

Mandanteninformation

Januar 2024

Wichtige Entwicklungen im deutschen Kartellrecht im 2. Halbjahr 2023

Neben dem Inkrafttreten der 11. GWB-Novelle waren im Berichtszeitraum eine Reihe nicht horizontaler Zusammenschlüsse sowie eine ungebremst intensive Missbrauchsaufsicht zu verzeichnen. Im zweiten Jahr in Folge verhängte das Bundeskartellamt zudem eine historisch geringe Bußgeldsumme, während die Gerichte zum Kartellschadensersatzrecht weiterhin interessante und teilweise widersprüchliche Entscheidungen fällen.

11. GWB-Novelle

Eingriffsbefugnisse nach Sektoruntersuchungen

Vorteilsabschöpfung

Digital Markets Act

Fusionskontrolle

Freigegebene Vorhaben

Microsoft/Open AI

Missbrauchsverbot

Deutsche Bahn

Google (Alphabet)

Energieversorgung

Weitere Missbrauchsverfahren

Kartellverbot

Straßen- und Industriebau

Rechtsprechung des OLG Düsseldorf

Kooperation der Automobilindustrie bei Kabelbäumen

Preiskordinierung bei der Hilfsmittelversorgung

Kartellschadensersatz

BGH zu Ansprüchen von Leasingnehmern (LKW-Kartell III)

Gerichtliche Schadensschätzung

OLG Düsseldorf zu fehlendem Schadensnachweis

OLG Düsseldorf zur Erkundigungspflicht zwischen Kartellanten

I. 11. GWB-Novelle

Am 7. November 2023 ist die wettbewerbspolitisch umstrittene 11. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in Kraft getreten. Die wichtigsten Änderungen umfassen neue weitreichende Eingriffsbefugnisse des Bundeskartellamts (BKartA), Erleichterungen bei der Abschöpfung von Vorteilen aus Kartellrechtsverstößen sowie neue Ermittlungsbefugnisse im Zusammenhang mit dem Digital Markets Act.

1. Eingriffsbefugnisse nach Sektoruntersuchungen

Die 11. GWB-Novelle ermöglicht dem BKartA die Anordnung von **Abhilfemaßnahmen** verhaltensbezogener oder gar struktureller Art, **ohne** dass hierfür ein **Verstoß** gegen das GWB vorliegen muss. Voraussetzung für diese neuartigen und mit erheblichen Eingriffen in die wettbewerbliche Handlungsfreiheit der betroffenen Unternehmen verbundenen

Maßnahmen ist die behördliche Feststellung besonderer Wettbewerbsdefizite in bestimmten Sektoren im Nachgang zu Sektoruntersuchungen.

Stellt das Amt zukünftig im Rahmen einer Sektoruntersuchung eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs fest, kann es die in § 32f Abs. 3 und 4 GWB genannten Abhilfemaßnahmen anordnen. Diese reichen von verhaltensbezogenen Maßnahmen wie etwa Zugangsverpflichtung zu Daten, Schnittstellen oder Netzen bzw. Vorgaben zu Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen auf den untersuchten Märkten bis hin zu strukturellen Abhilfemaßnahmen. Bei Letzteren (Entflechtungsanordnungen) kann das BKartA als *ultima ratio* die Veräußerung von Unternehmensvermögen oder ganzen Unternehmensteilen anordnen.

Im Vergleich zur Entwurfsfassung von 2022 (siehe [Newsletter 2/2022](#)) hat der Gesetzgeber die Eingriffsschwelle für ein Tätigwerden des BKartA erhöht. So reichte nach dem Entwurf noch die Feststellung einer „erheblichen, andauernden oder wiederholten Störung des Wettbewerbs“ aus, um ein verstoßunabhängiges Eingreifen des BKartA zu ermöglichen. Mit dem Erfordernis einer **erheblichen und fortwährenden Störung** des Wettbewerbs und insbesondere den ebenfalls neu hinzugefügten Klarstellungen, wann eine Wettbewerbsstörung als fortdauernd anzusehen ist, hat der Gesetzgeber auf die berechtigte Kritik an der niedrigschwelligen und unpräzisen Aufgreifschwelle der Entwurfsfassung reagiert. Nichtsdestotrotz ist damit zu rechnen, dass die Anwendung der Neuregelung Gegenstand weiterer Kontroversen auch vor den Gerichten sein wird.

2. Vorteilsabschöpfung

§ 34 GWB erlaubt es dem BKartA, im Rahmen eines kartellrechtswidrigen Verhaltens erlangte Vorteile abzuschöpfen. Bislang kam dieses Instrument jedoch nicht zum Einsatz, was nicht zuletzt an den hohen Nachweisanforderungen bei der Bestimmung des erlangten Vorteils lag (siehe [Newsletter 2/2022](#)). Eine Reihe von Erleichterungen soll der Vorteilsabschöpfung daher nun zu mehr praktischer Relevanz verhelfen.

