

Beschwerdemöglichkeiten und Schadensersatzklage durch Verbraucher in der 7. GWB-Novelle

Roland STUHR
Verbraucherzentrale Bundesverband

Ich freue mich, dass mir als Verbrauchervertreter die Gelegenheit gegeben wurde, über das Kartellrecht zu sprechen. Das ist nicht selbstverständlich, wenn man sich die Entwicklung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) von Novelle zu Novelle anschaut. Mit der aktuellen 7. GWB-Novelle wird die verbraucherschützende Funktion des Wettbewerbsrechts durch Einführung von Verbandsklagerechten voraussichtlich erstmals deutlich im Gesetz verankert. Ich möchte in meinem Beitrag im Wesentlichen auf diese neuen Anspruchsgrundlagen eingehen, zuvor aber kurz die Dimension der prozessualen Verbraucherrechte darstellen.

Klagerechte und Maßnahmen des kollektiven Rechtsschutzes zugunsten der Verbraucher wurden auf deutscher und europäischer Ebene in den letzten Jahren kontinuierlich ausgebaut. Mit dem Unterlassungsklagegesetz (beruhend auf der Unterlassungsklage-RL der EU) wurden Verbandsklagerechte gebündelt. Obwohl es Unterlassungsklagen bereits in den Gesetzen über Allgemeine Geschäftsbedingungen und Unlauteren Wettbewerb gab, hat sich diese Bündelung in nunmehr einem Unterlassungsklagegesetz bewährt. Die eindeutige und transparente Regelung der Aktivlegitimation von Verbraucherverbänden ist damit für weitere Rechtsbereiche offen und die Attraktivität für den Gesetzgeber, dieses Instrument zu nutzen, offenbar gewachsen. Das zeigt sich bereits an der Reform des Urheberrechtsgesetzes, welches neuerdings ebenfalls die Verbandsklage unter Verweis auf das Unterlassungsklagegesetz kennt.

Von dieser Entwicklung weitgehend „verschont“ geblieben ist bislang das Recht zur Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen, im Folgenden „Kartellrecht“ genannt. Warum die private Rechtsdurchsetzung im Verbraucherinteresse gerade in diesem Bereich vernachlässigt wurde, mag verschiedene Gründe haben. In der Sache ist dieses Versäumnis jedenfalls kaum zu rechtfertigen.

Die Aufsicht über Wettbewerbsbeschränkungen ist nicht allein den Kartellbehörden übertragen, sondern grundsätzlich auch den Betroffenen selbst. Es ist weitgehend anerkannt, dass die Interessenwahrnehmung durch Betroffene und deren Wachsamkeit über die Einhaltung von Wettbewerbsregeln in den Dienst einer wirksamen Wettbewerbsaufsicht zu integrieren ist. Das muss auch für Verbraucher gelten.

Erinnern wir uns an Adam Smith, der erkannte, dass jede Produktion letztlich für den Verbrauch bestimmt ist. Verbraucher sind die Nutznießer von Wettbewerb auf jeder Stufe der Wertschöpfungskette einschließlich des Handels. Damit ist unbestreitbar, dass Verbraucher durch das Kartellrecht geschützt werden, weil sie durch eine funktionierende Wettbewerbswirtschaft effizienter, sicherer und preisgünstiger versorgt werden als in einer Wirtschaft ohne oder mit nur eingeschränktem Wettbewerb.

Dennoch würde ich untertreiben, würde ich sagen, dass die Einflussmöglichkeiten von Verbrauchern und Verbraucherverbänden im Kartellrecht begrenzt sind. Das wird sich zumindest ansatzweise mit der 7. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ändern. Im gegenwärtig diskutierten Regierungsentwurf vorgesehen sind

- ein Unterlassungsanspruch und
- ein Vorteilsabschöpfungsanspruch zugunsten von Verbraucherverbänden sowie
- ein Schadensersatzanspruch für Betroffene.

Bevor ich auf diese neuen Anspruchsgrundlagen im Einzelnen eingehe, möchte ich noch ein Thema ansprechen, das bei der juristischen Diskussion um Wettbewerbsbeschränkungen regelmäßig nicht die ihm gebührende Beachtung findet: Information und Angebotstransparenz.

Die Segnungen des Wettbewerbs – niedrige Preise bei hoher Qualität – treten nur ein, wenn die Abnahmeseite ausreichend informiert ist.

