

Deutscher Bundestag  
18. Wahlperiode  
Ausschuss für Wirtschaft und Energie

Ausschussdrucksache 18(9)1099  
19. Januar 2017

verbraucherzentrale

*Bundesverband*

# ÖFFENTLICHE ANHÖRUNG ZUR 9. GWB-NOVELLE IM AUSSCHUSS FÜR WIRTSCHAFT UND ENERGIE

Stellungnahme und Empfehlungen aus Verbrauchersicht

17. Januar 2017

## Impressum

Verbraucherzentrale  
Bundesverband e.V.

Team  
Recht und Handel

Markgrafenstraße 66  
10969 Berlin

[recht-und-handel@vzbv.de](mailto:recht-und-handel@vzbv.de)

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände

Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.

# INHALT

<b>I. EINLEITUNG</b>	<b>3</b>
<b>II. VERBRAUCHERPOLITISCHE BEWERTUNG DER 9. GWB-NOVELLE</b>	<b>4</b>
1. Verbundeffekte bei Marktbeherrschung berücksichtigen (§ 18) .....	4
2. Eine effektive kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht im Fernwärmemarkt (§ 29) .....	5
3. Verbandsklage auf Beseitigung erhalten (§ 33) .....	6
4. Richtlinienumsetzung: Schadenspauschale einführen, Verjährung verlängern (§ 33c) .....	6
5. Vorteilsabschöpfung durch Verbände (§ 34a) .....	7
6. Aufgreifschwelle nicht zu hoch ansetzen (§ 35) .....	8
7. Kollektiven Rechtsschutz stärken – Musterfeststellungsklage einführen .....	8
8. Durchsetzung von Verbraucherschutzrecht durch das Bundeskartellamt.....	9
9. Verwendung von Kartellbussen und abgeschöpften Vorteilen für die Finanzierung der Verbraucherarbeit und kollektiven Rechtsdurchsetzung .....	10

# I. EINLEITUNG

Der vzbv setzt sich für einen klaren rechtlichen Rahmen ein, der einen fairen Wettbewerb zwischen Anbietern ermöglicht, um die selbstbestimmte Wahlmöglichkeit von Verbrauchern zu befördern. Daher begrüßt der vzbv, dass mit der 9. GWB-Novelle die fortschreitende Digitalisierung des Wirtschaftslebens in der deutschen Wettbewerbspolitik anerkannt und verankert wird, wie sie auch schon vom Bundeskartellamt und der Monopolkommission gefordert wurden.<sup>1</sup>

Eine Weiterentwicklung der wettbewerbsrechtlichen Instrumente für die Digitalwirtschaft ist unbedingt geboten. Die Wettbewerbsaufsicht muss auch in der digitalen Welt Verbraucherinteressen angemessen berücksichtigen.

Unlängst hat auch der Bundesrat eine Stellungnahme zur 9. GWB-Novelle verabschiedet.<sup>2</sup> Der vzbv begrüßt die Positionierung des Bundesrates ausdrücklich. Sie unterstreicht wichtige verbraucherpolitische Forderungen wie die Einführung einer Musterfeststellungsklage, die Einbindung des Fernwärmemarktes in die Missbrauchsaufsicht sowie die Verlängerung von Verjährungsfristen bei der Vorteilsabschöpfung. Diese relevanten Forderungen sollten ebenfalls im Rahmen der Beratung des Deutschen Bundestags Beachtung finden.

---

<sup>1</sup> Monopolkommission (2015): Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Sondergutachten 68; <http://www.monopolkommission.de/index.php/de/gutachten/sondergutachten/283-sondergutachten-68>. Bundeskartellamt (2016): Stellungnahme des Bundeskartellamtes zum Grünbuch Digitale Plattformen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie; <https://gruenbuch.de.digital/fileadmin/redaktion/BMWi/Stellungnahmen/BKartA.pdf> (Download am 04.01.2016)

<sup>2</sup> Bundesratsdrucksache Nr. 606/16

## II. VERBRAUCHERPOLITISCHE BEWERTUNG DER 9. GWB-NOVELLE

### 1. VERBUNDEFFEKTE BEI MARKTBEHERRSCHUNG BERÜCKSICHTIGEN (§ 18)

Entstehung und Festigung marktbeherrschender Stellungen in digitalen Plattformmärkten werden in der Literatur vor allem durch direkte und indirekte Netzwerkeffekte, Skaleneffekte (Größenvorteile), Lock-in-Effekte aber auch durch Verbundvorteile (Economies of Scope) erklärt.<sup>3</sup> Verbundvorteile beziehen sich in diesem Kontext auf (Kosten-)Vorteile, die dadurch entstehen, dass die Erstellung/Bereitstellung unterschiedlicher Produkte und Dienstleistungen durch ein Unternehmen erfolgt.<sup>4</sup>

