

Dr. Till Schreiber, LL.M.

Praxisbericht Private Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadenersatzansprüchen

Times are a-changing – dies gilt zumindest für die private Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadenersatzansprüchen. Kam die Kanzlei Ashurst in ihrer im August 2004 publizierten Studie noch zu dem Ergebnis, dass kartellrechtliche Schadenersatzklagen in den EU-Mitgliedstaaten durch „eine erstaunliche Vielfalt“ und „totale Unterentwicklung“ gekennzeichnet waren¹, so hat das Private Enforcement in den letzten Jahren erheblich an Bedeutung gewonnen. Abnehmer einer Reihe nationaler und europaweiter Kartelle haben sich entschieden, Schadenersatzansprüche vor Gerichten der EU-Mitgliedstaaten geltend zu machen, beispielsweise in den Verfahren Vitamine, Luftfracht und Kautschukchemikalien in England sowie Zement, Selbstdurchschreibepapier, Transportbeton und Wasserstoffperoxid in Deutschland. Es ist davon auszugehen, dass die Zahl privater Kartellschadenersatzklagen in Zukunft weiter steigen wird. Für Juristen und Entscheidungsträger in Kanzleien und Unternehmen hat dies zur Folge, dass sie sich mit neuen Rechtsfragen und strategischen Überlegungen auseinandersetzen müssen. Diese sollen nachfolgend anhand eines praktischen Beispiels erläutert werden.

Fallbeispiel:

Der Unternehmensjurist eines börsennotierten deutschen Unternehmens erhält Kenntnis von einer Pressemitteilung der Europäischen Kommission. Danach hat die Kommission aufgrund eines EU-weiten Preiskartells gegen Lieferanten des Unternehmens erhebliche Geldbußen verhängt. Die Kartellmitglieder haben ihren Sitz in Italien, Frankreich, Schweden, den Niederlanden und Deutschland. Die Pressemitteilung schließt mit dem üblichen Hinweis auf die Möglichkeit der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen. Nach Auskunft des Einkaufsleiters des Unternehmens sind Unterlagen über Lieferungen im von der Kommission festgestellten Kartellzeitraum vorhanden. Danach stand das Unternehmen in direkten Lieferbeziehungen mit drei der fünf Kartellmitglieder. Darüber hinaus hat eine Tochtergesellschaft mit Sitz in England das betroffene Produkt von einer englischen Tochtergesellschaft des italienischen Kartellmitglieds bezogen. Die Unternehmensleitung bittet um Klärung, ob und gegen wen Schadenersatzansprüche bestehen und gegen wen, wo und wie sie am besten durchzusetzen sind.

A. Ausgangslage

Dem Unternehmen steht grundsätzlich ein Schadenersatzanspruch gegen die Kartellmitglieder zu. Nach den Grundsatzentscheidungen *Courage*² und *Manfredi*³ kann „jedermann“ Ersatz des durch einen Verstoß gegen Art. 101 und 102 AEUV entstandenen Schadens verlangen. Die Organe von betroffenen Unternehmen sind dabei zur Wahrung der Interessen der Anteilseigner zumindest zur Prüfung möglicher Schadenersatzansprüche verpflichtet.⁴ Fällt diese Prüfung positiv aus, muss das Unternehmen grundsätzlich Schritte zur Durchsetzung der Schadenersatzansprüche treffen. Insofern ist der Verstoß eines Lieferanten gegen Kartellrecht nicht anders zu beurteilen als ein Verstoß gegen Vertragspflichten.

Obwohl die Kommission in ihrem „Weißbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts“⁵ konkrete Vorschläge erarbeitet hat, ist es bisher nicht zu einer

EU-weiten Harmonisierung der für kartellrechtliche Schadenersatzklagen anwendbaren prozessualen und materiellen Vorschriften gekommen. Die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen wegen Verstoßes gegen Art. 101 und 102 AEUV richtet sich daher grundsätzlich nach den für den Verstoß gegen die entsprechenden nationalen Kartellverbote relevanten nationalen Vorschriften. So dient in Deutschland § 33 GWB nicht nur der Durchsetzung des deutschen, sondern auch des europäischen Kartellrechts.⁶ Die nationalen Vorschriften gelten dabei aber nicht unbegrenzt. Sie unterliegen dem EU-rechtlichen Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz.⁷ Nach dem Effektivitätsgrundsatz dürfen innerstaatliche Vorschriften die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.⁸ Nach dem Äquivalenzprinzip dürfen die für die Ausübung des Primärrechts geltenden Regeln nicht weniger günstig sein als bei Rechtsbehelfen, die nur innerstaatliches Recht betreffen.⁹ Insbesondere der Effektivitätsgrundsatz ist eine zentrale Vorgabe, an der sich nationale Gerichte bei der Lösung von Einzelfragen zu orientieren haben.¹⁰

1 „Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules“ der Kanzlei Ashurst für die Europäische Kommission vom 31.8.2004, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actions_damages/study.html (Stand: 22.11.2010).

2 EuGH, Rs. C-453/99, Slg. 2001 I-6297, Rz. 24 ff. – *Courage*.

3 EuGH, Rs. C-295/04, Slg. 2006 I-6619, Rz. 58 ff. – *Manfredi*.

4 Vgl. zum Beispiel § 93 Abs. 1 AktG, § 43 Abs. 1 GmbHG. Ausführlich, siehe *Franz/Jünger*, BB 2007, 1681 ff.

5 Kommission der Europäischen Gemeinschaften, „Weißbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts“, KOM (2008) 165, 2.4.2008, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0165:FIN:DE:PDF> (Stand: 22.11.2010).

6 So ausdrücklich § 33 Abs. 1 S. 1 GWB. Ausführlich hierzu siehe *Bornkamm*, in: *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 2006, § 33 GWB Rz. 28.

7 EuGH, Rs. C-295/04, Slg. 2006 I-6619, Rz. 62 – *Manfredi*.

8 EuGH, Rs. C-295/04, Slg. 2006 I-6619, Rz. 62 – *Manfredi*.

9 EuGH, Rs. C-295/04, Slg. 2006 I-6619, Rz. 62 – *Manfredi*.

10 Vgl. beispielsweise OLG Karlsruhe, Urt. v. 11.6.2010 – 6 U 118/05 (Kart), S. 16 (Umdruck). In diesem Urteil hat das OLG Karlsruhe den Einwand der Schadensabwälzung unter Hinweis auf das unionsrechtliche Effektivitätsprinzip grundsätzlich abgelehnt.

Die Durchsetzung kartellrechtlicher Schadenersatzansprüche kann grundsätzlich mittels eines außergerichtlichen Vergleichs oder im Rahmen eines Gerichtsverfahrens erfolgen. Die Erzielung eines fairen Vergleichs ist in der Praxis allerdings häufig schwierig:

- Auf Seiten der Kartellmitglieder fehlt oft der Wille, sich auf einen Vergleich einzulassen. Hierbei mögen die Vermeidung von Präzedenzfällen, die Probleme im Rahmen eines möglichen Gesamtschuldnerausgleichs¹¹ sowie das Vertrauen auf die praktischen Schwierigkeiten bei der gerichtlichen Durchsetzung der Schadenersatzansprüche eine Rolle spielen.
- Aufgrund der geheimen Natur von Kartellabsprachen besteht eine Beweisasymmetrie. Geschädigte befinden sich daher grundsätzlich in einer schwächeren Verhandlungsposition.

B. Zugang zu Beweismitteln in der Behördenakte?

Aufgrund der bestehenden Beweisasymmetrie steht jeder Geschädigte vor der Hürde, den möglicherweise bestehenden Schadenersatzanspruch zu substantiieren. Hinsichtlich der Zuwiderhandlung kann sich ein durch Kartellabsprachen Betroffener zwar in der Regel auf eine Bußgeldentscheidung der Kommission oder einer nationalen Kartellbehörde stützen.¹² Darüber hinaus ist er aber auch hinsichtlich des kausal durch die Zuwiderhandlung entstandenen Schadens beweispflichtig. Die nicht-vertrauliche Fassung der Bußgeldentscheidung wird in der Regel allerdings erst mit einer erheblichen zeitlichen Verzögerung veröffentlicht. Sie enthält auch regelmäßig eine Vielzahl als vertraulich eingestufte Passagen, wobei insbesondere Einzelheiten zu den jeweiligen Kartellabsprachen oft nicht zugänglich sind. Insofern stellt sich die Frage, ob Geschädigte zum Nachweis ihrer Schadenersatzansprüche ein Recht auf Zugang zur Behördenakte haben.