- Der Verbraucher ist Schiedsrichter im Wettbewerb. Er entscheidet über Erfolg und Misserfolg.
- Der Verbraucher ist Generalist und gleichsam „nebenberuflich“ tätig, denn er ist auch Arbeitnehmer und vieles mehr. Der Verbraucher ist infolgedessen regelmäßig wesentlich schlechter informiert als der Anbieter.

Denken Sie hier etwa an die gegenwärtige Entwicklung der Privatisierung: Aus Gebührenzahlern für Strom und Telefon werden Jongleure im Tarifdschungel der Telekommunikationsanbieter und hoffentlich in Zukunft auch der Energieanbieter. Aus staatlichen Rentenempfängern werden Finanzexperten für die private Altersvorsorge.

Verbraucher sind deshalb mehr als je zuvor auf Transparenz und schnell verfügbare Information angewiesen. Mangelhafte Information führt zu zufälligen Auswahlentscheidungen. Fehlerhafte Information verunsichert Verbraucher; sie fühlen sich nicht selten überfordert. Und überforderte Verbraucher können ihre Aufgabe als Schiedsrichter im Wettbewerb nicht hinreichend wahrnehmen.

Deshalb lohnt es sich meines Erachtens, darüber nachzudenken, ob wir die Beseitigung von Informationsasymmetrien nicht ebenfalls als eine Aufgabe des Wettbewerbschutzes betrachten müssen. Wenn wir über Beschwerdemöglichkeiten und Klagerechte sprechen, sollten auch Informationsansprüche gegenüber Behörden und Unternehmen in Bezug auf die dort verfügbaren Informationen nicht unerwähnt bleiben. Die Bundesregierung prüft gegenwärtig, in welchem Umfang solche Informationsansprüche in einem Verbraucherinformationsgesetz zu verankern sind. Ein entsprechender Gesetzentwurf ist bereits vor zwei Jahren im Bundesrat gescheitert.

Aber vielleicht sollten auch Wettbewerbshüter Verbraucherinformation und Markttransparenz bei ihren wettbewerbsrechtlichen Entscheidungen stärker berücksichtigen. Ich möchte deshalb die Frage aufwerfen, ob die bewusste Zurückhaltung verbraucherrelevanter Informationen nicht auch als Missbrauch von Marktmacht oder unbillige Behinderung von Verbrauchern geahndet werden könnte. In Bezug auf Verstöße gegen das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) durch marktbeherrschende Unternehmen wird diese Ansicht bereits diskutiert. Im Angebotswettbewerb gegenüber dem Verbraucher könnte die Zurückhaltung wesentlicher Information ein ebenso guter Grund für ein Einschreiten von Wettbewerbsbehörden sein.

Damit kein Missverständnis aufkommt: Als Verbraucherverband fördern wir die Entstehung von Märkten, wo vor kurzem noch staatliche Monopole das Sagen hatten. Wir fördern die Entstehung von Märkten aber nicht um der Privatisierung willen, sondern mit dem Ziel eines funktionierenden Wettbewerbs.

Und Wettbewerb braucht Regeln. Deren Einhaltung müssen Behörden und Akteure innerhalb des Wettbewerbs gleichermaßen gewährleisten. Mit dem Wegfall der Anmelde- und Genehmigungspflicht im europäischen und künftig auch im deutschen Wettbewerbsrecht sollen Kartellbehörden entlastet werden. Damit kommt der privaten Wettbewerbskontrolle eine höhere Bedeutung und Verantwortung zu. Um dieser gerecht zu werden, bedarf es erweiterter Rechte – auch und gerade für Verbraucherverbände.

Der Regierungsentwurf der 7. GWB-Novelle enthält einige solcher Rechte und Beschwerdemöglichkeiten für Verbraucher, auf die ich im Folgenden eingehen werde.

Unterlassungsanspruch

§ 33 Abs. der 7. GWB-Novelle sieht vor, dass im Falle des Verstoßes gegen das GWB, gegen europäisches Wettbewerbsrecht oder eine Verfügung der Kartellbehörde, der Verstößende auf Unterlassung in Anspruch genommen werden kann. Dieses Recht soll aber nur demjenigen zustehen, dessen Schutz das Gesetz bezweckt, gegen das verstoßen wurde.

Für Verbraucherverbände enthält § 33 Abs. 2 Nr. 2 GWB-E insofern eine besondere Klagebefugnis. Der Unterlassungsanspruch „aus Absatz 1“ steht auch Verbraucherverbänden zu. Zumindest unklar ist dabei aber, ob auch das Schutzzweckerfordernis erfüllt sein muss. Vermutlich wird dies der Fall sein, da in § 33 Abs. 2 Nr. 2 GWB-E selbst gar keine Voraussetzungen für den Unterlassungsanspruch geregelt sind. Man wird deshalb auf die Voraussetzungen von § 33 Abs. 1 zurückgreifen müssen.