Durch die vorgenommene Änderung von §18 durch das Einfügen von Absatz 3a, werden Netzwerkeffekte, Größenvorteile und Lock-in Effekte bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens berücksichtigt. Ebenso sind Verbundvorteile umfasst, die durch die Kombination von Daten aus unterschiedlichen Bereichen oder Diensten auftreten („4. sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten“).

Der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten aus unterschiedlichen Diensten und die Verbundvorteile aus deren Kombination können für Plattformen einen wichtigen Wettbewerbsfaktor darstellen. Beispielsweise, indem datenbasierte Dienstleistungen besser an die Präferenzen einzelner Nutzer angepasst werden, wird das Angebot für Nutzer attraktiver. So können Plattformen, die Such- und E-Mail-Dienste anbieten, nutzerbezogene Daten aus dem E-Mail Dienst verwenden, um personalisierte Suchergebnisse passgenauer an die (vermeintlichen) Präferenzen einzelner Nutzer anzupassen.<sup>5</sup>

In digitalen Plattformmärkten können Unternehmen aber auch Verbundvorteile nutzen, bei denen nicht die Kombination von (Nutzer-)Daten aus unterschiedlichen Diensten zur Gewinnung besserer Daten und deren kommerzielle Verwertung im Vordergrund stehen. So kann beispielsweise die Bündelung unterschiedlicher Dienste und Angebote in einer Plattform die Durchschnittskosten senken, wenn teures, hochqualifiziertes Personal an der Forschung und Entwicklung unterschiedlicher Produkte arbeitet<sup>6</sup> oder wenn über den Vertriebskanal von Dienst A auch Dienst B vertrieben werden kann (z.B. ein Browser oder Shopsystem, das mit dem Betriebssystem ausgeliefert wird).

**Damit bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens die Verbundvorteile in §18 (3a) nicht auf den Zugang zu Daten beschränkt werden, schlägt der vzbv vor, die vorgeschlagene Regelung des § 18 Abs. 3a. wie folgt zu ergänzen: „Verbundvorteile und sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten“.**

<sup>3</sup> Monopolkommission (2014) Hauptgutachten XX: Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte, Kapitel I: Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik: Google, Facebook & Co – eine Herausforderung für die Wettbewerbspolitik, S. 61-63; <http://www.monopolkommission.de/index.php/de/homepage/82-gutachten/hauptgutachten/271-hauptgutachten-xx> (Download am 04.01.2016)

<sup>4</sup> The Economist (2008) Economies of scale and scope, Oct 20th 2008 <http://www.economist.com/node/12446567> (Download am 04.01.2016); Ernst Klett Verlag GmbH (2012), Infoblatt Economies of Scale und Economies of Scope, [http://www2.klett.de/sixcms/list.php?article=Infoblatt+Economies+of+Scale+und+Economies+of+Scope&node=Wirtschaft&page=geo\\_infothek](http://www2.klett.de/sixcms/list.php?article=Infoblatt+Economies+of+Scale+und+Economies+of+Scope&node=Wirtschaft&page=geo_infothek) (Download am 04.01.2016)

<sup>5</sup> Autorité de la concurrence und Bundeskartellamt (2016) Competition Law and Data, S. 40, <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.html> (Download am 04.01.2016)

<sup>6</sup> Gabler Wirtschaftslexikon, Economies of Scope, <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/economies-of-scope.html> (Download am 04.01.2016)

## 2. EINE EFFEKTIVE KARTELLRECHTLICHE MISSBRAUCHSAUFSICHT IM FERNWÄRMEMARKT (§ 29)

§ 29 GWB regelt eine erleichterte Preismissbrauchsaufsicht im Strom- und Gassektor. Sie erleichtert die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht durch eine Beweislastumkehr missbräuchlicher Entgelte und eine Kostenreflektion. Die Norm ist jedoch nach § 186 Abs. 1 GWB bis zum 31. Dezember 2017 befristet.