Sie kommen in Gestalt zweier neu eingeführter (widerleglicher) Vermutungen, deren Widerlegung in

der Praxis jedoch nur schwer möglich sein dürfte. Zunächst wird zukünftig stets vermutet, dass ein Kartellrechtsverstoß bei dem zuwiderhandelnden Unternehmen zu einem wirtschaftlichen Vorteil geführt hat. In einem zweiten Schritt greift zudem die Vermutung, dass dieser Vorteil 1 % der Inlandsumsätze mit dem betreffenden Produkt oder der betreffenden Dienstleistung beträgt. Diese beiden Vermutungen können allein durch den Nachweis widerlegt werden, dass im relevanten Zeitraum nicht einmal Gewinne in dieser Höhe angefallen sind. Dies dürfte lediglich im Ausnahmefall gelingen.

3. Digital Markets Act

Bis März 2024 müssen 22 bislang von der Kommission als sogenannte „Gatekeeper“ benannte Unternehmen die Vorgaben und Verbote des Digital Markets Acts (DMA) umsetzen. Hierbei handelt es sich um Unternehmen wie Microsoft, Apple oder Alphabet, die auf Basis ihrer Marktmacht den Marktzugang anderer kontrollieren können. Während die Durchsetzung des DMA grundsätzlich alleinige Aufgabe der Kommission ist, erlaubt er den nationalen Wettbewerbsbehörden die Untersuchung der Einhaltung seiner Vorschriften in den jeweiligen Mitgliedsstaaten. Zur nationalen Umsetzung dieser Möglichkeit überträgt die 11. GWB-Novelle dem BKartA die Befugnis, zur Unterstützung der Kommission Ermittlungen in Deutschland durchzuführen.

Zur flankierenden privaten Rechtsdurchsetzung gibt die 11. GWB-Novelle darüber hinaus Betroffenen einen Beseitigungs- bzw. Unterlassungsanspruch bei Verstößen gegen die Art. 5, 6 und 7 DMA.

II. Fusionskontrolle

Im Jahr 2023 hat das BKartA rund 800 Zusammenschlussvorhaben geprüft. Damit blieb die Zahl der Anmeldungen gegenüber dem Vorjahr konstant. Von den insgesamt sieben Fällen, die 2023 im Hauptprüfverfahren geprüft wurden, wurden vier freigegeben, davon zwei unter Auflagen (Veolia/Friedrich Hofmann und Müller/Campina (siehe [Newsletter 1/2023](#))), während eines noch anhängig ist. Eine Untersagung gab es im vergangenen Jahr nicht, jedoch wurde in zwei Fällen die Anmeldung im Hauptprüfverfahren zurückgenommen. Nicht in der Statistik

erscheinen bekanntlich Fälle, die bereits in der ersten Phase aufgegeben werden.

1. Freigegebene Vorhaben

Unter Auflagen hat das Amt Ende November den Erwerb des Entsorgungsgeschäfts von **Friedrich Neumann** durch **Veolia** genehmigt. Das Vorhaben hätte eigentlich in Brüssel angemeldet werden müssen, wurde jedoch auf Antrag der Beteiligten an das BKartA verwiesen. Es hätte nach Ansicht der Bonner Behörde zu einer erheblichen Behinderung des Wettbewerbs bei der haushaltsnahen Erfassung von Leichtverpackungen, Glas und Altpapier im Großraum Nürnberg, Fürth und Erlangen geführt. Daher stellte das BKartA die Freigabe unter die Bedingung, einen zentral gelegenen Entsorgungsstandort in Nürnberg an einen unabhängigen und vom Amt zu genehmigenden Wettbewerber zu veräußern. Das BKartA schien dabei die Standorte der Parteien als gleichwertig anzusehen, da die Bedingung nicht auf ein bestimmtes Objekt bezogen ist.

Mit dem Erwerb der **LeanIX** durch **SAP** hat das BKartA im Oktober ein Vorhaben in der ersten Phase freigegeben, das in erster Linie **konglomerate** Fragen aufwarf. SAP hatte nämlich keine eigenen Lösungen im Bereich der von LeanIX angebotenen Enterprise Architecture Management (EAM) Software im Portfolio. Das Amt kam zu dem Ergebnis, dass ein Angebot von LeanIX EAM-Software im Bündel mit SAP-Produkten nicht zu einer Wettbewerbsbehinderung im Bereich EAM führen werde. Es betonte, dass SAP-Kunden auch zukünftig zwischen verschiedenen EAM-Produkten wählen könnten. Zudem handele es sich bei dem Markt für EAM-Produkte um einen dynamischen Wachstumsmarkt, auf dem zahlreiche Anbieter tätig seien. Daher sei nicht zu erwarten, dass SAP mit einer Bündelungsstrategie in erheblichem Ausmaß EAM-Wettbewerber würde verdrängen können.

Im November erlaubte das BKartA ebenfalls im Vorprüfverfahren **Bosch**, **Infineon** und **NXP**, jeweils 10% der Anteile an der European Semiconductor Manufacturing Company (**ESMC**) zu erwerben. Die Zielgesellschaft wurde von dem aus Taiwan stammenden Weltmarktführer TSMC gegründet und soll in Dresden eine große Halbleiterfabrik bauen. Sie wird dabei im Zuge des außenwirtschaftspolitisch gewollten

De-Risking Subventionen von mehreren Milliarden EUR erhalten, was in der Presse weitreichende Aufmerksamkeit erfahren hat.