§ 33 in der vorliegenden Form dürfte damit wenig geeignet sein, die private Rechtsdurchsetzung bei Wettbewerbsbeschränkungen zu erleichtern. Warum das meines Erachtens der Fall ist, möchte ich kurz erläutern.

Im deutschen Kartellrecht gibt es das Schutzzweckerfordernis bereits heute im Tatbestand des Schadensersatzanspruchs gemäß § 33 GWB. Für Verbraucherverbände war der Schutzzweck aber bislang keine unmittelbare Hürde, da sie im Rahmen des Schadensersatzanspruches ohnehin nicht klagebefugt waren.

Dennoch dürfte in dem Schutzzweckerfordernis eine entscheidende Barriere für die künftige private Rechtsdurchsetzung zu sehen sein. Denn was ein Schutzgesetz ist und wer in den Schutzbereich fällt, gehört traditionell zu den umstrittensten Fragen im Kartellrecht. Die Rechtsprechung konnte diese Frage bis heute nicht praktikabel lösen und knüpft den Schadensersatzanspruch stattdessen an eine weitere Voraussetzung: Schadensersatz soll bislang nur demjenigen zustehen, gegen den sich der Kartellverstoß *gezielt* richtet.

Gezielt in diesem Sinne ist ein Verstoß nur, wenn er sich gezielt gegen bestimmte Personen (Mitbewerber, Lieferanten und Abnehmer) richtet. *Gezielt* ist er demgegenüber nicht, wenn er sich nur *allgemein* kostentreibend oder auch qualitätsmindernd auf den Wettbewerb auswirkt. Nutznießer dieses *allgemeinen* Wettbewerbs sind aber vor allem die Verbraucher. Wettbewerbsverstöße betreffen Verbraucher demnach, obwohl sich Verstöße nicht – wie die Rechtsprechung bislang fordert – gezielt gegen Verbraucher richten.

Die Bundesregierung hat dieses Problem erkannt und beabsichtigt offenbar eine Korrektur dieser Rechtsprechung herbeizuführen. § 33 Abs. 1 des Regierungsentwurfs schreibt deshalb den Gerichten vor, dass „andere Marktbeteiligte“ – wie z.B. Verbraucher – künftig auch dann in den Schutzbereich einbezogen werden sollen, wenn das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal des gezielten Verstoßes nicht erfüllt ist.

Es handelt sich also gewissermaßen um eine „negative Legaldefinition“ oder präziser um die Legaldefinition des Schutzzwecks mittels eines negativen Tatbestandsmerkmals, das nach dem Willen des Gesetzgebers kein Argument gegen die Annahme eines Schutzgesetzes sein soll. Wir müssen abwarten, wie die Rechtsprechung mit dieser Konstruktion verfahren wird!

Die Zielrichtung des Verstoßes ist aber nur eine Hürde, die Verbrauchern den Zugang zu Schadensersatzansprüchen versperrt. Selbst wenn auf das Tatbestandsmerkmal des gezielten Verstoßes verzichtet wird, ist immer noch der Nachweis erforderlich, dass die verletzte Vorschrift den Schutz eines bestimmten Marktteilnehmers, insbesondere der Verbraucher, bezweckt.

Wie in § 33 Abs. 1 Satz 1 des Regierungsentwurfs zum Ausdruck gebracht wird, kommen das gesamte materielle Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen des ersten und zweiten Abschnitts sowie Art. 81 und 82 EGV als Schutzgesetze in Frage. Diese Feststellung wird aber nur ganz allgemein getroffen und nicht im Hinblick auf Verbraucher. Die zu beantwortende Frage lautet demnach in jedem Einzelfall, wessen Schutz die jeweiligen Vorschriften bezwecken und ob Verbraucher von diesem Schutzzweck erfasst werden.

Diese juristische Hürde entspricht in keiner Weise der wirtschaftlich engen Verknüpfung zwischen Wettbewerbsschutz und Verbraucherinteressen. Wirtschaftlich betrachtet wird mit Wettbewerb ein höheres Leistungsniveau bei niedrigeren Kosten auf der Angebotsseite zum Vorteil der Nachfrageseite – also letztlich der Verbraucher – „bezweckt“. Demnach würde jede Vorschrift zum Schutz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ein Schutzgesetz zugunsten der Verbraucher sein. Wo ist hier also die Grenze zu ziehen?

