraum etwa anhand der Entscheidung Kommission v. 18.12.2013, COMP/AT. 39678 – Deutsche Bahn I und COMP./AT.39731/ Deutsche Bahn II, Rn. 42: In ihrer vorläufigen Beurteilung äußerte die Kommission Bedenken, der DB-Konzern könnte seine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Bahnstromversorgung in Deutschland unter Verstoß gegen Art. 102 AEUV missbräuchlich ausgenutzt haben, indem er Wettbewerbern auf den Schienenverkehrsmärkten Bahnstrompreise in Rechnung gestellt hat, die eine Margenbeschneidung verursachten. Die Bedenken der Kommission umfassen dabei als nachgelagerte Märkte den Schienen**güter**- sowie den Schienen**personenfern**verkehr, nicht aber den Schienen**personenregional**verkehr. Die von der Bahn angebotenen und von der Kommission für verbindlich erklärten Verpflichtungszusagen betreffen aber sämtliche nachgelagerte Märkte, also auch den des Schienen**personenregional**verkehrs. Entsprechendes hätte die Kommission nicht vom DB-Konzern im Rahmen einer Entscheidung nach Art. 7 VO 1/2003 verlangen können, da die Abhilfemaßnahmen unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sich nur auf die tatsächlich festgestellten Verstöße beziehen dürfen.

81 Siehe soeben oben.

82 *Becker,* NZKart 2016, S. 58, 61; ebenso *von Kalben,* Verpflichtungszusagen, 2018, S. 122, 440.

83 *Raţ*, World Competition 2015, S. 527, 531; *Kreße*, WRP 2014 S. 1261, 1263 f.; *Svetiev*, Yearbook of European Law Vol. 33, No 1 (2014) S. 466 ff.; *McGeown/Orologas,* CPI Antitrust Chronicle 2013 (3), S. 3; *Klees*, WuW 2009, S. 374, 379; *Schmidt*, BB 2003, S. 1237, 1242. *Schweitzer*, EUI Working Papers LAW 2008/22, S. 11 befürchtet, dass die Kartellbehörden das Instrument der Zusagenentscheidung missbrauchen können, um in Fällen mit ungeklärter Rechtslage eigene wettbewerbspoliti-

### 3. Vorteile für Kartellbehörden, Dritte sowie den Adressaten

Aus Sicht einer Kartellbehörde kommen einer Zusagenentscheidung gegenüber einer Abstellungsverfügung oder einem Bußgeldbescheid erhebliche verfahrensökonomische Vorteile zu.[84] Da kein Kartellrechtsverstoß festgestellt werden muss und die Unternehmen durch ihre angebotenen Zusagen an der Entscheidungsfindung mitwirken, kann das Verfahren in der Regel deutlich schneller abgeschlossen werden, als dies etwa bei Abstellungsverfügungen der Fall ist.[85] Auch trägt die Mitwirkung der Unternehmen dazu bei, dass das Risiko späterer Klagen der betroffenen Unternehmen erheblich sinkt, was wiederum Kapazitäten schont und Kosten spart.[86] Das kartellrechtswidrige Verhalten der betroffenen Unternehmen wird damit früher beendet und die für verbindlich erklärten Zusagen treffen unmittelbar nach Erlass der Entscheidung auf den Markt. Hiervon profitieren auch Dritte, die zuvor unter dem kartellrechtswidrigen Verhalten der Adressaten gelitten haben. Schließlich kommen auch den Adressaten erhebliche Vorteile zu Gute: Das Verfahren einer Zusagenentscheidung ist auch für die betroffenen Unternehmen weitaus weniger aufwendig, sodass die unternehmenseigenen Ressourcen geschont und die Kosten der Rechtsverteidigung minimiert werden. Vor allem vermeidet der Adressat in jedem Fall ein bei weiteren Ermittlungen unter Umständen zu verhängendes Bußgeld gegen sich. Ferner verhindert der Adressat einer Zusagenentscheidung eine Verunsicherung seiner Kunden und Lieferanten sowie einen Reputationsverlust, der mit einer in der Regel öffentlichkeitswirksamen Verbots- oder Bußgeldentscheidung einhergeht.[87] Schließlich sinkt mit einer

---

sche Ziele zu verwirklichen. Dazu ausführlich *von Kalben,* Verpflichtungszusagen, 2018.