Bosch, Infineon und NXP sind bedeutende Nachfrager von Halbleiterchips, die sowohl über eine Eigenproduktion verfügen als auch auf die Dienste von Auftragsfertigern wie TSMC zurückgreifen. Das Amt sah durch die vertikale Integration im Ergebnis keine Gefahr einer Abschottung von Einsatzfaktoren (*input foreclosure*) oder von Kunden (*customer foreclosure*). Da bereits in Dresden mit Global Foundries ein weiterer leistungsfähiger Auftragsfertiger ansässig sei und der Erwerb der Minderheitsbeteiligung nur einen begrenzten Zugriff auf die Kapazitäten von ESMC erlaube, werde der Zugang anderer Nachfrager zu Halbleiterchips nicht erschwert. Angesichts der steigenden Nachfrage nach Halbleitern hielt das BKartA es auch nicht für wahrscheinlich, dass Wettbewerber von ESMC nicht mehr genügend Abnehmer finden könnten.

Vertikale Aspekte standen auch bei **REWEs** Erwerb einer 50%igen Beteiligung an **Trinks**, einem führenden Getränkefachgroßhändler für den Lebensmittel Einzelhandel (LEH), im Mittelpunkt. Das Amt erwartet im Ergebnis jedoch keine erheblichen Abschottungswirkungen und gab das Vorhaben im Dezember in der 1. Phase frei. Zur Begründung führte das BKartA an, dass Wettbewerbern von REWE mit anderen überregionalen und regionalen Getränkefachgroßhändlern sowie der Möglichkeit der Direktbelieferung durch Getränkehersteller hinreichende Alternativen verblieben. Die erwartete teilweise Verlagerung der Nachfrage des LEH spräche zudem gegen eine nachhaltige Schwächung der verbleibenden Getränkefachgroßhändler.

2. Microsoft/Open AI

Im Zusammenhang mit Berichten über eine Microsoft-Investition von USD 10 Milliarden in Open AI Anfang 2023 hatte das BKartA Informationsersuchen an die Beteiligten gestellt, um zu überprüfen, ob das Vorhaben in Deutschland hätte angemeldet werden müssen. Eine **Anmeldepflicht** hätte sich aus dem Erwerb eines wettbewerbsmäßig erheblichen Einflusses nach § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB unter Erfüllung der transaktionswertbezogenen Schwelle des § 35 Abs. 1a GWB ergeben können.

Microsoft hatte bereits im Jahr 2019 eine Milliardeninvestition in Open AI getätigt. Im Jahr 2021 hatten die beiden Unternehmen ihre Partnerschaft nochmals vertieft. Das Amt kam zu dem Ergebnis, dass Microsoft bereits im Jahr 2019, spätestens jedoch 2021, einen wettbewerblich erheblichen Einfluss über Open AI erworben hat. Zu diesem Zeitpunkt war Open AI jedoch noch nicht in erheblichem Umfang im Inland tätig, so dass die Transaktionswertschwelle nicht erfüllt war. Eine erhebliche Inlandtätigkeit liegt erst seit der breiten Einführung von ChatGPT im Jahr 2023 vor. Daher sei 2023 die Transaktionswertschwelle erfüllt gewesen. Allerdings habe die jüngste Investition nicht zu einer weiteren Vertiefung des bereits bestehenden wettbewerblich erheblichen Einflusses geführt, so dass keine Anmeldepflicht bestand. Das BKartA betonte jedoch ausdrücklich, dass mit der fehlenden Anmeldepflicht keine Aussage über die Zulässigkeit der Kooperation im Lichte der allgemeinen kartellrechtlichen Regelungen verbunden sei.

III. Missbrauchsverbot

1. Deutsche Bahn

Die vielbeachtete Entscheidung des BKartA aus dem Juni 2023, wonach zulasten der Deutschen Bahn (DB) ein Missbrauch ihrer Marktmacht gegenüber Mobilitätsplattformen festgestellt worden war (siehe [Newsletter 1/2023](#)), sorgte auch im Berichtszeitraum für Schlagzeilen. Anfang August erfolgte die Veröffentlichung der knapp 450 Seiten umfassenden Langentscheidung. Unterdessen bekundete die DB in einer Pressemitteilung ihr „großes Unverständnis“ über den Beschluss und teilte mit, dass Rechtsmittel eingelegt worden seien. Das sich anschließende Gerichtsverfahren vor dem OLG Düsseldorf bleibt mit Spannung abzuwarten.

Darüber hinaus erregte ein Interview des BKartA-Präsidenten Mundt Ende November 2023 Aufsehen. Seine Äußerungen wurden überwiegend als eine Forderung nach der Aufspaltung der DB – also der Trennung von Schienennetz und Bahnbetrieb – interpretiert. Ob Präsident Mundt tatsächlich in diesem Sinn verstanden werden wollte, erscheint angesichts von späteren Äußerungen zweifelhaft.