I. Zugang zur Verfahrensakte der Kommission

Die Kommission lehnt eine Akteneinsicht von Geschädigten grundsätzlich ab. Sie gewährt – auch nach Abschluss ihrer Untersuchung – nicht verfahrensbeteiligten Parteien in der Regel keine Akteneinsicht. Ob Kartellgeschädigte ein Recht auf Zugang zur Verfahrensakte nach den Regeln der Transparenzverordnung 1049/2001¹³ haben, ist aber umstritten. Die auch insofern restriktive Praxis der Kommission wird momentan in einer Reihe von Verfahren in Luxemburg überprüft.¹⁴ Allerdings können nationale Gerichte gemäß Art. 15 Abs. 1 der Verordnung 1/2003 im Wege der Amtshilfe von der Kommission die Vorlage von Verfahrensdokumenten anfordern. Darüber hinaus besteht eine allgemeine Pflicht der Kommission zur Zusammenarbeit mit mitgliedstaatlichen Gerichten. Nach dem Gerichtshof ist die Kommission daher grundsätzlich verpflichtet, einem nationalen Gericht, das für die Anwendung von Unionsrecht zuständig ist, relevante Dokumente aus ihrer Verfahrensakte zu übermitteln.¹⁵ Ebenso hat sie ihren Beamten die Genehmigung zu erteilen, über die ihnen bekannten Tatsachen eines Verstoßes gegen EU-Recht als Zeugen auszusagen.¹⁶

II. Zugang zu Verfahrensakten nationaler Kartellbehörden

Nationale Kartellbehörden hingegen gewähren Geschädigten teilweise umfassend Zugang zu ihren Verfahrensakten. So hat die niederländische Wettbewerbsbehörde beispielsweise kürzlich der auf Schadenersatzklagen spezialisierten Stiftung „Collectief Onrecht“ Zugang zu dem Untersuchungsbericht in einem Kartellfall gegeben.¹⁷ In Deutschland hat das AG Bonn im Februar 2009 auf Grundlage von § 406e StPO ein weitgehendes Einsichtsrecht in die Verfahrensakten des BKartA bejaht.¹⁸ Dies begründete das Gericht mit dem vom Gesetzgeber in § 33 GWB verankerten vorrangigen Gebot der Förderung von kartellrechtlichen Schadenersatzklagen. Mit Beschluss vom 19.7.2010 hat das AG Bonn dieses Einsichtsrecht präzisiert.¹⁹ Danach „besteht die Funktion des Akteneinsichtsrechts nach § 406e StPO i.V.m. § 46 OWiG darin, dem durch einen Wettbewerbsrechtsverstoß potentiell Geschädigten zu ermöglichen, solche Informationen der Ermittlungsbehörde zu erlangen, die er zur Geltendmachung etwaiger zivilrechtlicher Ansprüche bewältigen kann“. Geschädigten sei grundsätzlich Akteneinsicht in die eine Zuwiderhandlung feststellende Bußgeldbescheide des BKartA zu gewähren, wobei die Namen von Betroffenen und Nebenbetroffenen nicht geschwärzt werden dürften, wenn diese als Anspruchsgegner von zivilrechtlichen Schadenersatzansprüchen in Betracht kommen. Ob sich das Akteneinsichtsrecht nach § 406e StPO auch auf Kronzeugen- bzw. Bonusanträge sowie in diesem Zusammenhang übergebene Unterlagen und Informationen erstreckt, oder ob es aufgrund der in Art. 11 und 12 der Verordnung 1/2003²⁰ geregelten Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden notwendig ist, geschädigten Dritten ein Akteneinsichtsrecht zu verweigern, ist momentan Gegenstand eines vom AG Bonn eingeleiteten Vorabentscheidungsverfahrens beim Gerichtshof.²¹ Es ist zu hoffen, dass der Gerichtshof dieses Verfahren nutzt, um eine grundsätzliche Klärung des oft behaupteten Konflikts²² zwischen einer erfolgreichen Kartellverfolgung mittels Kronzeugenprogrammen und einer effektiven Durchsetzung kartellrechtlicher Schadenersatzansprüche herbeizuführen.

11 Ausführlich zum Gesamtschuldnerausgleich der Kartellmitglieder im Rahmen kartellrechtlicher Schadenersatzklagen siehe *Krüger*, Kartellregress, 2010.

12 So im deutschen Recht ausdrücklich § 33 Abs. 4 GWB.

13 Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 30.5.2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, ABl. EG Nr. L 145/43 v. 31.5.2001.

14 Siehe EuGH, Rs. C-360/09, ABl. C 297/18 v. 2.12.2009 – Pfeleiderer; EuG, Rs. T-344/08, ABl. C 272/42 v. 25.10.2008 – EnBW Energie Baden-Württemberg/Kommission; EuG, Rs. T-380/08, ABl. C 285/51 v. 8.11.2008 – Niederlande/Kommission; EuG, Rs. T-437/08, ABl. C 313/48 v. 6.12.2008 – CDC Hydrogen Peroxide SA/Kommission.

15 EuGH, Rs. 2/88-IMM, Slg. 1990 I-3365, Rz. 22 – Zwartveld.

16 EuGH, Rs. 2/88-IMM, Slg. 1990 I-3365, Rz. 22 – Zwartveld.

17 Die *Nederlandse Mededingingsautoriteit* (NMa) gab freiwillig einen mit der Mitteilung der Beschwerdepunkte vergleichbaren Zwischenbericht im Schwimmbad-Chlor Kartell an einen potentiellen Kläger, die Stiftung *Collectief Onrecht*, heraus. Geschäftsgeheimnisse und die Namen von individuellen Personen wurden entfernt.

18 AG Bonn, Beschl. v. 3.2.2009, wiedergegeben in der Vorlageentscheidung des AG Bonn, Ent. v. 4.8.2009, 51 Gs 53/09 (zitiert nach juris).

19 AG Bonn, 51 Gs 1194/10, WuW/E DE-R-3016, 3019.

20 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates v. 16.12.2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EG Nr. L 1/1 v. 4.1.2003.

21 AG Bonn, Ent. v. 4.8.2009, 51 Gs 53/09 (zitiert nach juris); EuGH, Rs. C-360/09, ABl. C 297/18 v. 2.12.2009 – Pfeleiderer.

22 Vgl. etwa Kommission „Weißbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts“, KOM (2008) 165, 12; *Mäger/Zimmer/Milde*, WuW 2009, 885 ff.

C. Bestimmung der alternativen Gerichtsstände einer Schadenersatzklage

Von besonderer Bedeutung aus Geschädigtensicht ist selbstverständlich der Ort, an dem eine Schadenersatzklage erhoben werden kann. Bei Klagen gegen Mitglieder eines Kartells bestehen grundsätzlich alternative Gerichtsstände. Liegt dem Kartellrechtsverstoß ein rein nationaler Sachverhalt zugrunde, richtet sich die Zuständigkeit nach den allgemeinen zivilprozessualen Vorschriften, in Deutschland also nach der ZPO. Bei grenzüberschreitenden Kartellrechtsverstößen wie im Ausgangsfall richtet sich die internationale Zuständigkeit für Schadenersatzklagen nach der Verordnung 44/2001 über die gerichtliche Zuständigkeit, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVO)²³.

I. Allgemeiner Gerichtsstand (Art. 2 Abs. 1 EuGVO)

Nach Art. 2 Abs. 1 und Art. 60 Abs. 1 EuGVO ist ein Unternehmen grundsätzlich vor den Gerichten des Mitgliedstaates zu verklagen, in dem es seinen Sitz hat. Aufgrund der gesamtschuldnerischen Haftung der Kartellmitglieder für den durch das Kartell verursachten Schaden²⁴ kann das geschädigte Unternehmen im Ausgangsfall daher grundsätzlich jeden Adressaten der Kommissionsentscheidung an dessen allgemeinen Gerichtsstand auf den gesamten Schaden in Anspruch nehmen.

II. Gerichtsstand der unerlaubten Handlung (Art. 5 Nr. 3 EuGVO)

Im Kartelldeliktsrecht kann eine Schadenersatzklage auch am besonderen Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach Art. 5 Nr. 3 EuGVO eingereicht werden.²⁵ Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs²⁶ verweist die Vorschrift dabei auf zwei alternative Orte, hinsichtlich derer ein Wahlrecht des Klägers besteht (sog. Ubiquitätsregel):

- erstens den Ort, an dem die schadensverursachende Handlung vorgenommen wurde, den sog. Handlungsort; und
- zweitens den Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist, den sog. Erfolgsort.

Im Kartelldeliktsrecht ist die genaue Bestimmung von Handlungs- und Erfolgsort i.S.d. Art. 5 Nr. 3 EuGVO bisher nicht abschließend geklärt. Sicher ist nur, dass gerade bei EU-weiten Kartellverstößen eine Mehrheit von Gerichtsständen eröffnet ist.²⁷ Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist der *Handlungsort* „der Ort, an dem das schädigende Ereignis seinen Ausgang nahm“.²⁸ Als kartelldeliktsrechtliche Handlungsorte kommen danach insbesondere der Ort, an dem die Kartellabsprachen getroffen wurden und der Ort, an dem die Kartellmitglieder die Absprachen unternehmensintern und/oder gegenüber ihren Abnehmern umgesetzt haben, in Betracht.²⁹ Insgesamt scheint es sachgerecht, bei Kartellverstößen zumindest den Ort des grundlegenden kick-off meetings, den Ort, an dem die Kartellabsprachen grundlegend konzipiert und/oder implementiert wurden, sowie den Ort, an dem Kartelltreffen regelmäßig stattgefunden haben, als Handlungsort anzuerkennen, selbst wenn dies zu einer Vielzahl von Gerichtsständen führt. Denn schließlich waren es

die Kartellmitglieder, die diese Vielzahl von Handlungsorten durch einen bewussten und häufig über einen langen Zeitraum andauernden Rechtsverstoß herbeigeführt haben.