84 Vgl. EuGH, Urteil vom 29.6.2010, C-441/07 P, Slg. I-2010 – Alrosa, S. 6012, 6030 Rn. 35; *Bien*, in: FS Müller-Graff, 2015 S. 575, 578; *Kreße*, WRP 2014 S. 1261, 1262; *Kahlenberg/Neuhaus*, EuZW 2005, S. 620; *Italianer*, Redemanuskript 11.12.2013, S. 5 f.; kritisch *Bornkamm/Grafunder*, in: Koeck/Karollus, S. 487, 514; *Klees*, WuW 2009, S. 374, 378; *Wils*, World Competition 2006, S. 345, 346, 351, ging noch davon aus, dass Zusagenentscheidungen in erster Linie für Fälle gedacht sind, in denen Unklarheit über die Sach- oder Rechtslage herrscht und daher sparsam eingesetzt werden sollten.

85 *Svetiev*, Yearbook of European Law Vol. 33, No 1 (2014) S. 466, 469; einschränkend in Bezug auf die Zusagenverfahren der Kommission: *von Kalben,* Verpflichtungszusagen, 2018, S. 152 f.

86 *Kreße*, WRP 2014 S. 1261, 1262; *McGeown/Orologas,* CPI Antitrust Chronicle 2013 (3), S. 5; *Klees*, WuW 2009, S. 374, 376; *Schweitzer*, EUI Working Papers LAW 2008/22, S. 2; *Sura*, in: Langen/Bunte, 2018, Art. 9 VO 1/2003, Rn. 21.

87 *Thomas*, ZWeR 2018, S. 141, 144.

Zusagenentscheidung das Risiko, von Dritten auf Schadensersatz verklagt zu werden, da Zusagenentscheidungen keine rechtliche Bindungswirkung nach § 32b GWB bzw. Art. 16 VO 1/2003 entfalten.[88]

## B. *Verhältnis von Zusagenentscheidungen und Abstellungsverfügungen/ Bußgeldentscheidungen in der Praxis der Kartellbehörden*

### I. Kommission

Seit Inkrafttreten der VO 1/2003 im Mai 2004[89] hat die Kommission bis zum 31.7.2018 in 43 Fällen Zusagenentscheidungen nach Art. 9 VO 1/2003 erlassen. Dem stehen im gleichen Zeitraum 107 Abstellungsverfügungen nach Art. 7 VO 1/2003 gegenüber, die zum Teil mit Bußgeldern versehen wurden. Aus dieser Zahl sind jedoch diejenigen Entscheidungen herauszurechnen, die besonders schwere Kartellverstöße, die sogenannten *hardcore*-Kartelle, betreffen, da diese nicht dem Anwendungsbereich von Zusagenentscheidungen unterfallen.[90] Als *hardcore*-Kartelle gelten besonders schwerwiegende Absprachen zwischen Wettbewerbern, z. B. über Preise, Produktionsmengen, die Aufteilung von Absatzgebieten oder Kundengruppen.[91] Außerhalb des *hardcore*-Kartellbereichs stehen den 43 Zusagenentscheidungen nur noch 21 Abstellungsverfügungen gegenüber.[92] Zusagenentscheidungen bestimmen damit rund 67 % der außerhalb des *hardcore*-Kartell-Bereichs ergangenen Entscheidungen der Kommission. Vergleichbare Berechnungen finden sich in Veröffentlichungen der Kommission sowie in der Literatur. Trotz jeweils leicht abweichender Zahlen[93] geht

---

88 Siehe bereits oben; ausführlich dazu unten Kapitel 3 A.

89 Siehe Art. 45 VO 1/2003.

90 *von Kalben*, Verpflichtungszusagen, 2018, S. 106; *Bach,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 2014, § 32b GWB Rn. 9.