2. Google (Alphabet)

Der Digitalkonzern Google (Alphabet) steht nach wie vor im Fokus des BKartA. Im Oktober vermeldete das BKartA, dass Google **Verpflichtungszusagen** abgegeben habe, die Nutzern bessere Wahlmöglichkeiten bei der Verarbeitung ihrer Daten einräumen sollen. Die Zusagen betreffen insbesondere Sachverhalte, in denen Google personenbezogene Daten aus einem Google-Dienst mit personenbezogenen Daten aus einem anderen Google-Dienst oder aus Nicht-Google-Quellen zusammenführt oder diese Daten in getrennt bereitgestellten Google-Diensten weiterverwenden möchte. Das Verfahren war ursprünglich im Mai 2021 eingeleitet worden, führte Ende 2022 zu einer Abmahnung (siehe [Newsletter 1/2023](#)) und stützt sich auf die Vorschrift des § 19a GWB, die seit Januar 2021 in Kraft ist und dem BKartA weitreichende Befugnisse vor allem gegenüber großen Digitalunternehmen einräumt.

Im Dezember informierte das BKartA über einen weiteren Zwischenschritt im Rahmen des Verfahrens in Sachen **Google Automotive Services** und **Google Maps** (siehe [Newsletter 1/2023](#)). Google hat in Reaktion auf die Ende Juni 2023 erfolgte Abmahnung Lösungsvorschläge zur Ausräumung der wettbewerblichen Bedenken unterbreitet. Das Amt hat sich nunmehr an Fahrzeughersteller und Konkurrenten Googles gewandt, um ihre Einschätzung zu diesen Vorschlägen und weitere Informationen u.a. zu relevanten technischen Fragestellungen zu erhalten. Anhand der Ergebnisse dieses Markttests wird das BKartA bewerten, ob die seitens Google formulierten Maßnahmen ausreichend sind. Als Maßstab hierfür dürfte insbesondere entscheidend sein, ob die Vorschläge zu einem entbündelten Angebot von Googles Diensten im Automotive-Sektor führen können.

3. Energieversorgung

Anfang August 2023 wurde der **Bericht zur Marktmacht auf den Stromerzeugungsmärkten 2022/23** vorgelegt. Dieser untersucht die Wettbewerbsverhältnisse bei der Erzeugung elektrischer Energie im Zeitraum vom 1. Oktober 2021 bis 31. März 2023. Das BKartA kommt zu dem Ergebnis, dass insbesondere RWE, aber auch EnBW und LEAG als zentrale

Stromerzeuger eine marktmächtige Stellung einnehmen. Betont wird jedoch, dass die Frage einer Marktbeherrschung allein im Rahmen konkreter Einzelfallentscheidungen beantwortet werden könne. Der Marktmachtbericht dürfte jedoch ein gewichtiges Indiz für die Feststellungen in solchen Entscheidungen sein.

Im November eröffnete das BKartA ein **Verfahren gegen mehrere Stadtwerke und Fernwärmeversorger** wegen des Verdachts auf missbräuchlich überhöhte Preissteigerungen zwischen Januar 2021 und September 2023. Gegenstand des Verfahrens sind Preisanpassungsklauseln in den Kundenverträgen. Das Amt untersucht, ob die konkret verwendeten Klauseln missbräuchlich gefasst bzw. eingesetzt wurden und so zu höheren Verbraucherpreisen führten. Dabei will es insbesondere klären, ob die Basis für Preiserhöhungen (Anknüpfung an die allgemeine Preisentwicklung in der Wärmeversorgung) angesichts der Marktmacht der Energieversorger kartellrechtlich haltbar ist.

In einer Pressemitteilung aus dem Dezember informierte das Amt schließlich über den Sachstand seiner **Missbrauchsaufsicht über Energiepreisbremsen**. Hintergrund sind Regelungen in den entsprechenden Preisbremsen-Gesetzen, die eine missbräuchliche Ausnutzung der Entlastungsregeln durch die Energieversorger verbieten. Den Unternehmen soll es verwehrt bleiben, Kundenpreise zu erhöhen und gleichzeitig staatliche Ausgleichszahlungen zu erhalten. Das BKartA hat bis dato Prüfverfahren gegen knapp 60 Versorger aus den Energiebereichen Gas, Wärme und Strom eingeleitet. Es bleibt abzuwarten, ob tatsächlich Sanktionsentscheidungen ergehen werden. Wahrscheinlicher dürften die gesetzlich vorgesehenen Verwarnungen durch das BKartA sein.

4. Weitere Missbrauchsverfahren

Ein Marktmissbrauchsverfahren gegen **Lieferando** – der in Deutschland marktführenden Vermittlungsplattform für Essensbestellungen – stellte das Amt mit Beschluss im Juli ein. Das BKartA hatte untersucht, ob das Unternehmen durch Verwendung einer sog. **Bestpreisklausel** seine Marktmacht unzulässig ausgenutzt hat. Der Klausel zufolge müssen die auf Lieferando geforderten Preise den Preisen in

den eigenen Vertriebskanälen der Restaurants entsprechen. Das Amt nahm insbesondere angesichts der dynamischen Entwicklungen auf dem Markt für Essensbestellungen aus Ermessensgründen von der Fortführung des Verfahrens (vorläufig) Abstand.