Das Tatbestandsmerkmal des Schutzzwecks ist überaus unscharf. Wer in den Schutzzweck einer Vorschrift fällt, wird die Rechtsprechung erneut für jede einzelne Norm entscheiden müssen. Die bisherige Rechtspraxis wird hierbei nur wenig Orientierung bieten können, da ein *gezielter* Verstoß als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal entfällt.

Diese Regelung wird erneut zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen. Für Verbraucher wird es nicht ausreichen, dass diese – wie ursprünglich im Referentenentwurf vorgesehen – als Marktteilnehmer „betroffen“ sind. Verbraucher und Verbraucherverbände müssen vielmehr bei jedem einzelnen Verstoß darlegen und begründen, warum die verletzte Vorschrift auch ihren Schutz bezweckt.

Erschwerend kommt hinzu, dass das federführende Ministerium es bislang ablehnt, eine ausdrückliche Zweckbestimmung des Wettbewerbsrechts zugunsten der Verbraucher einzuführen. Das schafft Argumentationsspielraum dahingehend, dass das Kartellrecht zumindest nicht unmittelbar dem Schutz der Verbraucher dient. Die Neuregelung bewirkt somit Rechtsunsicherheit und damit verbunden auch eine höhere Belastung der Gerichte.

Ich möchte in diesem Zusammenhang auch auf die Stellungnahme der Monopolkommission hinweisen, die den früheren Vorschlag im Referentenentwurf vom 17.12.2003, auf das Erfordernis der Schutzgesetzverletzung zu verzichten, ausdrücklich

befürwortet hat. Die Monopolkommission hat hierzu ausgeführt: „Dieses Erfordernis [die Schutzgesetzverletzung] und seine enge Interpretation durch die Gerichte bilden einen Grund für die geringe praktische Bedeutung der privaten Rechtsverfolgung in Deutschland. Die Unsicherheit darüber, ob ein Geschädigter vom Schutzbereich der Norm erfasst war und einen Anspruch erfolgreich geltend machen konnte, dürfte die Klageerhebung insbesondere bei Verstößen gegen § 1 GWB häufig verhindert haben“ (Sondergutachten der Monopolkommission zur 7. GWB-Novelle Rn. 38).

Die sachgerechte Einschätzung der Monopolkommission macht deutlich, dass die zivilrechtliche Verfolgung von Wettbewerbsverstößen bei Aufrechterhaltung der Schutzgesetzverletzung als Voraussetzung für einen Unterlassungs- oder Schadensersatzanspruch auch künftig ein Schattendasein führen soll und wird. Obwohl der privaten Rechtsdurchsetzung im System der Legalausnahmen zweifellos eine wachsende Bedeutung zukommen müsste, beabsichtigt die Bundesregierung bislang an der restriktiven und in der Praxis vermutlich wenig brauchbaren Regelung festzuhalten.

Unseres Erachtens wäre es deshalb sinnvoller, den Unterlassungsanspruch allen von einem Verstoß Betroffenen einzuräumen und dabei ausdrücklich festzuhalten, dass auch Verbraucher Betroffene sein können.

Diese Argumentation hat im Übrigen auch die Monopolkommission vertreten, indem sie eine „grundsätzliche Einbeziehung der Endverbraucher in den Betroffenenbegriff“ und eine „umfassende Legitimation der Konsumenten“ fordert (Sondergutachten Rn. 39).

Die Problematik des Schutzzweckerfordernisses möchte ich an einem Beispiel erläutern:

Im Januar letzten Jahres kritisierte die Bundesministerin für Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft den erheblichen Preisdruck auf Hersteller von Lebensmitteln. Das derzeitige Preisdumping von Lebensmittelketten stehe einer qualitativ hochwertigen Produktion in der Landwirtschaft entgegen. In Pressemeldungen wurde anschließend darauf hingewiesen, dass das genannte Ministerium an einer Reform des Wettbewerbsrechts arbeite. Ziel sei es, im Interesse einer qualitativ hochwertigen Lebensmittelversorgung der Verbraucher effektiver gegen den Verkauf unter Einstandspreis vorzugehen.

Hier wird deutlich, dass auch der Verkauf unter Einstandspreis einer qualitativ hochwertigen Lebensmittelproduktion entgegenstehen kann und damit eine erhebliche verbraucherpolitische Dimension hat. Es geht nicht nur um das Wohl kleiner und mittelständischer Wettbewerber, sondern um Lebensmittelsicherheit für die Verbraucher.