91 BKartA, Erfolgreiche Kartellverfolgung, 2016, S. 5; siehe auch ICN Working Group on Cartels, Building Blocks for Effective Anti-Cartel-Regimes vol. 1, S. 9 f.; Kommission, Kronzeugenregelung, Abl. 2006/C 298/11, Rn. 1.

92 Die Berechnung ist angelehnt an diejenige *von Kalbens*, Verpflichtungszusagen, 2018, S. 106 f., wobei dieser zu leicht abweichenden Ergebnissen für den Zeitraum bis zum 31.3.2018 kommt. Zur Ermittlung der Zahlen wurde die Suchfunktion der Internetpräsenz der Kommission verwendet, http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm.

93 *von Kalben*, Verpflichtungszusagen, 2018, S. 107 Fn. 327 führt dies darauf zurück, dass keine allgemeingültige Definition für den Begriff des „*hardcore*-Kartells“ existiert.

aus allen Darstellungen hervor, dass außerhalb des *hardcore*-Kartellbereichs wesentlich mehr Zusagenentscheidungen als Abstellungsverfügungen ergehen.[94] So weist *von Kalben* richtigerweise darauf hin, dass Zusagenentscheidungen inzwischen das „Hauptinstrument der EU-Wettbewerbsdurchsetzung" außerhalb von *hardcore*-Kartellen darstellen.[95]

## II. Bundeskartellamt

Die Praxis des Bundeskartellamtes stellt sich in Bezug auf das Verhältnis von Zusagenentscheidungen einerseits und Abstellungsverfügungen bzw. Bußgeldentscheidungen andererseits ähnlich dar. Seit 2007 hat das Bundeskartellamt laut seinen Tätigkeitsberichten bis Ende 2016[96] insgesamt 74 Zusagenentscheidungen erlassen. Dem stehen 19 Abstellungsverfügungen sowie 96 Bußgeldentscheidungen (davon 62 in *hardcore*-Kartellfällen) gegenüber. Zusagenentscheidungen haben damit einen Anteil von rund 58 % der insgesamt außerhalb des *hardcore*-Kartell-Bereichs ergangenen Entscheidungen. Außerhalb von *hardcore*-Kartellfällen ist die Zusagenentscheidung damit das bevorzugte Instrument des Bundeskartellamts.

---

94 Siehe etwa Kommission, Staff Working Document v. 9.7.2014, S. 56 (enthält auch Fälle vor Inkrafttreten der VO 1/2003); GD Wettbewerb, Competition Policy Brief v. März 2014, S. 3; *Wils*, Concurrence Journal 6th International Conference "New frontiers of antitrust" (Paris, 15.6.2015), S. 3 f.

95 *von Kalben*, Verpflichtungszusagen, 2018, S. 106; siehe auch *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, 2018, § 32b GWB, Rn. 3.

96 Ausgewertet wurden die Tätigkeitsberichte 2007/2008, 2009/2010, 2011/2012, 2013/2014, 2015/2016. Der Tätigkeitsbericht für 2017/2018 war zum Zeitpunkt des Abschlusses dieser Arbeit noch nicht veröffentlicht. Hinsichtlich der in den Tätigkeitsberichten angegebenen Entscheidungszahlen existieren – geringfügige, wenngleich nicht erklärbare – Diskrepanzen zu den tatsächlich veröffentlichten Entscheidungen auf der Internetpräsenz des Bundeskartellamtes. So sind etwa für die Jahre 2007/2008 18 Zusagenentscheidungen im entsprechenden Tätigkeitsbericht angegeben, während auf der Internetpräsenz für denselben Zeitraum 28 Entscheidungen veröffentlicht sind. Im Tätigkeitsbericht 2009/2010 sind für das Jahr 2009 im Bereich des Kartellverbots keine Zusagenentscheidungen angegeben, während sich auf der Internetpräsenz aber drei Entscheidungen nach § 32b GWB betreffend die Rundholzvermarktung finden. Eine Nachfrage des Verfassers zum Hintergrund dieser Diskrepanzen blieb vom Referat für Öffentlichkeitsarbeit des Bundeskartellamtes unbeantwortet.