Der *Erfolgort* ist nach dem Gerichtshof der „Ort der Verwirklichung des Schadenserfolges“.³⁰ Dabei sind nur Primärschäden zu berücksichtigen, bloße Folgeschäden genügen nicht. Im Kartelldeliktsrecht besteht der Primärschaden insbesondere in dem Vermögensverlust durch Zahlung eines kartellbedingt überhöhten Preises. In zwei deutschen Urteilen finden sich zum kartelldeliktsrechtlichen Erfolgsort interessante Ausführungen. So hat das LG Dortmund³¹ im Fall *Vitaminkartell* seine örtliche Zuständigkeit am Sitz der Klägerin wie folgt begründet: „Bei einer auf Ersatz von Vermögensschäden gerichteten Klage fallen der zuständigkeitsbegründende Erfolgsort als der Ort der Verletzung des Rechtsguts mit dem Schadensort zusammen, wenn Erfolg und Schaden in der Beeinträchtigung des Vermögens liegen.“ Das LG Düsseldorf³² begründete im Fall *Zementkartell* seine örtliche Zuständigkeit nach § 32 ZPO mit dem Hinweis, dass „der Erfolgsort der Ort sei, an dem das geschützte Rechtsgut beeinträchtigt wird, also der Ort, an dem sich die behauptete Wettbewerbsbeschränkung auswirkt.“ Danach können Kartellmitglieder vor jedem Gericht verklagt werden, an dem sich die Kartellabsprachen in Form eines direkten Vermögensschadens ausgewirkt haben.³³

III. Gerichtsstand der Streitgenossenschaft (Art. 6 Nr. 1 EuGVO)

Aus strategischer Sicht kann es Sinn ergeben, mehrere Kartellmitglieder gemeinsam zu verklagen. Hierfür können beispielsweise die Vermeidung von Insolvenzrisiken oder die Möglichkeit separater Vergleichsabschlüsse sprechen. Art. 6 Nr. 1 EuGVO ermöglicht, mehrere Kartellmitglieder vor dem Gericht des Ortes zu verklagen, an dem einer der Beklagten seinen Sitz hat. Voraussetzung ist das Bestehen eines hinreichend engen Sachzusammenhangs. Bei einer gesamtschuldnerischen Haftung wegen gemeinsamen Verstoßes gegen das Kartellverbot sind diese Voraussetzungen quasi exemplarisch erfüllt³⁴:

23 Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates v. 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. v. 12.1.2001, L 12/1 ff.

24 Dass Kartellmitglieder als Gesamtschuldner haften (in Deutschland nach §§ 33 Abs. 3, 1 BGB (Art. 101 AEUV) i.V.m. §§ 830 Abs. 1 S. 1, 840 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 421 ff. BGB) ist allgemeine Meinung, siehe zu § 33 GWB BRG-Begr., BT-Drucks. 2/1158, 44; Roth, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 1999, § 33 GWB Rz. 139; Rehbinder, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, 2009, § 33 GWB Rz. 34; Bechtold, in: Bechtold, GWB, 2008, § 33 GWB Rz. 22; ausführlich Krüger, Kartellregress, S. 24 ff. m.w.N.

25 Allgemeine Meinung, s. BGH, RIW 1988, 397, 398; Ashton/Vollrath, ZWeR 2006, 1, 4; Hess, Europäisches Zivilprozessrecht, 2010, § 6 II Rz. 67.

26 Grundlegend EuGH, Rs. C-21/76, Slg. 1976 I-1735, Rz. 15 – Bier/Mines de Potasse d’Alsace. Ausführlich zur Rechtsprechung des Gerichtshofs vgl. Hess, Europäisches Zivilprozessrecht, 2010, § 6 II Rz. 66 ff.

27 Vgl. Hess, Europäisches Zivilprozessrecht, 2010, § 6 II Rz. 70.

28 EuGH, Rs. C-18/02, Slg. 2004 I-1417, Rz. 41 – DFDS Torline; EuGH, Rs. C-68/93, Slg. 1995 I-415, Rz. 24 – Shevill.

29 Vgl. Mankowski, RIW 2008, 177, 191; Scholz/Rixen, EuZW 2008, 327, 331.

30 EuGH, Rs. C-21/76, Slg. 1976 I-1735, Rz. 15 – Bier/Mines de Potasse d’Alsace.

31 LG Dortmund, EWS 2004, 434, 435 – Vitaminkartell.

32 LG Düsseldorf, WuW/E DE-R 1948, 1949 – Zementkartell.

33 Dieser Ort wird teilweise definiert als der Ort, wo der Abnehmer nicht mehr selbstständig am Markt teilnehmen kann, da er dem Angebot der Kartellmitglieder gegenübersteht (sog. Marktort), vgl. Bult, EWS 2004, 403, 406; von Hein, IPrax 2005, 17, 22. Andere stellen auf den Ort ab, an dem das konkrete Vermögensinteresse des Geschädigten beeinträchtigt wird, vgl. Misch, IPrax 2005, 509, 516.

34 So bereits Ashton/Vollrath, ZWeR 2006, 1, 9 f.

- die Klagen beruhen auf einem einheitlichen Rechtsgrund in Form eines gemeinschaftlichen Verstoßes gegen dieselbe Verbotsnorm (zum Beispiel Art. 101 AEUV),
- die Klagen beziehen sich auf denselben Sachverhalt in Form derselben Kartellabsprachen, und
- die Klagen hängen von der Entscheidung gemeinsamer Vorfragen ab, insbesondere dem Bestehen eines durch den gemeinsamen Kartellrechtsverstoß kausal verursachten Schadens.

Der europäische Gesetzgeber hat die besondere Bedeutung des Art. 6 Nr. 1 EuGVO speziell für Kartelldeliktssklagen explizit anerkannt. So enthält Art. 6 Abs. 3 lit. b) der Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II-Verordnung“)³⁵ eine spezielle Kollisionsnorm für Kartellschadenersatzklagen. Diese behandelt ausdrücklich die Klage von Kartellgeschädigten gegen mehrere Kartellanten am allgemeinen Gerichtsstand eines Beklagten (sprich im Gerichtsstand des Art. 6 Nr. 1 EuGVO) und ermöglicht eine einheitliche Anknüpfung des anwendbaren Deliktsrechts an die *lex fori*, um so die gemeinsame Rechtsverfolgung zu erleichtern.³⁶ Diese Vorschrift verdeutlicht die Einschlägigkeit des Art. 6 Nr. 1 EuGVO für Kartelldeliktssklagen. Somit kann das Unternehmen im Ausgangsfall alle Kartellmitglieder zusammen am Gerichtsstand eines der Adressaten der Verbotsentscheidung verklagen.

IV. Zuständigkeit am Sitz von Tochterunternehmen eines Kartellmitglieds?

Im Zusammenhang mit Art. 2 Abs. 1 und 6 Nr. 1 EuGVO stellt sich darüber hinaus die Frage, ob eine Klage gegen eine Mehrzahl von Kartellmitgliedern auch am Sitz der Tochtergesellschaft eines der Kartellmitglieder als Ankerbeklagte anhängig gemacht werden kann, obwohl das Tochterunternehmen selbst nicht Adressat der Bußgeldentscheidung war. Diese Frage lag der Entscheidung des englischen High Court in der Sache *Cooper Tire*³⁷ zugrunde. Der High Court bejahte das Vorliegen einer Konnexität i.S.d. Art. 6 Nr. 1 EuGVO zumindest dann, wenn die Tochtergesellschaft das kartellierte Produkt verkauft und hierdurch die Kartellabsprachen in der Praxis umgesetzt hat. Im Juli 2010 hat der englische Court of Appeal diese Interpretation bestätigt.³⁸ Dabei hielt der Court of Appeal die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur (einheitlichen) kartellrechtlichen Haftung der Unternehmensgruppe nach Art. 101 AEUV³⁹ auch für die Zurechnung im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 und Art. 6 Nr. 1 EuGVO für maßgeblich. Die Rechtsprechung der englischen Gerichte seit dem Urteil *Provimi*⁴⁰ hat in der Praxis dazu geführt, dass vermehrt kartellrechtliche Schadenersatzklagen in England anhängig gemacht werden, selbst wenn keines der Kartellmitglieder seinen Sitz in England hat. So hat sich England inzwischen als eine „preferred jurisdiction“, insbesondere von auf Schadenersatzklagen spezialisierten US-Kanzleien, herauskristallisiert. Ob dies die tatsächlich vorteilhafteste Lösung ist, sollte jeder Geschädigte im Einzelfall genau überprüfen.

D. Das anwendbare Prozessrecht

Das anwendbare Prozessrecht ist die *lex fori*. Falls im Einzelfall alternative Gerichtsstände bestehen, sollte die Auswahl

des angerufenen Gerichts daher unter Abwägung der möglichen Vor- und Nachteile der einschlägigen Rechtsordnungen erfolgen.

I. Allgemeine prozessrechtliche Erwägungen

Bei der Wahl zwischen alternativen Gerichtsständen sind aus Geschädigtensicht folgende Kriterien von besonderer Bedeutung:

- *Die allgemeine Effizienz und Zuverlässigkeit des Rechtssystems:* Die Erhebung einer kartellrechtlichen Schadenersatzklage macht aus Geschädigtensicht nur Sinn, wenn das zuständige Gericht in der Lage ist, den häufig komplexen Prozess frei von äußeren Einflüssen innerhalb einer akzeptablen Zeit abzuschließen. Angesichts der sehr spezifischen rechtlichen und ökonomischen Fragen ist es dabei grundsätzlich vorteilhaft, wenn nach dem nationalen Zivilprozessrecht ein besonders qualifiziertes Gericht für die Klage zuständig ist.⁴¹
- *Kosten:* Kartellrechtliche Schadenersatzklagen sind häufig umfangreich und potentiell von langer Dauer. Entsprechend hoch ist das Kostenrisiko. Dies gilt insbesondere, wenn mehrere Kartellmitglieder verklagt werden. Denn neben Gerichtskosten sind die Kosten für die eigene Rechtsvertretung sowie die im Falle eines Unterliegens zu erstattenden Kosten der Gegenseite zu berücksichtigen.⁴²
- *Beweisgrundsätze:* Die Beweislast für das Vorliegen eines Schadenersatzanspruches liegt in allen Rechtsordnungen grundsätzlich beim Kläger. Aufgrund der geheimen Natur

35 Verordnung (EC) 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rats v. 11.7.2007 über auf das auf die außervertraglichen Schuldverhältnisse anwendbare Recht, ABl. EG Nr. L 199/40 v. 11.7.2007.