Für Verbraucherverbände, die gegen Preisdumping vorgehen möchten, kommt es allein darauf an, welche Möglichkeiten Verbraucherverbände im Rahmen des GWB haben, von den jeweiligen Unternehmen die Unterlassung derartiger Verhaltensweisen zu verlangen. Der Unterlassungsanspruch im GWB-Regierungsentwurf steht Verbraucherverbänden aber nur zu, wenn die jeweiligen verletzten Vorschriften dem Schutz der Verbraucher dienen. Es kommt also auf den Schutzzweck der Norm – hier § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB – an.

Und in der Bekanntmachung des Bundeskartellamts zum Verkauf unter Einstandspreis¹ wird der Schutz kleinerer und mittlerer Unternehmen als Ziel der Vorschrift genannt. Es liegt deshalb nahe, bei der Rechtsauslegung den Schutzzweck

¹ Bekanntmachung des Bundeskartellamts vom 12. Oktober 2000

der Norm auf Mitbewerber zu beschränken. In der Konsequenz versagt der Regierungsentwurf Verbraucherverbänden damit im genannten Fall einen Unterlassungsanspruch.

Einführung einer Zweckbestimmung

Vor dem Hintergrund der Beibehaltung des Schutzzweckerfordernisses wird deutlich, dass auch auf die Einführung einer allgemeinen Zweckbestimmung zugunsten des Verbraucherschutzes nicht verzichtet werden kann. Solange wesentliche Verbraucherrechte davon abhängig gemacht werden, dass die Rechtsprechung einzelne Verbotstatbestände des GWB als verbraucherschützend einstuft, müssen wir auf der Klarstellung bestehen, dass Wettbewerbsschutz im Regelfall immer auch Verbraucherschutz ist.

Die verbraucherschützende Funktion des Wettbewerbs wurde bereits mehrfach hervorgehoben. Die Verankerung dieses Schutzzwecks im GWB würde der grundsätzlichen Zielrichtung und Systematik des GWB demzufolge nicht widersprechen.

Demgegenüber wird diese Erkenntnis durch die Beibehaltung des Schutzzweckerfordernisses bei Verbraucherklagen zumindest in Frage gestellt. Denn mit dem einschränkenden Schutzzweckerfordernis bringt der Gesetzgeber weiterhin zum Ausdruck, dass der Schutz des Wettbewerbs durch Verbotstatbestände des GWB und der Schutz einzelner Marktteilnehmer – einschließlich der Verbraucher – zweierlei Dinge sind.

Mit einer ausdrücklichen Zweckbestimmung zugunsten des Verbraucherschutzes würde demgegenüber die volkswirtschaftliche Bedeutung des Wettbewerbs für den Verbraucher auch juristisch verankert und gleichzeitig ein Beitrag für mehr Auslegungs- und Rechtssicherheit geleistet.

Der Schutz vor Wettbewerbsbeschränkungen kommt letztlich den gleichen Akteuren zugute wie der Schutz vor unlauterem Wettbewerb. Vorbild für das GWB sollte deshalb die Neufassung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb sein, die in § 1 die sogenannte Schutzzwecktrias ausdrücklich anerkennt:

§ 1 des UWG lautet:

„Dieses Gesetz dient dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauterem Wettbewerb.“

Eine ähnliche Bestimmung findet sich auch im Energiewirtschaftsgesetz, welches – zumindest in der Theorie – für Wettbewerb in den Energiemärkten sorgen sollte:

„Der Wettbewerb wird im Interesse einer effizienten, sicheren und preisgünstigen Versorgung der Allgemeinheit geschützt.“

Schadensersatzanspruch

Einen Schadensersatzanspruch gibt es bereits heute im GWB in § 33. Die Neufassung dürfte sich inhaltlich kaum von der gegenwärtigen Fassung unterscheiden.

In Bezug auf Verbraucher und Verbraucherverbände wird dieser Anspruch vermutlich keine große Rolle spielen. Theoretisch denkbar wäre es, dass Verbraucher einen Schaden geltend machen, den sie infolge eines Wettbewerbsverstoßes erlitten haben.

Einen solchen Schadensersatzanspruch hätten Verbraucher bereits nach altem Recht geltend machen können; ein entsprechender Fall ist mir allerdings nicht bekannt. Der Grund dafür, dass Verbraucher derartige Schäden nicht einklagen, liegt auf der Hand. Der Schaden infolge von Wettbewerbsverstößen wird regelmäßig vom einzelnen Verbraucher nicht wahrgenommen. Kartellrechtliche Verbraucherinteressen können deshalb zivilrechtlich nur im Wege des Kollektiv- oder Musterrechtsschutzes gewahrt werden.