*Abbildung 1: Anzahl der Kommissionsentscheidungen nach Art. 9 und Art. 7 VO 1/2003 zwischen dem 1.5.2004 und 31.7.2018.*

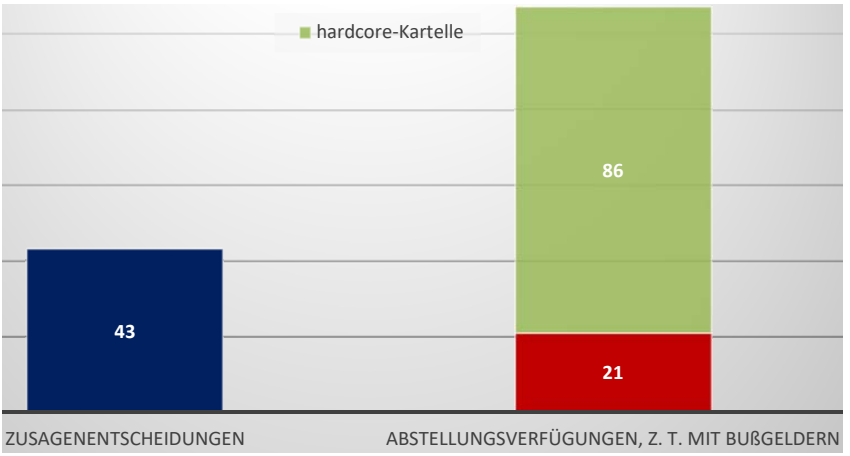



*Abbildung 2: Verhältnis von Abstellungsverfügungen (z. T. mit Bußgeldern) und Zusagenentscheidungen der Kommission außerhalb des hardcore-Kartellbereichs zwischen dem 1.5.2004 und dem 31.7.2018.*

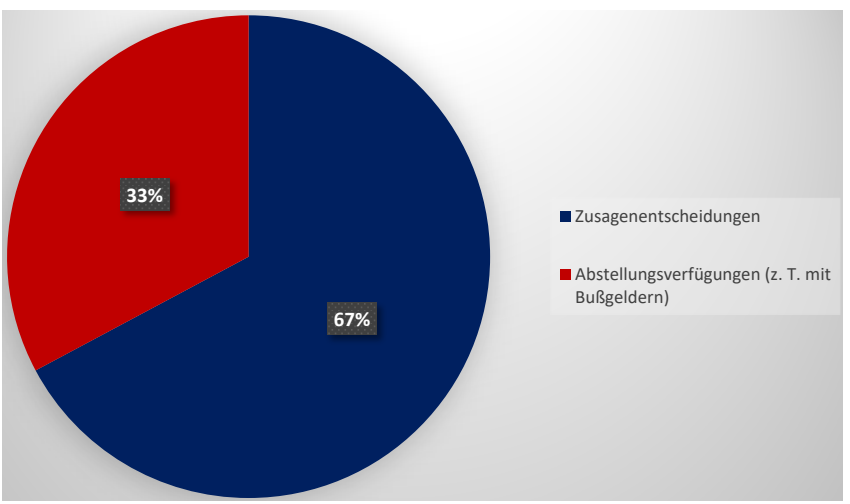


*Abbildung 3: Zusagenentscheidungen und Abstellungsverfügungen/Bußgeldentscheidungen des Bundeskartellamts 2007-2016.*