**Der vzbv begrüßt ausdrücklich eine Verlängerung dieser Regelung in § 186 GWB-E bis Ende 2022. Wünschenswert ist aber eine Entfristung der Gültigkeit von § 29 GWB.**

Der vzbv setzt sich – wie auch der Bundesrat – nachdrücklich für die Integration des Fernwärmesektors in den § 29 GWB ein<sup>7</sup>. Anders als auf dem Strom- und Gasmarkt fehlt im Fernwärmesektor nicht nur ein strukturell gesicherter Wettbewerb. Es besteht vielmehr eine Monopolstruktur in jedem Fernwärmenetz. Das Bundeskartellamt spricht im Fernwärmesektor von „gefangenen Kunden“. Die Verbraucherinnen und Verbraucher sind den Tarifen und Preiserhöhungen der Versorger ohnmächtig ausgeliefert. Die kartellrechtliche Kontrolle ist das einzige Regulierungsinstrument des Fernwärmesektors. Daher ist der Fernwärmesektor erst recht in den § 29 GWB aufzunehmen.

Weder kann der Verbraucher sich gegen eine Preiserhöhung zur Wehr setzen, noch kann er ihr ausweichen. Verbraucher haben bei einer einseitigen Preiserhöhung des Fernwärmeversorgers während der Vertragslaufzeit keine Möglichkeit den Vertrag zu kündigen und den Anbieter zu wechseln. Auch bei einer einseitigen Veränderung der Kostenindizes in der vertraglich vereinbarten Preisgleitklausel bleiben die Kunden in ihren Verträgen „gefangen“. Ihr Vertrauen in die Funktion einer vertraglich vereinbarten Preisgleitklausel wird enttäuscht, Leistung und Gegenleistung über die Vertragsdauer hinweg in einem angemessenen Gleichgewicht zu halten. Eine gerichtliche Billigkeitskontrolle wie sie im Gasmarkt angewendet wurde, findet im Fernwärmesektor nicht statt.

Der Wechsel des Heizsystems kommt zwar theoretisch zum Ende unüblich langer Vertragslaufzeiten, die selbst nach Abschreibung der Investitionen gelten, in Betracht. Der Wechsel scheitert aber regelmäßig an den damit verbundenen hohen Kosten oder an baulichen Gegebenheiten. Bei einem Anschluss- und Benutzungszwang oder einer im Grundbuch eingetragenen Anschlusspflicht an das Fernwärmenetz ist ein Wechsel des Heizsystems vielfach nicht einmal theoretisch möglich.

Grundsätzliche Änderungen im Fernwärmesektor sind daher dringend geboten. Solange abweichend vom Strom- und Gasmarkt keine wettbewerblichen Strukturen geschaffen werden und keine präventive behördliche Preisaufsicht über Monopolstrukturen ausgeübt wird, muss für den Fernwärmemarkt zumindest eine effektive kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht eingeführt werden.

Die Bundesregierung verweist in ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates<sup>8</sup> auf die anhängigen Missbrauchsverfahren im Fernwärmesektor nach geltendem Recht. Zwar hat nach der Sektoruntersuchung 2012 das Bundeskartellamt 2013 gegen

<sup>7</sup> Bundesrat Drucksache 606/16 (Beschluss), S. 3 f.

<sup>8</sup> Drucksache 18/10650 (zu Drucksache 18/10207) 14.12.2016

sieben Fernwärmeversorger Missbrauchsverfahren eingeleitet<sup>9</sup>, jedoch konnte erst ein Verfahren abgeschlossen werden<sup>10</sup>. Die Verfahren nach geltendem Recht scheinen aufwendig und schwierig. Viele Landeskartellbehörden haben keine Sektoruntersuchung durchgeführt oder zumindest nicht veröffentlicht. Auch das Bundeskartellamt plant offenbar keinen erneuten Aufschlag für eine Missbrauchskontrolle. Eine „Erleichterung“ der Missbrauchsverfahren scheint „nützlich“ zu sein (damit zitiert die Bundesregierung das Bundeskartellamt). Der vzbv fordert, dass der Fernwärmesektor genau zu diesem Zweck in § 29 GWB aufgenommen werden muss.

Wie bereits zur 8. GWB-Novelle in 2012 führt die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung weiter an, § 29 GWB sei nicht der rechte Ort für eine Regelung des Fernwärmemarkts, da die kartellrechtliche Missbrauchserleichterung sektorspezifisch geregelt werden müsse. Diese Sektorregelung wurde aber bis heute nicht geschaffen, daher hält der vzbv eine Regelung der Fernwärme in § 29 GWB für dringend erforderlich. Angesichts der prekären Situation für Verbraucher im Monopolmarkt kann ein entsprechender Bedarf nicht ernsthaft bestritten werden.