Eine mögliche Konstruktion wäre deshalb die Verbandsklage der Verbraucherzentralen nach dem Rechtsberatungsgesetz (§ 3 Nr. 8). Das Rechtsberatungsgesetz gestattet den Verbraucherzentralen die gerichtliche Einziehung fremder abgetretener Forderungen. Von dieser noch sehr jungen Vorschrift wurde bislang zwar durchaus Gebrauch gemacht, nicht aber in dem für Verbraucherzentralen naturgemäß schwer zugänglichen Bereich des Kartellrechts.

Aufgrund der regelmäßig niedrigen Schadenshöhe beim einzelnen Verbraucher ist der Schadensersatzanspruch auch kein geeignetes Instrument zur Kompensation.

Die typische Konstellation solcher Streuschäden besteht eben darin, dass einem oft erheblichen Gewinn auf Unternehmensseite eine Vielzahl betroffener Verbraucher mit geringem Individualschaden gegenüberstehen.

Ein geeignetes Instrument kann deshalb nicht am individuellen Schaden ansetzen, sondern am rechtswidrigen Gewinn, den es abzuschöpfen gilt. Im UWG gibt es einen solchen Gewinnabschöpfungsanspruch seit zwei Monaten. Im Regierungsentwurf der 7. GWB-Novelle heißt das gleiche Instrument Vorteilsabschöpfung.

Vorteilsabschöpfung

Der Anspruch auf Vorteilsabschöpfung soll vorzugsweise den Kartellbehörden zustehen. Unternehmen können zur Zahlung eines Geldbetrags in der Höhe ihres rechtswidrig erlangten Gewinns angewiesen werden. Einen ähnlichen Anspruch – allerdings unter erheblich schärferen Voraussetzungen – gibt es bereits im gegenwärtigen GWB (§ 34).

Verbraucherverbände sollen die Herausgabe dieses Gewinns ebenfalls verlangen dürfen, allerdings nur unter erschwerten Voraussetzungen:

- der Verstoß muss vorsätzlich begangen worden sein;
- der Gewinn muss zu Lasten einer Vielzahl von Verbrauchern erwirtschaftet worden sein;
- soweit der Gewinn bereits durch Zahlung an Dritte abgeschöpft wurde, entfällt der Anspruch; in Frage kommen beispielsweise Abschöpfungen durch die Kartellbehörden oder andere Verbände;
- der Gewinn muss an den Bundeshaushalt abgeführt werden.

Diese weiteren Voraussetzungen sind – mit Ausnahme des Vorsatzerfordernisses – von uns akzeptiert worden. In der Vielzahl der betroffenen Verbraucher kommt das besondere Rechtsschutzbedürfnis des Verbraucherverbands zum Ausdruck. Legitim ist es auch, wenn sichergestellt wird, dass der Gewinn nur einmal und nur in der Höhe, in der er erwirtschaftet wurde, abgeschöpft wird. Auch die Abführung an den Bundeshaushalt wird von uns nicht beanstandet, denn die Vorteilsabschöpfung durch Verbraucherverbände geschieht im öffentlichen Interesse und dient nicht der eigenen Bereicherung.

Inakzeptabel ist demgegenüber das Vorsatzerfordernis.

Verschuldensabhängige Ansprüche sind unseres Erachtens für Außenstehende kaum durchsetzbar. Denkbar erscheint hier zwar noch der Nachweis eines fahrlässigen Verschuldens in Form einer Verkennung der Rechtslage auf Seiten der kartellrechtswidrig handelnden Unternehmen. Aber der Nachweis, dass Führungskräfte vorsätzlich gehandelt haben, wird demgegenüber zumindest für Verbraucherverbände kaum zu führen sein.

Der Anwendungsbereich wird damit auf die Fälle von offensichtlichem Verschulden beschränkt sein. Bei solchen besonders schwerwiegenden Verstößen wird jedoch bereits das Bundeskartellamt von seinem Abschöpfungsanspruch Gebrauch machen, so dass der entsprechende Anspruch der Verbraucherverbände vermutlich leer laufen wird.

Nicht nachvollziehbar ist die Voraussetzung des vorsätzlichen Verstoßes auch im Vergleich mit dem entsprechenden Anspruch des Bundeskartellamtes. Wie es in der Begründung zum Referentenentwurf vom 17.12.2003 zutreffend heißt, ist ein Verzicht auf jedes Verschulden „gerechtfertigt, weil der Täter auf keinen Fall, auch wenn er nicht schuldhaft gehandelt hat, einen Vorteil aus dem Kartellrechtsverstoß behalten soll“ (Begründung zum Ref-E, Seite 25).