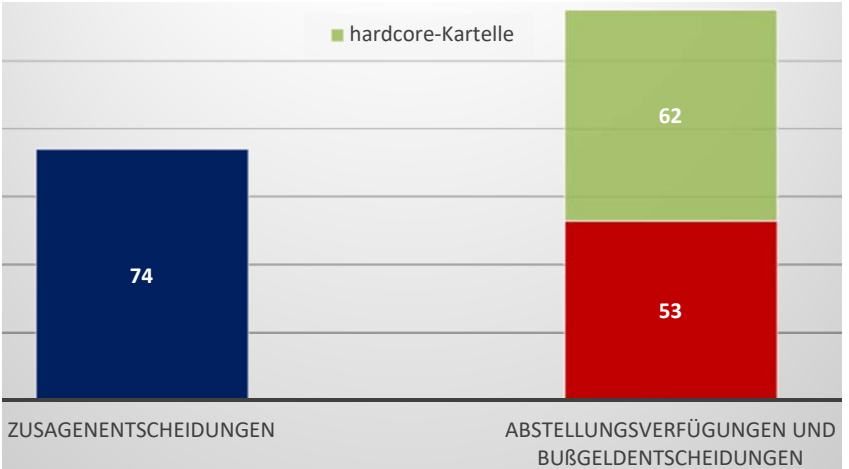
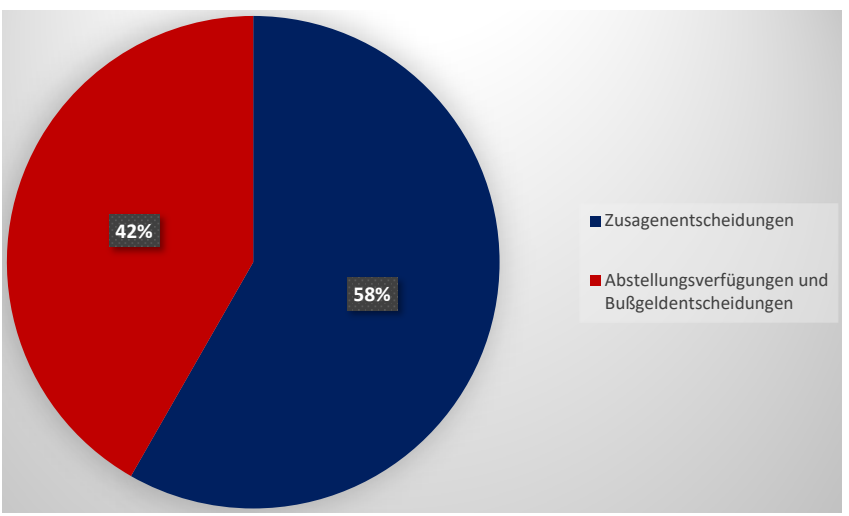



*Abbildung 4: Verhältnis von Abstellungsverfügungen/Bußgeldentscheidungen und Zusagenentscheidungen des Bundeskartellamts außerhalb des hardcore-Kartellbereichs 2007-2016.*



## C. Das Fundament von Zusagenentscheidungen - dünnes Eis oder fester Boden?

Die Beliebtheit von Zusagenentscheidungen bei den Behörden kann zur Gefahr für Dritte werden, wenn die gegen den Adressaten im Rahmen einer Zusagenentscheidung geäußerten vorläufigen kartellrechtlichen Bedenken der Behörde zutreffen. Wie real diese Gefahr ist, hängt davon ab, ob Zusagenentscheidungen auch in Fällen ergehen, in denen die Kartellbehörde von dem tatsächlichen Vorliegen eines Kartellverstoßes fest ausgeht bzw. ausgehen kann.[97] Vor diesem Hintergrund ist zu untersuchen, auf welchem Fundament eine Zusagenentscheidung ergeht. Basiert eine Zusagenentscheidungen regelmäßig nur auf oberflächlichen tatsächlichen und rechtlichen Ermittlungen, lässt sich keine klare Aussage treffen, inwieweit private Schadensersatzinteressen beeinträchtigt sein könnten. Ergehen Zusagenentscheidungen dagegen auch in klaren Fällen, in denen die Behörde auf Basis umfangreicher Ermittlungen von einem Kartellrechtsverstoß bereits überzeugt ist, besteht angesichts der erheblichen Anzahl der Verfahrensabschlüsse mit diesem Instrument eine hohe Gefahr der Beeinträchtigung privater Schadensersatzinteressen und ein Bedürfnis, dieser Gefahr entgegenzuwirken. Zur Klärung dieser Problematik sind zunächst die theoretischen und rechtlichen Vorgaben der Kartellbehörden für das Fundament von Zusagenentscheidungen zu untersuchen.