Mitte November wurde gegen den Getränkehersteller **Coca-Cola** ein Missbrauchsverfahren eingeleitet. Laut BKartA-Präsident Mundt bestehen Anhaltspunkte dafür, dass Coca-Cola durch seine Konditionenausgestaltung gegenüber dem Lebensmitteleinzelhandel andere Getränkehersteller in ihren wettbewerblichen Möglichkeiten behindert. Es soll schwerpunktmäßig geprüft werden, ob Coca-Cola durch seine Rabattgestaltung Supermärkte in unzulässiger Weise incentiviert hat, die gesamte Produktpalette außerhalb der Cola-Produktlinie abzunehmen und zu bewerben. Die Ergebnisse dieses Verfahrens dürfte insbesondere für solche Handelsketten (Edeka) interessant sein, die sich in öffentlichkeitswirksamen Belieferungsstreitigkeiten mit dem US-Konzern befinden.

IV. Kartellverbot

Im Jahr 2023 fielen die wegen verbotener Kartellabsprachen verhängten Bußgelder mit insgesamt nur knapp EUR 6 Mio. gering aus und liegen nochmals deutlich unter den rund EUR 24 Mio. aus dem Vorjahr. Von den Rekordsummen der jüngeren Zeit mit dreistelligen Millionenbeträgen ist dies weit entfernt. Präsident Mundt führt dies auf die erschwerten Verfolgungsbedingungen während der Corona-Pandemie zurück, die sich noch auswirkten. Ob der Rückgang der verhängten Bußgelder tatsächlich lediglich eine „Corona-Delle“ darstellt, bleibt mit Blick auf die zukünftige Bußgeldpraxis abzuwarten.

2023 gingen 14 Kronzeugenanträge beim BKartA ein und die Beamten rückten zu 12 Durchsuchungen aus. Beides liegt nahezu gleichauf mit der Häufigkeit des Vorjahres. Präsident Mundt wird indes nicht müde, die **Effektivität der Kartellverfolgung** des Amtes weiter herauszustellen. Man verfeinere die eigenen Ermittlungstechniken, darunter moderne Screening-Techniken, immer weiter und erhalte auch wertvolle Hinweise über die beim BKartA seit Mitte des Jahres eingerichtete externe Meldestelle nach dem Hinweisgeberschutzgesetz.

1. Straßen- und Industriebau

Im Bereich Straßenbau wurden Bußgelder von insgesamt knapp EUR 1 Mio. gegen vier Dortmunder Bauunternehmen wegen Absprachen bei Ausschreibungen verhängt. Des Weiteren wurden zum Jahresende Bußgelder in einer Gesamthöhe von rund EUR 4,8 Mio. gegen 14 Bauunternehmen und zwölf verantwortliche Personen wegen verbotener Submissionsabsprachen bei der Vergabe von Industriebaufträgen verhängt. Beide Verfahren gingen auf Kronzeugenanträge kartellbeteiligter Unternehmen zurück.

Bemerkenswert ist im letztgenannten Verfahren die erstmalige Nutzung der 2017 eingeführten gesetzlichen Möglichkeit, gegen den Rechtsnachfolger bzw. die Muttergesellschaft einer nicht mehr bestehenden Gesellschaft vorzugehen und einen sog. **Haftungsbeitrag** einzufordern. Hiermit ist, anders als bei der Verhängung einer Geldbuße, kein ordnungswidrigkeitenrechtlicher Vorwurf verbunden. Die angewendeten Vorschriften der §§ 81a und 81e GWB ermöglichen es in Fällen von Unternehmensumstrukturierungen, die nach Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle am 9. Juni 2017 erfolgt sind, Geldbußen oder Haftungsbeträge gegen die Muttergesellschaften festzusetzen. War der Kartellverstoß bei Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle bereits beendet, kommen nur Haftungsbeträge infrage. Dies diente letztlich der **Schließung der berühmten sog. „Wurstlücke“**. Die Vorschrift war seinerzeit als Umgehung des verfassungsrechtlichen Rückwirkungsverbots zu Recht auf Kritik gestoßen.