Diese Feststellung gilt auch dann, wenn das Bundeskartellamt von seinem Anspruch auf Vorteilsabschöpfung keinen Gebrauch macht. Dass in diesem Fall Verbände lediglich mit dem stumpfen Schwert einer auf Vorsatz beschränkten Vorteilsabschöpfung ausgestattet werden sollen, entbehrt damit jeder rechtspolitischen Grundlage und entschärft die Vorschrift einschließlich ihres generalpräventiven Charakters bis hin zur Bedeutungslosigkeit. Denn bei offensichtlichen Verstößen, bei denen sich Vorsatz geradezu aufdrängt, ist nicht ersichtlich, warum das Bundeskartellamt auf seine Befugnisse gemäß § 34 Ref-E verzichten sollte.

Beteiligung am Kartellverwaltungsverfahren

Zwingende Voraussetzung für eine Beiladung ist bislang, dass die Interessen des Verbraucherverbandes oder seiner Mitglieder durch die Entscheidung über den Zusammenschluss „erheblich berührt“ werden (§ 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB).

Insbesondere im Zusammenhang mit der Ministererlaubnis für den Zusammenschluss von E.ON und Ruhrgas ist die Beteiligung von Verbraucherverbänden an Fusionsverfahren in den Mittelpunkt des Interesses gerückt.

Der Nachweis der erheblichen Interessenberührung ist für die Verbraucherverbände in der Praxis oft mit Schwierigkeiten verbunden. So hat das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf in seiner aktuellen Entscheidung über die unterbliebene Beiladung eines Verbraucherverbandes eine erhebliche Interessenberührung noch nicht als ge-

ben angesehen, wenn ein Zusammenschluss zu einer durchschnittlichen Mehrbelastung von 5 Euro bzw. sogar 10 Euro pro Monat für den einzelnen Verbraucher führt.² Auch wenn es grundsätzlich kritikwürdig ist, dass – auf das Jahr gerechnet – Beträge von 60 Euro bzw. 120 Euro als „nicht erheblich“ eingestuft werden, so ist trotzdem als Ergebnis festzuhalten, dass die Rechtsprechung an die Erheblichkeit der Interessenberührung sehr hohe Ansprüche stellt.

Neben der Betrachtung der Erheblichkeit für den einzelnen Verbraucher sollte bei der Bewertung der Erheblichkeit eine Berücksichtigung der Anzahl der betroffenen Verbraucher erfolgen. Sofern in dem zuvor genannten Referenzfall des Zusammenschlusses E.ON/Ruhrgas 10 Millionen Verbraucher oder mehr einer Mehrbelastung von 60 Euro pro Jahr ausgesetzt sind, ergibt sich ein Gesamtzuwachs der Belastung der Verbraucher von 600 Millionen Euro.

Sofern ein Verband die Interessen dieser Verbraucher vertritt, kann die Erheblichkeit eigentlich nicht mehr bestritten werden. Diese Betrachtungsweise hat jedoch bislang weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung einen Niederschlag gefunden.

Unabhängig von der Frage, ab welchen wirtschaftlichen Auswirkungen eine Belastung für den einzelnen Verbraucher als erheblich einzustufen ist, sollte bei der Betroffenheit einer bestimmten Anzahl von Verbandsmitgliedern die Erheblichkeit der Interessenberührung gesetzlich vermutet werden.

Insoweit kommt uns der Gesetzgeber im *Regierungsentwurf* entgegen. Verbraucherverbände können künftig zu Kartellverwaltungsverfahren beigeladen werden, wenn sich die Entscheidung auf eine Vielzahl von Verbrauchern auswirkt und damit die Interessen der Verbraucher insgesamt erheblich berührt werden.

Damit dürfte eine Beteiligung der Verbraucherverbände bei den genannten Streuschäden regelmäßig unproblematisch sein.

Problematisch ist demgegenüber die Beschwerdebefugnis zu dem in Deutschland zuständigen Oberlandesgericht Düsseldorf. Die Beschwerde gegen eine Entscheidung der Kartellbehörden (einschließlich der Ministererlaubnis) steht nur demjenigen zu, der formell und materiell durch die Entscheidung beschwert ist.