### I. Pflicht zur abschließenden Sachverhaltsermittlung?

#### 1. Streitpunkte und Meinungsstand

In der Literatur zum deutschen wie zum europäischen Recht ist umstritten, ob die vorläufige Beurteilung der Kartellbehörde auf Basis vollständiger Sachverhaltsermittlungen zustande kommen muss. Zum Teil wird davon ausgegangen, dass die vorläufige Beurteilung bei einer Zusagenentscheidung – ähnlich wie eine *prima facie* festgestellten Zuwiderhandlung im Sinne einer einstweiligen Maßnahme – keine abschließende Sachverhaltsermittlung erfordert.[98] Die Voraussetzungen an die *prima facie* Feststel-

---

97 *Podszun*, in: KK, 2014, § 32b GWB Rn. 17 geht demgegenüber davon aus, dass eine Zusagenentscheidung ausscheidet, wenn die Behörde einen Kartellrechtsverstoß für erwiesen hält.

98 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 15.3.2017, VI-Kart 10/15 (V), in Teilen abgedruckt in NZKart 2017, S. 247 –, juris Rn. 91; *Saitzek*, Verpflichtungszusagen, 2008,

lung sind für die Behörde eher großzügig. So kann die Kommission eine einstweilige Maßnahme etwa selbst dann ergreifen, wenn eine erste summarische Prüfung des Sachverhalts kein Vorliegen einer eindeutigen und offenkundigen Zuwiderhandlung ergibt.[99]

Nach Auffassung von *Saitzek* ergibt sich aus dem Sinn und Zweck des Art. 9 VO 1/2003, eine schnelle Verfahrensbeendigung herbeizuführen, dass eine vollständige Ermittlung des Sachverhalts nicht erforderlich ist. Andernfalls würden die Grenzen zu einer Abstellungsverfügung verwischt und so die Verkürzung des Verfahrens verhindert. Ausreichend sei die Ermittlung der wesentlichen Tatsachen, die für die Begründung eines Verstoßes erforderlich sind.[100] Das Oberlandesgericht Düsseldorf führt in seiner Entscheidung zum Rundholzverfahren[101] aus, der Sachverhalt müsse im Rahmen einer Zusagenentscheidung lediglich insoweit aufgeklärt werden, als sich mit ihm der Verdacht eines konkreten Kartellrechtsverstoßes (über einen bloßen Anfangsverdacht hinaus) hinreichend, das heißt im Sinne einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit, verdichtet.[102] In der anschließenden Entscheidung des Bundesgerichtshofs stimmt dieser dem Oberlandesgericht insoweit zu. So ist die Kartellbehörde nach Auffassung des Bundesgerichtshofs nicht dazu verpflichtet, den zugrunde liegenden Sachverhalt im Rahmen ihrer Möglichkeiten vollständig aufzuklären; vielmehr kann sie sich mit einem „geringeren Ermittlungsaufwand" begnügen.[103]

Nach anderer Ansicht unterliegt die vorläufige Beurteilung im Rahmen einer Zusagenentscheidung anderen Voraussetzung als die *prima facie* festgestellte Zuwiderhandlung beim Erlass von einstweiligen Maßnahmen.[104] Gegen eine Gleichsetzung spreche zunächst der unterschiedliche Wortlaut.

---

S. 100 f.; *Mestmäcker/Schweitzer*, EU-Wettbewerbsrecht, 2014, § 21 Rn. 50; *Anweiler*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, 2016, Art. 9 VO 1/2003 Rn. 21.

99 Siehe EuG, Urteil v. 24.1.1992, T-44/90 – La Cinq/Komm., Slg. 1992, II-1 Rn. 60 f.; siehe auch *Anweiler*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, 2016, Art. 8 VO 1/2003 Rn. 9 ff.

100 *Saitzek*, Verpflichtungszusagen, 2008, S. 100 f.