36 Die Vorschrift lautet: „a) Auf außervertragliche Schuldverhältnisse aus einem den Wettbewerb einschränkenden Verhalten ist das Recht des Staates anzuwenden, dessen Markt beeinträchtigt ist oder wahrscheinlich beeinträchtigt wird.“

b) Wird der Markt in mehr als einem Staat beeinträchtigt oder wahrscheinlich beeinträchtigt, so kann ein Geschädigter, der vor einem Gericht im Mitgliedstaat des Wohnsitzes des Beklagten klagt, seinen Anspruch auf das Recht des Mitgliedstaats des angerufenen Gerichts stützen, sofern der Markt in diesem Mitgliedstaat zu den Märkten gehört, die unmittelbar und wesentlich durch das den Wettbewerb einschränkende Verhalten beeinträchtigt sind, das das außervertragliche Schuldverhältnis begründet, auf welches sich der Anspruch stützt; klagt der Kläger gemäß den geltenden Regeln über die gerichtliche Zuständigkeit vor diesem Gericht gegen mehr als einen Beklagten, so kann er seinen Anspruch nur dann auf das Recht dieses Gerichts stützen, wenn das den Wettbewerb einschränkende Verhalten, auf das sich der Anspruch gegen jeden dieser Beklagten stützt, auch den Markt im Mitgliedstaat dieses Gerichts unmittelbar und wesentlich beeinträchtigt.“

37 High Court, [2009] EWHC 2609 (Comm.) – *Cooper Tire & Rubber Company and others v. Shell Chemicals UK Limited and others*.

38 Court of Appeal, Case: A3/2009/2487 and A3/2009/2489 – *Cooper Tire and Rubber Company Ltd. and others v. Dow Deutschland Inc and others*.

39 EuGH, Rs. C-97/08 P, Slg. 2009 I-8237, Rz. 5 4 ff. – *Akzo Nobel/Kommission*.

40 High Court [2003] EWHC 961 (Comm) – *Provimi Limited v Roche Products Ltd.*

41 In Schweden ist beispielsweise das spezialisierte Bezirksgericht Stockholm für alle kartellrechtlichen Schadenersatzklagen zuständig. In Großbritannien ist das spezialisierte „Competition Appeal Tribunal“ für Kartellschadenersatzklagen zuständig. Daneben besteht die Möglichkeit der Klageerhebung bei der ebenfalls auf Kartellsachen spezialisierten „Chancery Division“ des High Court. In Deutschland ist die Zuständigkeit für Kartellsachen i.d.R. durch Landesrecht bei spezialisierten Kammern bzw. Senaten der Landes- und Oberlandesgerichte konzentriert. Eine – allerdings nicht mehr aktuelle – Übersicht der einschlägigen nationalen Vorschriften findet sich in der *Ashurst-Studie* (Fußnote 1).

42 Die zu entrichtenden Gerichtskosten weichen von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat voneinander ab. So sind in Frankreich und Luxemburg grundsätzlich keine Gerichtskosten zu entrichten. In den meisten anderen Mitgliedstaaten richtet sich der Umfang der Gerichtskosten nach dem Streitwert. In einigen Mitgliedstaaten gibt es aus Klägersicht Obergrenzen und Ausnahmen. So müssen in Spanien Privatpersonen oder Unternehmen mit einem Umsatz von weniger als 6 Millionen Euro keine Gerichtskosten entrichten. In den Niederlanden gibt es eine Obergrenze für Gerichtskosten von 4535 Euro. Eine – allerdings nicht mehr aktuelle – Übersicht der einschlägigen nationalen Vorschriften findet sich in der *Ashurst-Studie* (Fußnote 1).

von Kartellabsprachen stehen Kläger jedoch regelmäßig vor Beweisschwierigkeiten. Daher sind Beweiserleichterungen der *lex fori* von erheblicher Bedeutung. So gibt es in einigen EU-Mitgliedstaaten einschlägige gesetzliche Vermutungsregeln. Ein interessantes Beispiel ist Ungarn. Dort besteht eine widerlegbare gesetzliche Vermutung, dass Kartelle zu einer künstlichen Preiserhöhung von 10% führen.⁴³ Auch Anscheins- oder *prima facie*-Beweise sind in den meisten Rechtsordnungen anerkannt. Richter können somit auf Grundlage der allgemeinen Erfahrungsgrundsätze oder ihrer besonderen Marktkenntnis einem Handeln bestimmte typische Folgen zuordnen.⁴⁴ Schließlich ist das Institut der sekundären Darlegungs- und Beweislast zu beachten. In Deutschland beispielsweise darf sich der Beklagte nicht auf einfaches Bestreiten zurückziehen, wenn der grundsätzlich darlegungsbelastete Kläger keine Kenntnis von den erheblichen Tatsachen hat, der Beklagte aber über die notwendigen Kenntnisse verfügt und ihm Angaben zumutbar sind.⁴⁵

II. Zugang zu Beweismitteln

Aufgrund der bestehenden Beweisasymmetrie ist für Geschädigte der Zugang zu Beweismitteln von fundamentaler Bedeutung.⁴⁶ So bestehen im angelsächsischen Rechtsraum weitgehende *disclosure*-Rechte. In England beispielsweise sind die Parteien eines Rechtsstreits verpflichtet, der Gegenpartei alle Dokumente offenzulegen, die für den Rechtsstreit relevant sind. Neben den Dokumenten, auf die sich die Parteien ausdrücklich beziehen sind auch Dokumente umfasst, welche die Rechtsposition der Gegenseite positiv oder negativ beeinträchtigen können. Im Zusammenspiel mit dem Einwand der Schadensabwälzung (*passing-on defence*, hierzu unten E.IV.) können die *discovery*-Rechte jedoch dazu führen, dass auch der Kläger den Beklagten umfangreich Zugang zu internen Dokumenten geben muss. In den übrigen Mitgliedstaaten besteht zwar kein Anspruch auf gegenseitige Offenlegung von relevanten Unterlagen zwischen den Parteien, aber die zuständigen Gerichte können die Vorlage von sich im Besitz der Beklagten befindlichen Dokumenten und Beweismitteln gerichtlich anordnen. Dies passiert in der Regel auf Antrag des Klägers, kann aber auch *ex officio* geschehen. In Deutschland beispielsweise besteht die Möglichkeit der Anordnung der Vorlage von Unterlagen und Urkunden nach § 142 ZPO und § 421 ZPO. Neben diesen prozessualen Instrumenten steht Klägern in Deutschland im Rahmen von Kartellschadenersatzklagen auch ein materiell-rechtlicher Auskunftsanspruch aufgrund von Treu und Glauben (§ 242 BGB) zu.⁴⁷

III. Bindungswirkung der Entscheidungen von Kartellbehörden

Hinsichtlich des Nachweises des Kartellrechtsverstößes können sich Geschädigte auf die den Verstoß feststellenden Entscheidungen der Kommission sowie nationaler Kartellbehörden stützen. Nach Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 sind Entscheidungen der Kommission für nationale Gerichte bindend.⁴⁸ In Deutschland haben darüber hinaus nach § 33 Abs. 4 GWB auch die bestandskräftigen Entscheidungen nationaler Kartellbehörden Bindungswirkung.⁴⁹ Diese Vorschriften führen zu einer spürbaren Verringerung der Prozessrisiken bei sog. *follow-on*-Klagen. Die gesetzlich verankerte Bindungswirkung von behördlichen Verbotsentscheidungen und

die relative Vielzahl kartellbehördlicher Bußgeldentscheidungen sind die Hauptursache dafür, dass es in Europa im Vergleich zu den USA nur wenige sog. *stand-alone*-Schadenersatzklagen gibt.

IV. EU-rechtskonforme Auslegung der nationalen Verfahrensvorschriften

Das nationale Prozessrecht gilt nicht unbegrenzt. Die prozessualen Vorschriften unterliegen dem primärrechtlichen Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz.⁵⁰ So muss ein nationales Gericht möglicherweise nationale prozessrechtliche Vorschriften restriktiv interpretieren, um eine effektive Durchsetzung des EU-rechtlichen Schadenersatzanspruches zu gewährleisten. Andererseits hat es für den Kläger günstige nationale Verfahrensvorschriften auch dann anzuwenden, wenn dies nicht ausdrücklich für Schadenersatzklagen wegen Verstoßes gegen EU-Kartellrecht vorgesehen ist. Entsprechend hat der Gerichtshof entschieden, dass, wenn die Beweislast für das Vorliegen eines Verstoßes gegen EU-Wettbewerbsrecht eine Person trifft, die nicht über die zum Beweis erforderlichen Daten und Unterlagen verfügt, ein nationaler Richter alle ihm nach nationalem Recht zur Verfügung stehenden Verfahrensmaßnahmen auszuschöpfen hat, einschließlich der Anordnung der Vorlage von Urkunden oder Schriftstücken durch die Gegenpartei oder einen Dritten.⁵¹

E. Materielles Schadenersatzrecht

Inhalt und Umfang des kartellrechtlichen Schadenersatzanspruches richtet sich nach den materiellen Voraussetzungen des anwendbaren nationalen Rechts.