Viele Verbraucherinnen und Verbraucher sind zudem unzufrieden: Nach einer Busumfrage des vzbv (2016) sind nur 52 Prozent der Haushaltskunden mit ihrem Fernwärmepreis und nur 48 Prozent der Haushaltskunden mit der Nachvollziehbarkeit von Preisänderungen zufrieden. Dagegen sind 32 Prozent mit ihrem Fernwärmepreis und 34 Prozent mit der Nachvollziehbarkeit der Preisänderung unzufrieden: dieser Anteil der Verbraucher ist viel zu hoch.

**Die aktuelle GWB-Novelle muss dazu genutzt werden, den Fernwärmesektor in den Regelungsbereich des § 29 GWB aufzunehmen und damit den Energiesektoren Strom und Gas gleichzustellen.**

### 3. VERBANDSKLAGE AUF BESEITIGUNG ERHALTEN (§ 33)

Zu begrüßen ist, dass im Regierungsentwurf weiterhin eine Verbandsklage auf Beseitigung vorgesehen ist. Der gerade im Wettbewerbsrecht potenziell wichtige Beseitigungsanspruch, der mit Einschränkungen auch Widergutmachungen gegenüber geschädigten Verbrauchern umfassen kann, wurde erst mit der letzten GWB-Novelle eingeführt, zur Überraschung des vzbv im vorangegangenen Referentenentwurf dieser GWB-Novelle allerdings wieder gestrichen. Damit Verbraucherverbände den im Lauterkeitsrecht (UWG) bereits vorgesehenen Beseitigungsanspruch künftig auch im Kartellrecht geltend machen können, sollte im Gesetzgebungsverfahren keinesfalls zu der ursprünglichen Regelung im Referentenentwurf zurückgekehrt werden.

### 4. RICHTLINIENUMSETZUNG: SCHADENSPAUSCHALE EINFÜHREN, VERJÄHRUNG VERLÄNGERN (§ 33c)

Die übrigen Regelungen zum Schadensersatz folgen einer weitgehend richtliniengleichen Umsetzung, was teilweise angemessen sein mag, in zwei zentralen Punkten allerdings angesichts des mindestharmonisierenden Charakters der Richtlinie unzureichend erscheint:

<sup>9</sup> [www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2013/07\\_03\\_2013\\_Fernw%C3%A4rmepreise.html](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2013/07_03_2013_Fernw%C3%A4rmepreise.html)

<sup>10</sup> [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2015/16\\_10\\_2015\\_Fernw%C3%A4rme.html](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2015/16_10_2015_Fernw%C3%A4rme.html)

Zum einen gelten die gesetzlichen Vermutungen für Verursachung und Abwälzung des Schadens nur dem Grunde nach für das Bestehen eines Anspruchs (§ 33a Absatz 2, § 33c GWB-E). In Bezug auf die konkrete Schadenshöhe soll weiterhin die allgemeine Schadensschätzungsbefugnis gemäß § 287 ZPO zur Anwendung kommen. Die neue Vermutungsregelung sagt damit letztlich nur, dass bei einem Kartell von einem Schaden größer Null auszugehen ist. Die Quantifizierung von Kartellschäden wird damit auch in Zukunft vermutlich sehr schwierig und aufwändig bleiben.

**Die Regelung sollte deshalb durch die ermessensleitende Festlegung eines Mindestschadens in Höhe von 10% ergänzt werden.**

Verschiedene Untersuchungen belegen eine Kartellrendite von 10 bis 20% und unterstützen eine entsprechende Pauschalierung aus wissenschaftlicher Sicht.<sup>11</sup> Da die Quantifizierung von Schäden im Einzelfall sehr aufwändig und teuer ist, behilft sich die Wirtschaft längst mit Pauschalvereinbarungen, die im Einzelfall widerlegt werden können. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen werden solche Pauschalierungen von 15% auch gerichtlich als realistisch anerkannt.

Demgegenüber müssen Verbraucher und Verbraucherverbände bei Kartellschadensersatzverfahren den Schaden selbst berechnen und gegebenenfalls die für eine gerichtliche Schätzung erforderlichen Angaben machen. Dies ist für sie noch schwieriger als für unmittelbar betroffene Unternehmen, weil ihnen als nachgelagerte Betroffene keine betriebsinternen Unterlagen und Daten zur Verfügung stehen.