2. Rechtsprechung des OLG Düsseldorf

Am 27. Juli 2023 erging im sog. Edlstahlkartell ein beachtenswertes Urteil des 6. Kartellsenats des OLG Düsseldorf, wodurch der Haftung natürlicher Personen für Unternehmensgeldbußen eine Absage erteilt wurde. Einer **Regressmöglichkeit bei den verantwortlichen Organen** (Vorstand oder Geschäftsführer) stünde Sinn und Zweck der Unternehmensgeldbuße entgegen, da gerade das rechtlich verselbständigte Vermögen des Unternehmens durch die Bußgeldverhängung getroffen werden sollte. Das LG Dortmund hat sich demgegenüber – nachdem es die Regressfähigkeit in einem Parallelverfahren bereits in einem Hinweisbeschluss bejaht hatte – infolge des vorgenannten Urteils dazu veranlasst gesehen, mit

einem zweiten Hinweisbeschluss vom 14. August 2023 seine Rechtsauffassung zu bekräftigen und setzt sich kritisch mit der Argumentation des OLG Düsseldorf auseinander. Das letzte Wort ist in dieser wichtigen und die Gerichte seit geraumer Zeit umtreibenden Frage eines Bußgeldregresses bei verantwortlichen Organen also noch nicht gesprochen.

Schließlich wurde am 24. Oktober 2023 das Hauptverfahren gegen Bahlsen, CFP Brands und Griesson de Beukelaer wegen des bekannten **Süßwarenkartells** eröffnet und aufgrund einer Verständigung außerordentlich rasch beendet. Die Unternehmen wurden zu Geldbußen von insgesamt rund EUR 6,3 Mio. verurteilt. Dem liegt ein teilweise bis in das Jahr 2000 zurückliegender Informationsaustausch zu Listenpreisen und Verhandlungen mit dem Lebensmitteleinzelhandel zugrunde. Nachdem das BKartA den drei Unternehmen Bußgelder in Höhe von EUR 13,4 Mio. auferlegt hatte, wurden diese zunächst durch den 4. Kartellsenat des OLG Düsseldorf sogar auf EUR 20,5 Mio. erhöht. Dieses Urteil wurde vom BGH im Jahr 2019 jedoch u.a. wegen einer nicht tragbaren Beweiswürdigung zuungunsten der Unternehmen aufgehoben und nun an den 6. Kartellsenat des OLG Düsseldorf zurückverwiesen. In diesem Fall hat sich die Ausdauer der klagenden Unternehmen also gleich mehrfach gelohnt. Sie zahlen nun nicht nur deutlich niedrigere Bußgelder. Ihnen wurde auch ein Verstoß von nur „geringerer kartellrechtswidriger Bedeutung“ bescheinigt und der Vorwurf auf wenige Tatjahre beschränkt. Dies dürfte sich mit Blick auf mögliche Follow-on-Schadensersatzklagen positiv auswirken.

3. Kooperation der Automobilindustrie bei Kabelbäumen

Das BKartA hat keine durchgreifenden Bedenken gegen eine Kooperation der Automobilindustrie bei sog. Kabelbäumen, also der **Gesamtheit der Leitungen in einem Kraftfahrzeug**. Die Kooperation, an welcher Unternehmen mehrerer Wertschöpfungsstufen beteiligt sind, hat sich zum Ziel gesetzt, die automatisierte Fertigung von Kabelbäumen voranzutreiben. Derzeit werden Kabelbäume aufgrund ihrer Komplexität für einzelne Fahrzeugtypen gesondert geplant und vorwiegend manuell hergestellt. Da das Projekt nicht nur in der Normierung technischer

DIN-Standards münden soll, sondern auch den Bereich der Forschung und Entwicklung betrifft, forderte das BKartA eine striktere Trennung, um unterschiedlichen kartellrechtlichen Anforderungen gerecht zu werden. Die Unternehmen haben eine entsprechende Umstrukturierung ihres Vorhabens zugesagt. Das Amt möchte insbesondere sichergestellt wissen, dass der Standardisierungsprozess diskriminierungsfrei, transparent und offen praktiziert wird.

4. Preiskoordinierung bei der Hilfsmittelversorgung

Im November wurde die aus Sicht des BKartA wettbewerbswidrige Koordinierung von Preisen bei der Hilfsmittelversorgung durch die **Arbeitsgemeinschaft von Hilfsmittelverbänden (ARGE)** beendet. Hilfsmittelanbieter wie Sanitätshäuser, Orthopädietechniker und andere hatten sich zu bundesweiten Verbänden zusammengefunden, um gemeinsam Verhandlungen u.a. mit Krankenkassen zu führen. Über die ARGE waren über 80% der Leistungserbringer organisiert.

Das BKartA sah die kartellrechtliche Grenze überschritten, weil nahezu alle maßgeblichen Verbände in einem Ausmaß kooperiert hatten, das den Wettbewerb fast vollständig zum Erliegen brachte. Selbst unvorhergesehene Kostensteigerungen wie etwa infolge der Corona-Pandemie rechtfertigen aus Sicht des BKartA nicht den Versuch, über Angebotsmonopole pauschale Preiserhöhungen durchzusetzen. Die ARGE-Mitglieder hatten Preisaufschläge für praktisch sämtliche Produkte und Leistungen gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen gefordert, ohne reale Kostensteigerungen leistungsbezogen zu kalkulieren. Die Beteiligten haben nach der Beanstandung durch das Amt letztlich auf eine rechtliche Auseinandersetzung verzichtet und die ARGE aufgelöst.