I. Anwendbares Recht

Für Verstöße bis zum 11.1.2009 richtet sich die Bestimmung des anwendbaren Rechts nach dem internationalen Privatrecht (IPR) des Forumstaates. Im Kartelldeliktsrecht ist dabei das Deliktstatut maßgeblich. In Deutschland richtet sich das anwendbare Recht beispielsweise nach Art. 40 EGBGB.⁵² Die Vorschrift verweist grundsätzlich auf das Recht des Handlungsortes, falls nicht der Geschädigte das Recht des Erfolgsortes wählt. Ähnliche Vorschriften finden sich in den Rechtsordnungen der anderen EU-Mitgliedstaaten. Mit Wirkung zum 11.1.2009 wurden die Kollisionsregeln für außervertragliche Schuldverhältnisse in der Rom II-Verordnung vereinheitlicht.⁵³ In der Verordnung findet sich mit Art. 6

43 Ausführlich zu kartellrechtlichen Schadenersatzklagen nach ungarischem Recht vgl. Nagy, WuW 2010, 902 ff.

44 So ist beispielsweise nach dem BGH nach ökonomischen Grundsätzen mit einer hohen Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass kartellrechtswidrige Preis- bzw. Quotenabsprachen ein überhöhtes Preisniveau nach sich ziehen, vgl. BGH, WuW/E DE-R 1567, 1569 – Berliner Transportbeton I.

45 Vgl. BGH, NJW 2008, 982, 984 m.w.N.

46 Eine – allerdings nicht mehr aktuelle – Übersicht der einschlägigen nationalen Vorschriften findet sich in der *Ashurst-Studie* (Fußnote 1).

47 Vgl. *Bornkamm*, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 2006, § 33 GWB Rz. 110 m.w.N.

48 Diese Vorschrift geht zurück auf EuGH, Slg. 2000 I-11369 – *Masterfoods*.

49 Vgl. *Bornkamm*, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 2006, § 33 GWB Rz. 112 ff. Danach begegnet die Tatbestandswirkung insbesondere unter dem Gesichtspunkt der richterlichen Unabhängigkeit keinen Bedenken.

50 EuGH, Rs. C-295/04, Slg. 2006 I-6619, Rz. 62 – *Manfredi*.

51 So EuGH, Rs. C-526/04, Slg. 2006 I-7529, Rz. 55 – *Laboratoires Boiron*.

52 Art. 40 EGBGB hat aufgrund des Gesetzes zum IPR für außervertragliche Schuldverhältnisse und für Sachen v. 21.5.1999 (BGBl. I, 1026) den bisherigen Art. 38 EGBGB alte Fassung abgelöst.

53 Verordnung (EG) 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rats v. 11.7.2007 über auf das auf die außervertraglichen Schuldverhältnisse anwendbare Recht, ABl. EG Nr. L 199/40 v. 11.7.2007.

Abs. 3 eine Sonderkollisionsnorm für kartellrechtliche Schadenersatzklagen. Danach ist grundsätzlich das Recht des Staates anzuwenden, dessen Markt beeinträchtigt ist. Falls die Wettbewerbsbeschränkung sich in mehreren Mitgliedstaaten auswirkt, kann ausschließlich das Heimatrecht des angerufenen Gerichts Anwendung finden. Voraussetzung ist, dass der Markt im Forumstaat zu den Märkten gehört, die unmittelbar und wesentlich beeinträchtigt sind. Diese lex fori-Regel hat den Vorteil, dass das zuständige Gericht einheitlich nach dem ihm vertrauten Recht entscheiden kann.

II. Anspruchsgrundlage

Wie dargestellt garantiert die volle Wirksamkeit von Art. 101 und 102 AEUV nach *Courage*⁵⁴ und *Manfredi*⁵⁵ ein individuelles Recht auf Schadenersatz. Dieser Anspruch ist somit unmittelbar im EU-Recht verankert. Hierauf hat auch die Kommission in ihrem „Weißbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts“ hingewiesen: „Der Anspruch von Geschädigten auf Schadenersatz ist, wie der Europäische Gerichtshof 2001 und 2006 bekräftigte, im Gemeinschaftsrecht verankert“.⁵⁶ Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist das Bestehen des unionsrechtlichen Schadenersatzanspruches dabei an drei Bedingungen geknüpft:

- dem Vorliegen eines Verstoßes gegen Art. 101 oder 102 AEUV,
- dem Vorliegen eines Schadens und
- dem Bestehen eines Kausalzusammenhangs zwischen Verstoß und Schaden.

Neben dieser primärrechtlichen Anspruchsgrundlage existieren in allen Mitgliedstaaten subsidiär auch nationale Anspruchsgrundlagen.⁵⁷ Teilweise gibt es spezifische Vorschriften für kartellrechtliche Schadenersatzansprüche, beispielsweise § 33 Abs. 3 GWB. Teilweise ist auf allgemeine Anspruchsgrundlagen aus dem Deliktsrecht i.V.m. Art. 101 oder Art. 102 AEUV zurückzugreifen. Die nach diesen Vorschriften zu erfüllenden Tatbestandsvoraussetzungen sind in der Regel deckungsgleich mit den vom Gerichtshof aufgestellten Bedingungen. Aufgrund des Vorrangs des Unionsrechts darf das nationale Recht keine weitergehenden Bedingungen oder Ausnahmen enthalten, welche die Anspruchsbeurteilung ausschließen.⁵⁸

Hinsichtlich der Tatbestandsmerkmale „Schadenseintritt“ und „Kausalität“ sind prozessuale Anscheinsbeweise von großer Bedeutung. Der Gerichtshof hat bereits in seinem *Zement*-Urteil allgemein festgestellt, dass Kartellabsprachen für Abnehmer in der Regel unmittelbar höhere Preise und eine geringere Angebotsvielfalt zur Folge haben.⁵⁹ Auch nach dem BGH ist mit hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass kartellrechtswidrige Preis- bzw. Quotenabsprachen ein überhöhtes Preisniveau nach sich ziehen.⁶⁰ Das OLG Düsseldorf⁶¹ und das KG⁶² haben diese Vermutungsregel auch im Rahmen von kartellrechtlichen Schadenersatzklagen angewandt. Entsprechende Annahmen finden sich auch in Entscheidungen italienischer⁶³ und spanischer⁶⁴ Gerichte.

III. Umfang des Schadenersatzanspruchs

Der Gerichtshof geht in seiner Rechtsprechung vom Prinzip der vollständigen Entschädigung aus.⁶⁵ Der unionsrechtliche Schadenersatzanspruch umfasst danach folgende Positionen:

- den Ersatz des eigentlichen Vermögensschadens, also des kartellbedingten Aufpreises,
- den Ersatz des entgangenen Gewinns, also typischerweise des Gewinns, den der Abnehmer beim Verkauf zusätzlicher Mengen erzielt hätte,
- sowie den Anspruch auf Zahlung von Zinsen ab Schadenseintritt.

Der EU-rechtliche Schadenersatzanspruch umfasst daher grundsätzlich nicht den beispielsweise aus den USA bekannten Dreifachschadenersatz (sog. treble damages). Falls Mitgliedstaaten allerdings einen Strafschadenersatz (oder andere besondere Formen von Schadenersatz) bei Verstößen gegen nationales Kartellrecht vorsehen, müssen die zuständigen Gerichte diese aufgrund des Äquivalenzprinzips auch auf Verstöße gegen Art. 101 und 102 AEUV anwenden.⁶⁶ EU-Recht steht weitergehenden nationalen Schadenersatzvorschriften zu Abschreckungszwecken demnach nicht entgegen.

In der Praxis ist der Nachweis von Vermögensschaden und entgangenem Gewinn der wohl aufwendigste Teil einer kartellrechtlichen Schadenersatzklage. Es liegt in der Natur von Kartell- und Missbrauchsfällen, dass die Schadensermittlung auf einer hypothetischen Analyse beruht. In der Regel ist eine ökonomische Untersuchung auf Grundlage der vorhandenen Markt- und Transaktionsdaten erforderlich. Eine „best practice“ hat sich insofern in Europa noch nicht herausgebildet. Die Kommission hat allerdings im Januar 2010 eine Studie mit nicht-verbindlichen Hilfestellungen für die Schadensquantifizierung im Rahmen kartellrechtlicher Schadenersatzklagen veröffentlicht.⁶⁷

54 EuGH, Rs. C-453/99, Slg. 2001 I-6297, Rz. 24 ff. – *Courage*.

55 EuGH, Rs. C-295/04 u.a., Slg. 2006 I-6619, Rz. 61 – *Manfredi*.

56 Weißbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, KOM(2008) 165 endg., S. 2; vgl. *Commission Staff Working Paper* accompanying the White Paper on damage actions for breach of the EC antitrust rules, SEC (2008) 404, S. 90, Rz. 308 f.; *Commission Staff Working Document* accompanying the White Paper on damage actions for breach of the EC antitrust rules, SEC (2008) 404, S. 22, Rz. 58 („*Victims of infringements of EC competition law have a right to compensation conferred upon by the EC Treaty*...“ – Übersetzung: „Opfer eines Verstoßes gegen EG-Kartellrecht haben ein durch den EG-Vertrag verliehenes Recht auf Schadenersatz“); alle vorgenannten Dokumente abrufbar unter: <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html#link1> (Stand: 22.11.2010).