Verbraucher können deshalb von der Schadensvermutung in § 33a Absatz 2 Satz 1 GWB-E nur profitieren, wenn auch eine (widerlegliche) Vermutung in Höhe eines prozentual zu errechnenden Schadens Eingang ins Gesetz findet. Auch die Monopolkommission hat sich in ihrem jüngsten Hauptgutachten zugunsten eines Mindestschätzbetrags und eine hiermit verbundene Beweislastumkehr ausgesprochen.<sup>12</sup>

Zum anderen ist die Verjährungsfrist mit fünf Jahren (§ 33h GWB-E) eher knapp bemessen. Auch wenn die Frist erst mit dem Jahresende beginnt, kann die Vorbereitung eines Schadensersatzprozesses länger als fünf Jahre dauern.

**Längere Verjährungsfristen würden die mit der privaten Rechtsdurchsetzung intendierte zusätzliche Abschreckungswirkung erhöhen.**

## 5. VORTEILSABSCHÖPFUNG DURCH VERBÄNDE (§ 34a)

Weiterhin sollte auch für die Vorteilsabschöpfung durch Verbände eine Anpassung der Verjährungsfrist und des Verschuldensmaßstabs erwogen werden. Die Argumente für eine Heraufsetzung der Verjährungsfrist auf sieben Jahre zugunsten der Wettbewerbsbehörden kommen ebenso bei der Abschöpfung durch Verbände zum Tragen.

---

<sup>11</sup> Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2013/2014, BT-Drucks. 18/5210, Seite 35; derselbe, Erfolgreiche Kartellverfolgung, 2011, Seite 12; Oxera et al., Quantifying Antitrust Damages“, 2009, Executive summary, Seite ix; Conner/Lande, Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines, in 3 Issues in Competition Law and Policy 2203 (ABA Section of Antitrust Law 2008); ebenso für die Kodifikation eines Mindestschadens: Kersting/Preuß, Umsetzung der Schadensersatzrichtlinie (2014/104/EU), 2015, Rn. 58 ff; hierzu auch Sirakova, Impediments to the private enforcement of competition law in Europe, NZKart 2015, Seite 466, 468.

<sup>12</sup> Monopolkommission, Hauptgutachten XXI, 2016, Teil I, Ziffer 150 (Seite 38), ([http://www.monopolkommission.de/images/HG21/HGXXI\\_Kap1\\_GWB-Novelle.pdf](http://www.monopolkommission.de/images/HG21/HGXXI_Kap1_GWB-Novelle.pdf), zuletzt abgerufen am 10.1.2017)



**Die Regelung zur Vorteilsabschöpfung für Verbände (§ 34a Absatz 5 GWB) sollte an die vorgeschlagene Neufassung von § 34 Absatz 5 GWB-E mit einer Verjährungsfrist von sieben Jahren angepasst werden.**

Eine solche Verlängerung der Vorteilsabschöpfung durch Verbände wurde bereits vom Bundesrat in seiner Stellungnahme gefordert (Drs. 606/16). In ihrer Gegenäußerung unterstrich die Bundesregierung dies prüfen zu wollen (Drs. 18/10650).

Weiterhin unterstützt der vzbv das Anliegen des Bundesrats (Drs. 606/16), die Tatbestandsvoraussetzungen der Vorteilsabschöpfung in Bezug auf das Verschulden zu überprüfen und das Vorsatzerfordernis bei der Abschöpfung durch Verbände zumindest abzusenken.<sup>13</sup>

## 6. AUFGREIFSCHWELLEN NICHT ZU HOCH ANSETZEN (§ 35)

Im Vergleich zum Referentenentwurf des Bundeswirtschaftsministeriums wurde die Aufgreifschwelle für den Transaktionswert eines Zusammenschlusses im Regierungsentwurf von 350 Mio. € auf 400 Mio. € hinaufgesetzt (§ 35 Abs. 1). Der vzbv möchte darauf hinweisen, dass mit einer weiteren Anhebung des Transaktionswerts die Anzahl der hierunter fallenden Unternehmen sinken und weniger möglicherweise relevante Transaktionen einer Kontrolle unterzogen würden.