Die *formelle* Beschwerde ergibt sich zumindest für gemäß § 54 Abs. 2 Ziff. 3 GWB beigeladene Prozessbeteiligte aus der von ihrem Antrag abweichenden angefochtenen Entscheidung (Fusionserlaubnis) im Verwaltungsverfahren. Ob darüber hinaus eine *materielle* Beschwerde erforderlich ist, ist unklar.³

Das insoweit maßgebliche Oberlandesgericht Düsseldorf fordert eine solche materielle Beschwerde des Beigeladenen. Die Zulässigkeit der Beschwerde soll davon abhängig sein, dass der Beigeladene „als Träger eigener Interessen in seinem unternehmerischen und wettbewerblichen Betätigungsfeld und Gestaltungsspielraum auf dem relevanten Markt durch die negative Veränderung der Wettbewerbsbedingungen, die durch die Freigabe eines Zusammenschlusses droht, betroffen ist.“⁴

Das OLG Düsseldorf hat in dieser Entscheidung die Zulässigkeit der Beschwerde damit begründet, dass beide Beschwerdeführer auf dem Gasmarkt tätig sind. Auch das

² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 02. September 2002, Az.: Kart 27/02 (V), S. 5.

³ Vgl. Bechthold, GWB, 2. Auflage 1999, § 63 Rn. 5 am Ende.

⁴ OLG Düsseldorf Beschluss vom 11. Juli 2002, Az.: Kart 25/02 (V), Seite 5.

führende Schrifttum fordert hier ausdrücklich *wirtschaftliche* Nachteile für den Beschwerdeführer.⁵

Verbände, insbesondere Verbraucherverbände, sind regelmäßig nicht in ihrem eigenen wettbewerblichen Betätigungsfeld betroffen. In Anbetracht der restriktiven Rechtsprechung gegenüber nicht gewerblich betroffenen Wettbewerbern, bestehen auch weiterhin begründete Zweifel an einer künftigen Beschwerdebefugnis von Verbraucherverbänden. Um diese Unklarheit zu beseitigen, wäre eine eindeutige Regelung in Bezug auf Verbände erforderlich.

Um sicherzustellen, dass Verbände nicht nur zum Zweck der Einlegung solcher Beschwerden gegründet werden, möchten wir eine ähnlich restriktive Regelung, wie sie im Regierungsentwurf für die Unterlassungsklage gemäß § 33 Abs. 2 GWB-E vorgesehen ist, anregen. Eine weitere Voraussetzung könnte die Beteiligung am Kartellverwaltungsverfahren sein. Damit wäre der Gefahr eines Missbrauchs der Verbandsbeschwerde ausreichend begegnet.

Aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen gegen Entscheidungen im Verfahren der Ministererlaubnis gemäß § 65 GWB-E

Etwas komplizierter gestaltet sich der vorläufige Rechtsschutz gegen Fusionsentscheidungen. Da bereits vollzogene Fusionen regelmäßig nicht mehr rückgängig gemacht werden (können), können Verbraucherverbände nur wirksam tätig werden, wenn sie die Interessen der Verbraucher auch im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes vertreten können, um Fusionsvorhaben einer effektiven Kontrolle durch die Rechtsprechung zu unterziehen.

In der gegenwärtigen Fassung des Referentenentwurfs wird die Möglichkeit des vorläufigen Rechtsschutzes durch Verbraucherverbände faktisch ausgeschaltet. Denn zwingende Voraussetzung für die Zulässigkeit des Antrags ist gemäß § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB-E eine Verletzung des Antragstellers in *eigenen Rechten* (nicht lediglich eine erhebliche Interessenberührung). Da aber eine Verletzung verbandseigener Rechte infolge von Fusionsentscheidungen ausgeschlossen sein dürfte, sollte zumindest im Hinblick auf die Zulässigkeit des Antrags durch Verbraucherverbände die Beeinträchtigung von Verbraucherinteressen genügen.

Erforderlich wäre deshalb eine dem Beteiligungsrecht gemäß § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB-E entsprechende Regelung, die auf die *Interessenlage* – nicht aber auf die *Rechtsverletzung* – abstellt. Die gegenwärtig beabsichtigte Ausweitung der Beteiligungsrechte Dritter bei gleichzeitiger Einschränkung des vorläufigen Rechtsschutzes Dritter wird der Rolle von Verbraucherverbänden als unabhängige Sachwalter von Verbraucherinteressen demgegenüber nicht gerecht.

Wir hoffen, dass der Gesetzgeber in den hier angesprochenen Punkten noch nachbessern wird.

⁵ Karsten Schmidt in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Auflage 2001, § 63 Rn. 27.