57 Eine – allerdings nicht mehr aktuelle – Übersicht der einschlägigen nationalen Anspruchsgrundlagen findet sich auf den Seiten 27 bis 30 der „Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules. Part I: Comparative Report“, *Ashurst-Studie* (Fußnote 1).

58 So auch *Becker*, „Schadenersatzklagen bei Verstoß gegen das Kartell- und Missbrauchsverbot“, in: *Augenhöfer* (Hrsg.), *Die Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts*, 2009, 15, 19.

59 EuGH, Rs. C-204/00 P u.a., Slg. 2004 I-123, Rz. 53 – *Zement*.

60 BGH, WuW/E DE-R 1567, 1569 – *Berliner Transportbeton I*.

61 OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 2311, 2317 – *Zementkartell*.

62 KG, WuW/E DE-R 2773, 2776 – *Berliner Transportbeton*.

63 Suprema Corte di Cassazione, Sezione III civile, Urt. v. 2.2.2007, n. 2305/07.

64 Audiencia Provincial Sección N. 3 Valladolid, Urt. v. 9.10.2009, Sentencia 261/2009.

65 EuGH, Rs. C-295/04 u.a., Slg. 2006 I-6619, Rz. 61 – *Manfredi*.

66 EuGH, Rs. C-295/04 u.a., Slg. 2006 I-6619, Rz. 93 – *Manfredi*.

67 *Oxera* and a multijurisdictional team of lawyers „Quantifying antitrust damages, towards non-binding guidance for courts“, Studie für die Europäische Kommission, veröffentlicht am 19.1.2010, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html> (Stand: 22.11.2010).

Deutsche Gerichte unter Einschluss des BGH haben sich bereits klar positioniert und stellen zur Schadensermittlung zuvorderst auf das sog. Vergleichsmarktkonzept ab.⁶⁸ Dabei ist der hypothetische Wettbewerbspreis unter Bezugnahme auf zeitliche, geografische und/oder sachliche Vergleichsmärkte zu ermitteln. Dies erscheint sachgerecht, weil der hypothetische Wettbewerbspreis so auf der Grundlage existierender Marktdaten bestimmt werden kann. Aufgrund des Effektivitätsgrundsatzes dürfen allerdings keine prohibitiv strengen Anforderungen an die Genauigkeit der Bezifferung des Schadens gestellt werden. Sieht ein Mitgliedstaat beispielsweise keine Möglichkeit einer approximativen und generellen Berechnung der Schadenshöhe vor, kann dies die Ausübung des Schadenersatzanspruches übermäßig erschweren oder unmöglich machen.⁶⁹ In Deutschland haben das LG Dortmund im Fall *Vitamine*⁷⁰ und das KG im Fall *Transportbeton*⁷¹ entsprechend auf eine marktübergreifende Durchschnittsbeurteilung abgestellt. Das KG stützte sich dabei im Wege des Anscheinsbeweises auf die Annahme, „dass bei einem funktionierenden Marktmechanismus davon auszugehen ist, dass ein Anbieter zumindest von seinen Abnehmern in etwa gleiche Preise verlangt.“ In Deutschland ist darüber hinaus die Vorschrift des § 287 ZPO zu beachten. Danach hat das Gericht die Möglichkeit, nach freier Überzeugung die Höhe des geltend gemachten Schadenersatzanspruches zu schätzen. Dabei kann das Gericht nach § 33 Abs. 3 S. 3 GWB insbesondere den anteiligen Schädigergewinn berücksichtigen. Da es sich insofern um eine prozessuale Vorschrift handelt⁷², gilt sie auch für Schadenersatzansprüche, die materiell nicht dem deutschen Recht unterliegen, aber in Deutschland geltend gemacht werden.

IV. Einwand der Schadensabwälzung (passing-on defense)

Eines der im Kontext von kartellrechtlichen Schadenersatzklagen am intensivsten diskutierten Themen ist der Einwand der Schadensabwälzung (sog. passing-on defense). Dabei wendet ein beklagtes Kartellmitglied ein, dass der Kläger keinen oder einen geringeren Schaden erlitten hat, weil er den kartellbedingten Preisaufschlag ganz oder teilweise auf die nächste Marktstufe abgewälzt hat.⁷³ Während die Einwendung der Schadensabwälzung in den USA zumindest auf Bundesebene aus wettbewerbspolitischen Erwägungen grundsätzlich nicht anerkannt wird⁷⁴, ist die Lage in Europa uneinheitlich.

1. Vorschlag der Kommission

Die Kommission hat in ihrem Weißbuch vorgeschlagen, den Einwand der Schadensabwälzung grundsätzlich anzuerkennen.⁷⁵ Sie stellt aber auch die erheblichen praktischen Schwierigkeiten zum Nachweis der Schadensabwälzung über verschiedene Stufen einer Vertriebskette sowie die Gefahr heraus, dass dem Schädiger bei einem erfolgreichen Einwand der Schadensabwälzung und der gleichzeitig aufgrund von Beweisschwierigkeiten geringen Wahrscheinlichkeit erfolgreicher Klagen von Endabnehmern eine ungerechtfertigte Bereicherung zuteil würde. Als Lösung schlägt die Kommission eine widerlegliche Vermutungsregel vor, wonach sich indirekte Abnehmer darauf berufen können, dass der rechtswidrige Preisaufschlag in vollem Umfang auf sie abgewälzt wurde.⁷⁶ Eine solch allgemeine Vermutungsregel widerspricht aber

nicht nur der ökonomischen Realität, sondern auch dem Kompensationsgedanken des Kartellschadenersatzrechts.⁷⁷ Darüber hinaus führt die widerlegliche Vermutung zu potentiellen Konflikten zwischen Klagen direkter und den möglicherweise über mehrere Abnehmerstufen und in verschiedenen Jurisdiktionen anhängig gemachten Klagen indirekter Abnehmer. Diese Konflikte könnte ein Gericht selbst durch ein umfangreiches Fallmanagement kaum zu einem vernünftigen Ausgleich bringen.

2. Situation in Deutschland

Das einzige Land mit einer spezifischen gesetzlichen Vorschrift zum Problem der Schadensabwälzung ist, soweit erkennbar, Deutschland. Nach § 33 Abs. 3 S. 2 GWB „ist ein Schaden nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Ware oder Dienstleistung weiterveräußert wurde.“ Diese Vorschrift setzt ihrem Wortlaut nach zunächst voraus, dass der Schaden des Abnehmers bereits entstanden ist, sobald er mit dem Kartellmitglied den Bezug zu dem kartellbedingt überhöhten Preis vereinbart hat.⁷⁸ Damit ist der Schaden in Form der Differenz zwischen dem Wettbewerbspreis und dem vereinbarten Kartellpreis entstanden und kann allenfalls durch Vorteile ausgeglichen werden, die sich zu einem späteren Zeitpunkt noch ergeben können.⁷⁹ Die Vorschrift führt nach herrschender Meinung daher nicht zur Unanwendbarkeit des Abwälzungseinwands, sondern zur Anwendung der allgemeinen Regeln über den Vorteilsausgleich.⁸⁰ Ein solcher Vorteilsausgleich erfolgt nach ständiger Rechtsprechung des BGH⁸¹, wenn der Vorteil adäquat kausal verursacht wurde und die Anrechnung des Vorteils Sinn und Zweck der Schadenersatzpflicht entspricht. Den Nachweis, dass und in welchem Umfang der Geschädigte einen Nutzen gezogen hat

68 Vgl. BGH, Beschl. v. 19.6.2007 – KRB 12/07, Rz. 19 ff.; KG, WuW/E DE-R 2773, 2779 – Berliner Transportbeton; LG Dortmund, EWS 2004, 434, 435 – Vitaminkartell.

69 So auch die Kommission in ihrem Weißbuch zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, KOM(2008) 165 endg., S. 8.

70 LG Dortmund, EWS 2004, 434, 435 – Vitaminkartell.

71 KG, WuW/E DE-R 2773, 2779 – Berliner Transportbeton.

72 BGH, NJW 1988, 648; OLG Hamm, FamRZ 1987, 1307 f.; Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 2009, Rz. 2337 und 2276 m.w.N.

73 *Bulst*, „Zum Problem der Schadensabwälzung und seiner Analyse durch das KG in ‚Transportbeton‘“, in: *Möschel/Bien* (Hrsg.), Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadenersatzklagen?, 2010, 225, 226.

74 US Supreme Court, 392 U.S. 481 (1968) – Hanover Shoe; US Supreme Court, 431 US 720 (1977) – Illinois Brick Co v Illinois.

75 Weißbuch zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, KOM(2008) 165 endg., S. 9.

76 Weißbuch zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, KOM(2008) 165 endg., S. 9.

77 Kritisch auch *Bornkamm*, GRUR 2010, 501, 505.

78 Vgl. *Bornkamm*, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 2006, § 33 GWB Rz. 104; Die frühere Rechtsprechung des LG Mannheim (GRUR 2004, 182) und des OLG Karlsruhe (WuW/E DE-R, 1229), wonach der Geschädigte darlegen muss, dass es ihm nicht gelungen ist, den überhöhten Preis an seine Abnehmer weiterzugeben, ist mit der Regelung des § 33 Abs. 3 GWB gegenstandslos. Dies hat das OLG Karlsruhe unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung inzwischen ausdrücklich klargestellt, siehe OLG Karlsruhe, Urt. v. 11.6.2010, Geschäftsnr. 6 U 118/05 (Kart), S. 15. Dabei weist das OLG Karlsruhe darauf hin, dass dies bereits für vor Inkrafttreten des § 33 Abs. 3 S. 2 GWB entstandene Schadenersatzansprüche gelte. Eine ausführliche Darstellung der Hintergründe der Novellierung von § 33 GWB unter besonderer Berücksichtigung des Einwands der Schadensabwälzung findet sich in *Bulst*, Schadenersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht, 2006, 103 ff.