Weiterhin wurde in § 35 Absatz 1 a eingefügt, dass ein Unternehmen dann der Zusammenschlusskontrolle unterliegt, wenn „das zu erwerbende Unternehmen (...) in erheblichem Umfang im Inland tätig ist“. Dies stellt eine erhebliche Aufweichung im Vergleich zum Referentenentwurf dar, der allein vorsah, dass eines der beiden Unternehmen im Inland tätig sein müsse.

**Aus Sicht des vzbv wird hier eine rechtlich interpretationsbedürftige Formel aufgenommen („erheblicher Umfang“). Außerdem sollte klargestellt werden, dass eine Kontrolle vorgenommen werden kann, wenn eines der beiden Unternehmen im Inland tätig ist.**

## 7. KOLLEKTIVEN RECHTSSCHUTZ STÄRKEN – MUSTERFESTSTELLUNGSKLAGE EINFÜHREN

In Bezug auf die Erleichterungen bei der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen (§§ 33 ff. GWB-E) dürfte weitgehend unstrittig sein, dass einzelne Verbraucher auch nach Umsetzung der zugrundeliegenden EU-Richtlinie kaum in der Lage sein werden, ihre Ansprüche gerichtlich durchzusetzen. Die Streuschadenproblematik und die prozessualen Hürden werden auch mit der vorliegenden GWB-Novelle nicht beseitigt, solange Verbrauchern keine Möglichkeiten zur gebündelten Rechtsdurchsetzung zur Verfügung stehen. Die „Jedermann-Rechtsprechung“ des EuGH, die jedem einzelnen Verbraucher effektive, praktisch durchsetzbare Schadensersatzansprüche zubilligt, kann nur mit Hilfe kollektiver Rechtsschutzinstrumente umgesetzt werden, die es bislang in Deutschland nicht gibt.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> So auch die Monopolkommission a.a.O., Ziffer 179 (Seite 43).

<sup>14</sup> Monopolkommission a.a.O. Ziffer 182 (Seite 44); Keßler, VuR 2015, 83, 91; ausführlich zur Jedermanns-Rechtsprechung ebenfalls Keßler: Schadensersatz und Verbandsklagerechte im deutschen und europäischen Kartellrecht, 2009, Seite 35 ff..



Der vzbv setzt sich deshalb seit langem für die Einführung einer Musterfeststellungsklage für Verbände ein. Bislang können Verbraucherverbände Unternehmen nur auf Unterlassung und Beseitigung in Anspruch nehmen. Damit einzelne Verbraucher Schadensersatz erhalten, müssen sie selbst klagen oder ihren individuellen Anspruch von einer Verbraucherzentrale einklagen lassen. Selbst wenn gerichtlich feststeht, dass sich ein Unternehmen rechtswidrig verhalten hat, hat das Urteil keine Auswirkungen auf die einzelnen geschädigten Verbraucher. Eine Breitenwirkung bei Massenschäden ist auf diese Weise nicht zu erreichen, vor allem weil die individuellen Ansprüche bei einem rechtskräftigen Urteil meist verjährt sind, wenn die betroffenen Verbraucher nicht parallel selbst geklagt haben.

Mit einer Musterfeststellungsklage könnte demgegenüber erreicht werden, dass die Ansprüche der betroffenen Verbraucher nicht verjähren und die Feststellungen zu zentralen Rechts- und Tatsachenfragen für alle angeschlossenen Verbraucher verbindlich sind. Auf dieser Grundlage könnten individuelle Ansprüche deutlich leichter verfolgt werden und die Streitigkeiten im günstigsten Fall bereits im Rahmen der Musterfeststellungsklage auf dem Vergleichswege beigelegt werden.

**Ohne die Einführung der längst überfälligen Musterfeststellungsklage für Verbraucherverbände mit Anschlussmöglichkeit für geschädigte Verbraucher werden unmittelbar nur Unternehmen von den erhofften Erleichterungen bei der privaten Durchsetzung des Kartellrechts profitieren.**

## 8. DURCHSETZUNG VON VERBRAUCHERSCHUTZRECHT DURCH DAS BUNDESKARTELLAMT

Neben einer Erweiterung der Aufgreifkriterien zu einer besseren Überprüfbarkeit digitaler Unternehmen sollen dem Vernehmen nach auch die Kompetenzen des Bundeskartellamtes bei der Durchsetzung von Verbraucherrecht erweitert werden. Der vzbv begrüßt diese Initiative, um Lücken in der kollektiven Rechtsdurchsetzung zu schließen.