V. Kartellschadensersatz

1. BGH zu Ansprüchen von Leasingnehmern (LKW-Kartell III)

Mit Urteil vom 5. Dezember 2023 hat der BGH die Auffassung des OLG Naumburg bestätigt, dass nicht nur Käufer kartellbefangener Produkte, sondern auch Leasingnehmern ein kartellbedingter Schaden

entstehen kann. Aus dem Erfahrungssatz, dass die im Rahmen des Kartells erzielten Preise im Schnitt über diejenigen liegen, die sich ohne die wettbewerbsbeschränkende Absprache gebildet hätten, folgt nach Auffassung des BGH, dass auch die für kartellbetroffene Produkte von einem Leasingnehmer oder Mietkäufer an eine Finanzierungsgesellschaft zu entrichtenden Entgelte kartellbedingt überhöht sind. Dies jedenfalls wenn die Leasing- oder Mietkaufverträge auf die vollständige Deckung des jeweiligen Anschaffungspreises gerichtet sind. Die von der Beklagtenseite vorgelegten Vergleichsmarktbeachtungen, nach denen nur ein insignifikanter Kartelleffekt eingetreten sein soll, standen im Rahmen der gebotenen Gesamtschau aller für und gegen einen Schaden sprechenden Indizien nicht der Annahme entgegen, dass ein Schaden in irgendeiner Höhe entstanden ist. Über die konkrete Höhe des Schadens wird nunmehr das Landgericht zu befinden haben.

Damit bestätigt der BGH im Ergebnis insbesondere die Rechtsprechung des OLG Stuttgart. Dieses hatte sich im Berichtszeitraum ebenfalls auf den Standpunkt gestellt, dass auch Leasingnehmern ein Schadensersatzanspruch zustehen kann. Das Gericht stützte sich hierbei auf die Erwägung, dass der Erwerbspreis eines Leasingobjekts regelmäßig einen Einfluss auf die Kalkulation der Leasingangebote hat. Im Weiteren beschäftigte sich das Gericht mit der Schadensermittlung auf der mittelbar betroffenen Ebene der Leasingnehmer. Anders als noch die Vorinstanz sah das Gericht es nicht für notwendig an, die kartellbedingten Preisaufschläge auf der ersten Marktstufe, also der Ebene der unmittelbaren Käufer und damit Leasinggeber, konkret darzulegen. Es steht dem Leasingnehmer und anderen mittelbaren Erwerbern vielmehr frei, den eigenen kartellbedingten Preisaufschlag genau wie ein unmittelbarer Käufer unabhängig mit Hilfsmitteln wie Regressionsanalysen nachzuweisen. Einem derartigen Nachweismaß das Gericht auch quasi „rückwärts“ eine feststellende Wirkung für die unmittelbare Käuferebene zu. Es sei damit zwingend festgestellt, dass der Schaden in mindestens der nachgewiesenen Höhe auch auf der vorgelagerten Käuferebene bestanden habe und durch eine Erhöhung der Leasingraten weitergegeben wurde.

2. Gerichtliche Schadensschätzung

Das LG Berlin hat seine bereits in der ersten Jahreshälfte 2023 begonnene Tendenz fortgesetzt, Kartellschäden **eigenhändig** und ohne ökonomische Gutachten gerichtlich bestellter Sachverständiger **zu schätzen**. Wie in den im [Newsletter 1/2023](#) beleuchteten Urteilen zum Schienenkartell, LKW-Kartell und EC-Karten-Kartell stütze sich das Gericht auch in seiner neuen Entscheidung zum Fahrstufenkartell wieder allein auf ein ökonomisches Parteigutachten der Klägerseite, ohne eine Begutachtung durch einen gerichtlichen Sachverständigen vornehmen zu lassen. Zweifel der Beklagtenseite an der Tauglichkeit des Gutachtens und der Datengrundlage der angewandten Regressionsanalyse wurden abermals formelhaft mit dem Verweis zur Seite gewischt, dass es sich bei der Regressionsanalyse um eine „zumindest mögliche Annäherung an das kontrafaktische Szenario eines hypothetischen Wettbewerbspreises“ handle und Kartellschadensersatzverfahren bei Verlangen einer bestmöglichen Regressionsanalyse kaum noch justiziabel wären.

Das OLG Schleswig hat sich dieser Praxis nun in einem Hinweis zum **KWR-Kartell** von Herstellern von Körperpflege, Wasch- und Reinigungsprodukten in Teilen angeschlossen. Das Gericht sah den Schaden zwar für gegeben an, hielt jedoch die Schätzung der Höhe durch Sachverständige für „tatsächlich praktisch unmöglich“. In Folge ermittelte das Gericht den Schaden frei „nach Maßgabe einer erfahrungsbasierten Schätzung“. Hierbei nahm das Gericht auch Bezug auf eine Meta-Studie zu den durchschnittlichen Kartellaufschlägen. Die Schwierigkeiten der Sachverhaltsaufklärung war nach Ansicht des Gerichts genauso wie die Risiken der Schadensschätzung der Kartellanten zuzurechnen.