101 Siehe dazu ausführlich unten Kapitel 1 D. II. 5.

102 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 15.3.2017, VI-Kart 10/15 (V), in Teilen abgedruckt in NZKart 2017, S. 247 –, juris Rn. 91; aufgehoben durch BGH, Beschluss v. 12.6.2018, KVR 38/17 – Holzvermarktung Baden-Württemberg –, juris.

103 BGH, Beschluss v. 12.6.2018, KVR 38/17 – Holzvermarktung Baden-Württemberg –, juris Rn. 40.

104 *Klees*, WuW 2009, S. 374, 378; *Klose*, in Wiedemann, Handbuch Kartellrecht, 2016, § 51 Rn. 35; *Bauer*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2015, Art. 9 VO 1/2003 Rn. 11 ff.; *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, 2014, § 32b Rn. 11; *de Bronett*, EU-Kartellverfahrensrecht, 2012, Art. 9 VO 1/2003 Rn. 7.

Außerdem weist *Bauer* darauf hin, dass einstweilige Maßnahmen nur bei besonderer Dringlichkeit ergehen dürfen, was notwendigerweise voraussetzt, dass eine umfassende Sachverhaltsaufklärung nicht betrieben werden kann. Eine solche Dringlichkeit bestehe dagegen nicht bei einer Zusagenentscheidung.[105] Die Beschränkung auf eine vorläufige Beurteilung entbinde die Kommission nicht davon, den Sachverhalt, der der Entscheidung zu Grunde gelegt wird, so weit wie möglich zu ermitteln. Es entspreche nicht dem Sinn und Zweck von Zusagenentscheidungen, der Kommission zusätzlich zum Aufwand für Anhörungsverfahren, der Abfassung detaillierter Beschwerdepunkte sowie eventuell sich anschließender Gerichtsverfahren auch noch den Umfang der Tatsachenermittlung zu reduzieren. Andernfalls drohe eine erhebliche Ausweitung des Anwendungsbereichs von Zusagenentscheidungen – einhergehend mit erheblichen rechtsstaatlichen Bedenken. Eine vollständige Sachverhaltsaufklärung sei auch deshalb erforderlich, weil die Kommission nach Art. 9 Abs. 1 VO 1/2003 die Absicht zum Erlass einer Abstellungsverfügung haben muss.[106] Eine solche Absicht setze einen vollständig ermittelten Sachverhalt voraus. Auch die Wiederaufnahmegründe des Art. 9 Abs. 2 VO 1/2003 zeigten schließlich, dass die Entscheidung auf einen vollständig ermittelten Sachverhalt gestützt werden müsse. Die Vorläufigkeit der Beurteilung bringe nur zum Ausdruck, dass sich die Kommission bei der summarischen rechtlichen Bewertung eines von ihr vollständig ermittelten Sachverhalts noch kein abschließendes Urteil gebildet habe.[107] Eine endgültige, sämtliche Aspekte in Betracht ziehende Abwägung aller sachverhaltsrelevanten Fakten habe in diesem Zusammenhang nicht zu erfolgen, sondern solle nach dem Zweck des § 32b GWB gerade unterbleiben können.[108]

---

105 *Bauer*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2015, Art. 9 VO 1/2003 Rn. 11 f.; *Klose*, in: Wiedemann, Handbuch Kartellrecht, § 54 Rn. 35.

106 *Klees*, WuW 2009, S. 374, 378; *Bauer*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2015, Art. 9 VO 1/2003 Rn. 12.

107 *Bauer*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 2015, Art. 9 VO 1/2003 Rn. 12; *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, 2014, § 32b Rn. 11 f.; *de Bronett*, EU-Kartellverfahrensrecht, 2012, Art. 9 VO 1/2003 Rn. 7.

108 *Bechtold/Bosch*, GWB, 2015, § 32b Rn. 3. So soll im deutschen Recht die vorläufige Beurteilung des Bundeskartellamtes über einen bloßen Anfangsverdacht im Sinne des § 59 GWB hinausgehen, braucht aber nicht die Anforderungen nach § 32 GWB erfüllen.