Das Verbraucherrecht ist Teil des Privatrechts und wird in Deutschland seit über 50 Jahren erfolgreich auf dem Zivilrechtsweg durch kollektive Klagebefugnisse der Verbraucherverbände durchgesetzt. Diese Vorgehensweise hat sich grundsätzlich bewährt und ist unbedingt beizubehalten. Gleichzeitig ist es aus Sicht des vzbv aber auch erforderlich, die Durchsetzung des Verbraucherschutzes insgesamt zu stärken.

In einem sich schnell entwickelnden digitalen Umfeld werden Verbraucher zunehmend mit neuen Geschäftsmodelle konfrontiert, die auf komplexen Sachverhalten beruhen und ebenso komplexe rechtliche Bewertungen erfordern. In derartigen Fällen ist es sinnvoll, auf bereits vorhandene Ermittlungsbefugnisse einer zuständigen Behörde aufzubauen und diese Befugnisse in geeigneten Fällen auch für die Durchsetzung des privaten Verbraucherrechts zu nutzen.

Da das Bundeskartellamt bereits marktübergreifend über Ermittlungsbefugnisse verfügt, wäre es sinnvoll, diese Behörde auch mit der Durchsetzung des sonstigen Verbraucherrechts zu betrauen. Kartellrechtlich relevantes Verhalten wie etwa der Missbrauch von Marktmacht in der Internetwirtschaft überschneidet sich häufig mit Verstößen gegen das Lauterkeitsrecht oder das Vertragsrecht, beispielsweise durch Verwendung unzulässiger Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Soweit das Bundeskartellamt im Rahmen einer kartellrechtlichen Untersuchung Kenntnis von Verstößen gegen Lauterkeitsrecht oder sonstiges Verbraucherrecht erhält, sollte es deshalb auch die Befugnis erhalten, solche unzulässigen Verhaltensweisen zu untersagen.

Darüber hinaus sollten die behördlichen Ermittlungsbefugnisse auch eingesetzt werden, wenn umfangreiche Ermittlungen erforderlich sind, um einen Rechtsverstoß überhaupt nachweisen zu können. Insbesondere im sich schnell entwickelnden digitalen Umfeld könnten auch Sektoruntersuchungen hilfreich sein, auf deren Grundlage verbraucherschädliche Geschäftsmodelle frühzeitig identifiziert und Gegenmaßnahmen ergriffen werden können.

**Der vzbv begrüßt es, wenn das Bundeskartellamt seine Ermittlungs- und Sanktionsbefugnisse in Zukunft auch zugunsten des Verbraucherschutzes einsetzen wird. Zusätzliche Befugnisse des Bundeskartellamts bei erheblichen Verstößen zum Nachteil einer Vielzahl von Verbrauchern können die zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung der Verbraucherzentralen sinnvoll ergänzen.**

## **9. VERWENDUNG VON KARTELLBUSSEN UND ABGESCHÖPFTEN VORTEILEN FÜR DIE FINANZIERUNG DER VERBRAUCHERARBEIT UND KOLLEKTIVEN RECHTSDURCHSETZUNG**

Unverändert sollen Kartellbußen ausschließlich der Bundeskasse zufließen. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung sieht keine Änderung des § 82a Abs. 2 GWB vor. Damit gelangen auch solche Kartellbußen in den allgemeinen Haushalt, denen ein Kartellrechtsverstoß mit unmittelbarer Schädigung für Verbraucher zugrunde gelegen hat und wo kein individueller Schadensausgleich erfolgt ist. Auch die Vorteilsabschöpfung durch Verbraucherverbände werden ausschließlich der Bundeskasse zugewiesen (§ 34a Abs. 1 GWB). Die Verbraucherverbände können lediglich eine Erstattung der für die Geltendmachung des Anspruchs erforderlichen Aufwendungen verlangen, soweit sie vom beklagten Unternehmen keinen Ausgleich erlangen können.

Die 9. GWB-Novelle greift damit keinen der Vorschläge auf, die seit geraumer Zeit im politischen Raum diskutiert werden – etwa einen Teil der Kartellbußen und die abgeschöpften Vorteile zweckgebunden für die strukturell unterfinanzierte Verbraucherarbeit in Deutschland einzusetzen.