3. OLG Düsseldorf zu fehlendem Schadensnachweis

Dass Verstöße gegen das Kartellverbot nicht zwangsläufig und vor allem nicht gegenüber allen Beteiligten der Marktgegenseite einen Schaden verursachen, zeigt anschaulich das Urteil des OLG Düsseldorf vom 8. November 2023 im Nachgang zum **Tapetenkartell**. Mit seinem Urteil hat das OLG Düs-

seldorf die Klage des Insolvenzverwalters der Bauwerk Praktiker Deutschland GmbH vollumfänglich abgewiesen. Die durch SZA vertretene Nebenintervenantin konnte zur Überzeugung des Gerichts nachweisen, dass die behördlich festgestellten Absprachen jedenfalls im Fall von individuellen Preisverhandlungen mit den Abnehmern nicht zwingend Preiserhöhungen und damit nachteilige Auswirkungen auf die Abnehmer zur Folge hatten. Weiter entschied das Gericht, dass ein Preisschirmeffekt nicht für Waren angenommen werden kann, für die das Kartell nach der Vereinbarung der Kartellanten gerade nicht gelten sollten. Das OLG Düsseldorf sah den vom BGH postulierten Erfahrungssatz, nach dem die im Rahmen des Kartells erzielten Preise im Schnitt über diejenigen liegen, die sich ohne die wettbewerbsbeschränkende Absprache gebildet hätten, somit durch die Umstände des Einzelfalls als widerlegt an. Der Fall zeigt einmal mehr deutlich die Notwendigkeit von präzisen Einzelfallprüfungen auf.

4. OLG Düsseldorf zur Erkundigungspflicht zwischen Kartellanten

In einem weiteren Urteil zum **LKW-Kartell** hat das OLG Düsseldorf die Klage eines Speditionsunternehmens in der Berufung abgewiesen, das anstelle des eigenen Lieferanten die gesamtschuldnerisch mithaftenden Mitkartellanten verklagt hatte. Im Prozess hatten die Beklagten die durch die Klägerin vorgebrachten Erwerbsvorgänge inklusive des gezahlten Preises aufgrund der fehlenden eigenen Mitwirkung an diesen Erwerbsvorgängen und der damit einhergehenden fehlenden Kenntnis mit Nichtwissen bestritten. Dieses Bestreiten mit Nichtwissen erklärte das OLG Düsseldorf nun für zulässig. Aus der grundsätzlich gemeinschaftlichen Haftung der Kartellanten ergibt sich keine Pflicht, bei anderen Kartellanten Erkundigungen über Erwerbsvorgänge einzuholen. Auch eine Wissenszurechnung findet zu anderen Kartellanten nicht statt. Damit hatte die Klägerin die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch nicht hinreichend bewiesen. Das OLG Düsseldorf stellt sich damit klar gegen die Rechtsprechung des OLG Karlsruhe und des LG Dortmund, die eine solche Erkundigungspflicht bislang annahmen.

SZA SCHILLING, ZUTT & ANSCHÜTZ

Diese Mandanteninformation beinhaltet lediglich eine unverbindliche Übersicht über das in ihr adressierte Themengebiet. Sie ersetzt keine rechtliche Beratung. Als Ansprechpartner zu dieser Mandanteninformation und zu Ihrer Beratung stehen gerne zur Verfügung:



Hans-Joachim Hellmann
Rechtsanwalt | Partner, Mannheim
Kartell- und Wettbewerbsrecht
T +49 621 42 57 212
E Hans-Joachim.Hellmann@sza.de



Dr. Stephanie Birmanns
Rechtsanwältin | Partnerin, Brüssel
Kartell- und Wettbewerbsrecht |
Außenwirtschaftsrecht
T +32 2 89 35 121
E Stephanie.Birmanns@sza.de



Dr. Christina Malz
Rechtsanwältin | Counsel,
Mannheim
Kartell- und Wettbewerbsrecht
T +49 621 42 57 212
E Christina.Malz@sza.de



Sebastian Gröss
Rechtsanwalt | Principal Associate,
Brüssel
Kartell- und Wettbewerbsrecht |
Commercial | Prozessführung und
Schiedsverfahren
T +32 2 89 35 124
E Sebastian.Groess@sza.de



Fabian Ast
Rechtsanwalt | Senior Associate,
Mannheim
Kartell- und Wettbewerbsrecht
T +49 621 42 57 225
E Fabian.Ast@sza.de



Silvio Cappellari
Rechtsanwalt | Of Counsel,
Brüssel
Kartell- und Wettbewerbsrecht
T +32 2 89 35 120
E Silvio.Cappellari@sza.de

SZA Schilling, Zutt & Anschütz Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Taunusanlage 1
60329 Frankfurt a. M.
T +49 69 9769601 0
F +49 69 9769601 102

Otto-Beck-Straße 11
68165 Mannheim
T +49 621 4257 0
F +49 621 4257 280

www.sza.de

Maximiliansplatz 18
80333 München
T +49 89 4111417 0
F +49 89 4111417 280

info@sza.de

Square de Meeûs 23
1000 Brüssel
T +32 28 935 100
F +32 28 935 102