79 Vgl. *Bulst*, Schadenersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht, 2006, 116; *Bornkamm*, GRUR 2010, 501, 503; *Köhler*, GRUR 2004, 99, 102.

80 Vgl. *Bulst*, Schadenersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht, 2006, 117; *ders.*, „Zum Problem der Schadensabwälzung und seiner Analyse durch das KG in ‚Transportbeton‘“, in: *Möschel/Bien*, 225, 230; *Bornkamm*, GRUR 2010, 501, 503.

81 Vgl. BGHZ 77, 151; BGHZ 91, 206, 210; BGHZ 136, 52, 54.

und dass die beiden genannten Bedingungen vorliegen, hat der Schädiger zu erbringen.⁸²

Im Urteil *DARED*⁸³ hat das OLG Düsseldorf eine Kausalität zwischen kartellbedingt erhöhtem Einkaufspreis und einer möglichen Abwälzung des erlittenen Schadens grundsätzlich abgelehnt. Danach hänge es „ausschließlich von den Absatzbemühungen, der Kalkulation und vom geschäftlichen Erfolg der Klägerin [ab], ob und zu welchem Grad der überbeuerte Einkauf [...] kompensiert werden konnte“. Darüber hinaus ist nach der Rechtsprechung der deutschen Obergerichte die Vorteilsanrechnung aus wertenden Gesichtspunkten, insbesondere aufgrund der Abschreckungswirkung der Schadenersatzpflicht, grundsätzlich nicht geboten. So führt das KG im Urteil *Transportbeton*⁸⁴ aus: „Die Durchführung der Vorteilsausgleichung würde faktisch dazu führen, dass die Kartellmitglieder weder Schadenersatz gegenüber den Unternehmen der 2. Marktstufe noch gegenüber Unternehmen der 3. Marktstufe leisten“. Auch das OLG Karlsruhe lehnt in seinem Urteil *Selbstdurchschreibepapier* eine Anrechnung einer möglichen Schadensabwälzung im Rahmen des Vorteilsausgleichs grundsätzlich ab.⁸⁵ Unter Hinweis auf *Manfredi*⁸⁶ kommt das OLG Karlsruhe zu dem Ergebnis, dass „die Zulassung der passing-on defense [...] gerade unter dem vom Gerichtshof betonten Aspekt des Erfordernisses einer effektiven Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts verfehlt [wäre].“

Zur Frage des Verhältnisses zwischen den Schadenersatzansprüchen direkter und indirekter Abnehmer werden in der deutschen Rechtsprechung unterschiedliche Lösungsansichten vertreten. Nach dem KG besteht zwischen beiden Abnehmergruppen eine Gesamtgläubigerschaft nach § 428 BGB.⁸⁷ Dies habe zur Folge, dass jeder Anspruchsberechtigte die gesamte Leistung an sich verlangen könne. Den in der Regel klagenden direkten Abnehmern komme dabei eine „Verteilungsfunktion“ zu, die indirekten Abnehmer könnten nach § 430 BGB Ausgleich im Innenverhältnis verlangen. Diese Auffassung überzeugt nicht. Fraglich ist bereits, ob direkte und indirekte Abnehmer tatsächlich die für § 428 BGB erforderliche gleiche Leistung beanspruchen können.⁸⁸ Die „Verteilungsfunktion“ des direkten Abnehmers würde dazu führen, dass dieser eine fremde Forderung auf eigene Kosten und eigenes Risiko einklagen muss. Bei erfolgreicher Anspruchsdurchsetzung wäre er nach der Lösung des KG Folgeprozessen anderer potentiell Geschädigter ausgesetzt.⁸⁹ Der indirekte Abnehmer hingegen wäre mit dem Risiko der Insolvenz des direkten Abnehmers belastet.⁹⁰ Das OLG Karlsruhe geht in seinem Urteil *Selbstdurchschreibepapier* einen anderen Weg. Unter Hinweis auf den Ausschluss des Einwands der Schadensabwälzung will es der Inanspruchnahme des Kartelltäters auf mehrfachen Schadenersatz begegnen, indem es einen Schadenersatzanspruch nur den direkten Abnehmern zugesteht.⁹¹ Angesichts der Feststellung des Gerichtshofs in *Manfredi*, dass „jedermann“ Ersatz des ihm kausal verursachten Schadens verlangen kann, erscheint es allerdings problematisch, allen Folgeabnehmern die Anspruchsberechtigung von vornherein zu verweigern.⁹² Insgesamt sollten sich Lösungen des Abwälzungsproblems am unionsrechtlichen Ziel der Totalreparation der Geschädigten und nicht an der Vermeidung einer potentiellen Mehrfachhaftung der Schädiger orientieren. Schließlich haben letztere durch ihren Rechtsver-

stoß die Ursachen der dem Problem der Schadensabwälzung zugrunde liegenden Quantifizierungsschwierigkeiten gesetzt.⁹³

V. Zinsanspruch

Von besonderer Bedeutung für Geschädigte ist der Anspruch auf Zinsen, insbesondere bei lange fortdauernden oder lange zurückliegenden Kartellverstößen. Nach *Manfredi*⁹⁴ ist der Zinsanspruch „unerlässlicher Bestandteil der Entschädigung“, also unmittelbar Bestandteil des materiellen Schadenersatzanspruchs. Der primärrechtlich garantierte Anspruch auf vollständige Entschädigung umfasst also die Zahlung von Zinsen ab Schadenseintritt nach den anwendbaren nationalen Rechtsvorschriften.⁹⁵ Dabei ist nach *Marshall*⁹⁶ darauf zu achten, den „tatsächlichen“ Wert des Schadens zu ersetzen und zwar so, dass dieser Wert nicht durch Zeitablauf verringert ist. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Zinsberechnung in kartellrechtlichen Schadenersatzfällen ist daher der Zeitpunkt der Zahlung des kartellbedingt überhöhten Einkaufspreises.⁹⁷ Denn in diesem Moment entsteht der geldwerte Nachteil des Geschädigten, der gegen weiteren Wertverlust durch Inflation abgesichert werden muss.⁹⁸ Nationale Vorschriften sind entsprechend unionsrechtskonform auszulegen. In Deutschland wird dies für einen Verstoß gegen das unionsrechtliche Kartellverbot in § 33 Abs. 3 S. 4 GWB lediglich deklaratorisch bestätigt.

Hinsichtlich der Höhe des Zinsanspruchs hat der Gerichtshof keine Entscheidung getroffen. In den Urteilen *Manfredi* und *Marshall* hat er klargestellt, dass der Zinssatz „angemessen“ sein muss und die tatsächlich entstandenen Schäden in vollem Umfang ausgleichen müssen.⁹⁹ Was im Einzelfall angemessen ist, richtet sich grundsätzlich nach den Vorschriften des nationalen Rechts. Falls die nationalen Zinssätze zu niedrig sind, müssen sie entsprechend angepasst werden.

82 St. Rspr., vgl. BGHZ 136, 52, 54; BGHZ 77, 151, 154; BGHZ 8, 325, 328.

83 OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 2109 – DARED.

84 KG, WuW/E DE-R 2773, 2783 und 2785 – Berliner Transportbeton.

85 OLG Karlsruhe, Urt. v. 11.6.2010 – 6 U 118/05 (Kart), S. 16 (Umdruck).

86 EuGH, Rs. C-295/04 u.a., Slg. 2006 I-6619 – Manfredi.

87 KG, WuW/E DE-R 2773, 2783 – Berliner Transportbeton.

88 Ablehnend *Bornkamm*, GRUR 2010, 501, 505.

89 Vgl. *Bulst*, „Zum Problem der Schadensabwälzung und seiner Analyse durch das KG in ‚Transportbeton‘“, in: *Möschel/Bien*, 225, 256.

90 Vgl. *Bulst*, „Zum Problem der Schadensabwälzung und seiner Analyse durch das KG in ‚Transportbeton‘“, in: *Möschel/Bien*, 225, 258; *Bornkamm*, GRUR 2010, 501, 505.

91 OLG Karlsruhe, Urt. v. 11.6.2010 – 6 U 118/05 (Kart), S. 16 (Umdruck).

92 So auch *Becker*, Schadensersatzklagen bei Verstoß gegen das Kartell- und Missbrauchsverbot, in: *Augenhofer* (Hrsg.), 15, 19; *Bulst*, Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht, 2006, 249.

93 So auch *Bulst*, „Zum Problem der Schadensabwälzung und seiner Analyse durch das KG in ‚Transportbeton‘“, in: *Möschel/Bien*, 225, 247.

94 EuGH, Rs. C-295/04 u.a., Slg. 2006 I-6619, Rz. 97 – Manfredi unter Verweis auf EuGH, Rs. C-271/91, Slg. 1993 I-4367 – Marshall.

95 Vgl. *Becker*, Schadensersatzklagen bei Verstoß gegen das Kartell- und Missbrauchsverbot, in: *Augenhofer* (Hrsg.), 15, 20.