**Ein pauschalierter Anteil an den rechtskräftig vereinnahmten Kartellbußen sollte zweckgebunden für die finanzielle Unterstützung der Verbraucherarbeit in Deutschland verwendet werden, die ganz erheblich zu einer funktionierenden Wettbewerbsordnung beiträgt. Auch die von den Verbraucherverbänden abgeschöpften Vorteile sollten ähnlich verwendet werden.**

Zwischen dem sanktionierten Kartellrechtsverstoß und der Verbraucherarbeit gibt es einen unmittelbaren Zusammenhang – denn in jeder Kartellbuße steckt bereits notwendigerweise ein verbraucherbezogener Unrechtsanteil.<sup>15</sup> Beim so genannten Badezimmerkartell lag der Verbraucherschaden bei geschätzten 7 Mrd. Euro – Geldbuße 622 Mio. Euro. Beim so genannten Kaffeekartell lag der Verbraucherschaden bei 860 Mio. Euro – Geldbuße 160 Mio. Euro. Beim so genannten Mehlkartell lag der Verbraucherschaden bei 1,2 Mrd. Euro – Geldbuße 82 Mio. Euro. Die Liste der Kartellrechtsfälle mit unmittelbarem Verbraucherbezug ließe sich ohne Weiteres fortführen.

Die Forderung nach Verwendung eines Teils der Kartellbußen steht auch nicht im Widerspruch dazu, dass Verbrauchern der Schaden, den sie durch kartellrechtswidriges

<sup>15</sup>Fezer, Zweckgebundene Verwendung von Unrechtserlösen und Kartellbußen zur Finanzierung der Verbraucherarbeit, Juristische Expertise von Prof. Dr. Karl-Heinz Fezer im Auftrag des Ministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen, Düsseldorf 2012, S. 29/30.

Verhalten von Unternehmen erleiden, möglichst unmittelbar auszugleichen ist. Nach aller bisherigen Erkenntnis machen Verbraucher – auch jenseits von der hier geforderten Musterfeststellungsklage – ihren Schaden vielfach nicht geltend, wenn es sich um Streuschäden handelt. Der individuelle Schadensersatzanspruch ist damit alleine nicht zweckdienlich.

Insbesondere im Kartellrecht ist zu berücksichtigen, dass klagebefugte Verbraucherverbände mit der kollektiven Durchsetzung von Zahlungsansprüchen auf dem Rechtsweg erhebliche Kostenrisiken eingehen. Dies gilt für die Abschöpfung von Unrechtsgewinnen und wird sich auch bei zukünftigen kollektiven Schadensersatz- oder Musterfeststellungsklagen de lege ferenda kaum vermeiden lassen. Insoweit ist mit deutlich höheren Streitwerten zu rechnen, als bei den bislang geführten Unterlassungsverfahren. Die damit verbundenen Kostenrisiken müssen finanziell abgesichert werden.<sup>16</sup> Hierfür bietet sich die anteilige Verwendung sowohl von Kartellbußgeldern wie von abgeschöpften Unrechtsvorteile an; letztere wird auch von der Monopolkommission – zuletzt im XXI. Hauptgutachten – ausdrücklich unterstützt.<sup>17</sup>

Eine solide Finanzierung der Verbraucherarbeit würde dazu beitragen, dass Verbraucher zumindest mittelbar profitieren. Verbraucherorganisationen würde es ermöglicht, ihre Orientierungsangebote für Verbraucher und ihren gesetzlichen Auftrag zur kollektiven Rechtsdurchsetzung an den Entwicklungen und Erfordernissen der heutigen Marktwirtschaft und der ihnen gesetzlich zugedachten Rolle im Rahmen der privaten Rechtsdurchsetzung wirksam auszurichten. Damit wäre die anteilige Verwendung der Kartellbußen und der abgeschöpften Unrechtsvorteile das Spiegelbild des wirtschaftlichen Schadens der Verbraucher durch den Kartellrechtsverstoß und ein zentraler Beitrag zu dessen Wiedergutmachung.

---

<sup>16</sup> Höland/Meller-Hannich, Gutachten Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente, 2010, Seite 149 f.; ausführlich zur Verwendung abgeschöpfter Vorteile Keßler: Schadensersatz und Verbandsklagerechte im deutschen und europäischen Kartellrecht, 2009, Seite 104 f.

<sup>17</sup> Die Monopolkommission unterstützt ebenfalls ein zumindest anteiliges Verbleiben der abgeschöpften Vorteile beim klagenden Verband, Monopolkommission a.a.O., Ziffer 179 (Seite 43).