96 EuGH, Rs. C-271/91, Slg. 1993 I-4367, Rz. 31, 32 – Marshall.

97 So auch die Europäische Kommission, „Commission Staff Working Document accompanying the White Paper on damage actions for breach of the EC antitrust rules“, SEC(2008) 404, 57, Rz. 187 („The reference in *Manfredi* to the payment of interest should therefore be understood as covering the whole period from the time the damage occurred until the capital sum awarded is actually paid.“ Übersetzung: „Der Verweis in *Manfredi* auf die Zahlung von Zinsen muss daher so verstanden werden, dass der gesamte Zeitraum ab dem Zeitpunkt des Eintritts des Schadens bis zur Auszahlung der zugesprochenen Geldsumme umfasst ist.“)

98 Vgl. *Becker*, Schadensersatzklagen bei Verstoß gegen das Kartell- und Missbrauchsverbot, in: *Augenhofer* (Hrsg.), 15, 20.

99 EuGH, Rs. C-295/04 u.a., Slg. 2006 I-6619, Rz. 97 – Manfredi; EuGH, Rs. C-271/91, Slg. 1993, I-4367, Rz. 26 – Marshall.

VI. Verjährung

Die Verjährung des Schadenersatzanspruches wegen Verstoßes gegen das unionsrechtliche Kartellverbot richtet sich grundsätzlich nach nationalem Recht. Bei Anwendung und Auslegung der anwendbaren Vorschriften sind aber das Äquivalenz- und Effektivitätsgebot von besonderer Bedeutung. Nach den Vorgaben des Gerichtshofs in *Manfredi* bestehen insbesondere bei folgenden nationalen Verjährungsvorschriften Bedenken im Hinblick auf den Effektivitätsgrundsatz¹⁰⁰:

- Verjährungsfristen, die an der einzelnen Tatbestandsverwirklichung von Art. 101 oder 102 AEUV anknüpfen und zur Folge haben, dass die Verjährungsfrist abgelaufen ist, bevor die Zuwiderhandlung beendet wurde;
- sehr kurze Verjährungsfristen;
- Verjährungsfristen ohne Unterbrechungsmöglichkeit;
- Vorschriften, nach denen eine Verjährung möglich ist, ohne dass der Geschädigte Kenntnis von seiner Anspruchsberechtigung haben konnte.

Da es sich bei den Verjährungsvorschriften i.d.R. um materiell-rechtliche Regelungen handelt, muss ein Gericht unter Umständen die Verjährungsvorschriften eines anderen Mitgliedstaates unionsrechtskonform auslegen. Für die nach § 199 Abs. 1 BGB erforderliche Kenntnis vom Rechtsverstoß hat das KG¹⁰¹ klargestellt, dass es keinen Erfahrungsgrundsatz gibt, wonach der Inhalt von Pressemitteilungen stets zeitnah von den Betroffenen zur Kenntnis genommen wird. Im Hinblick auf eine grobe Fahrlässigkeit bestehe keine Pflicht, die Presse zu verfolgen. Dies gelte auch für Kaufleute und organschaftliche Vertreter von Handelsgesellschaften in Bezug auf unternehmensbezogene Wirtschaftsnachrichten.

Zu beachten ist auch das Zusammenspiel von Verjährungsfristen und Rechtsmitteln gegen kartellbehördliche Verbotensentscheidungen. In vielen Mitgliedstaaten führt die Einlegung von Rechtsmitteln zu einer Unterbrechung der Verjährungsfristen.¹⁰² Bei langen Verfahrensdauern können Schadenersatzklagen somit auch zu einem vergleichsweise späten Zeitpunkt noch wirksam anhängig gemacht werden. So wurde beispielsweise im Dezember 2009 eine follow-on-Klage gegen ein Mitglied des *Methionin*-Kartells vor dem Competition Appeal Tribunal in London eingereicht. Die der Klage zugrunde liegende Entscheidung der Kommission wurde mehr als sieben Jahre vorher, am 2.7.2002, erlassen.¹⁰³

F. Kollektive Rechtsschutzmechanismen

Unter Umständen können Kartellschadenersatzansprüche kollektiv geltend gemacht werden. Entscheidungsparameter im Hinblick auf ein mögliches kollektives Vorgehen sind aus Geschädigtensicht insbesondere laufende Geschäftsbeziehungen mit Lieferanten, Kostenrisiken und der Zugang zu Beweismitteln.

I. Opt-out-Sammelklage

Mit den USA vergleichbare opt-out-Sammelklagen gibt es bisher in Europa nicht. In Europa entstandene Schadenersatzansprüche fallen auch nicht in den Anwendungsbereich von US-Sammelklagen. Der US-Supreme Court hat in *Empa-*

*gran*¹⁰⁴ eine solche expansive Anwendung auf direkte Abnehmer außerhalb der USA ausdrücklich abgelehnt. Im Jahr 2009 entschied ein kalifornisches Gericht darüber hinaus, dass selbst europäische Tochterunternehmen von US-Konzernen trotz einer in den USA beschlossenen globalen Einkaufspolitik keine Schadenersatzansprüche in den USA geltend machen können.¹⁰⁵

II. Vorschläge der Kommission

Die Kommission hat in ihrem Weißbuch zwei kollektive Klagemechanismen vorgeschlagen¹⁰⁶:

- Verbandsklagen, die von qualifizierten Einrichtungen, zum Beispiel Verbraucherverbänden, für eine Gruppe bezeichneter oder identifizierbarer Einzelpersonen erhoben werden.
- Opt-in-Gruppenklagen, zu denen sich einzelne Opfer ausdrücklich zusammenschließen, um ihre jeweiligen Schadenersatzansprüche in einer einzigen Klage zusammenzufassen.

Aufgrund der starken Kritik, bei der insbesondere die Vorschläge zum kollektiven Rechtsschutz im Mittelpunkt standen¹⁰⁷, hat die Kommission ihren bereits formulierten Richtlinienvorschlag bisher nicht in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht. Vielmehr haben die Kommissare für Wettbewerb, Justiz und Verbraucherschutz ein erneutes gemeinsames Konsultationsverfahren zu kollektiven Rechtsschutzmechanismen angekündigt, das bis Februar 2011 abgeschlossen sein soll.¹⁰⁸

Auf nationaler Ebene gibt es im Bereich des Kartelldeliktsrechts bisher wenig Erfahrung mit kollektiven Rechtsschutzmechanismen. In Großbritannien versuchten die Kläger einer in London anhängig gemachten Schadenersatzklage im Fall *Air Cargo*, die dort vorgesehene Repräsentativklage denkbar weit auszulegen. Sie machen geltend, „alle direkten und indirekten Abnehmer von Luftfrachtleistungen, die durch künstlich überhöhte Preise geschädigt wurden“, zu repräsentieren. Der High Court lehnte die Klage als unzulässig ab.¹⁰⁹ Die Klasse der Kläger sei ohne Vorwegnahme der Hauptsache nicht bestimmbar. Außerdem bestünden Interessenkonflikte zwischen direkten und indirekten Abnehmern.

100 EuGH, Rs. C-295/04 u.a., Slg. 2006 I-6619, Rz. 79 – *Manfredi*; Europäische Kommission, „Commission Staff Working Document accompanying the White Paper on damage actions for breach of the EC antitrust rules“, SEC(2008) 404, 70, Rz. 23 ff.

101 KG, Urt. v. 1.10.2009 – 2 U 17/03 Kart, 10 – Berliner Transportbeton.

102 Für Deutschland siehe die Vorschrift des § 33 Abs. 5 GWB. Danach ist die Verjährung auch für die Dauer eines Gerichtsverfahrens gehemmt, das sich an das kartellbehördliche Verfahren anschließt, vgl. *Bornkamm*, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 2006, § 33 GWB Rz. 123.

103 Ent. COMP/37519, ABl. EG Nr. L 255/1 v. 8.10.2003.

104 *F. Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran S.A.*, 542 U.S. 155 (2004).

105 *Sun Microsystems Inc. v. Hynix Semiconductor Inc.*, 608 F. Supp.2d 1166 (N.D. Cal. 2009).

106 Weißbuch zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, KOM(2008) 165 endg., 4, 5.

107 Siehe beispielsweise *Clausnitzer*, EuZW 2009, 233 ff.

108 Siehe Rede des Kommissars für Wettbewerb, Joaquín Almunia, „Common standards for group claims across the EU“, University of Valladolid, School of Law, 15.10.2010, abrufbar unter <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/10/554&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> (Stand: 22.11.2010).

109 High Court – *Emerald Supplies v. British Airways plc.* [2009] EWHC 741d (Ch); bestätigt durch Court of Appeal [2010] EWCA Civ 1284.

Eine Reihe von EU-Staaten, beispielsweise Großbritannien, die Niederlande, Portugal, Italien und die skandinavischen Staaten, haben in den letzten Jahren Klageinstrumente für die kollektive Abwicklung von Massenschäden auf Verbraucherebene eingeführt.¹¹⁰ Diese basieren meist auf Repräsentativmodellen und sind auch grundsätzlich für kartellrechtliche Schadenersatzansprüche anwendbar. In der Praxis gibt es jedoch bisher sehr wenige Fälle. Beispielhaft zu nennen sind die Klage des englischen Verbraucherverbandes *Which?* wegen Preisabsprachen für Fußballtrikots und die Klage des französischen Verbraucherverbandes *Que choisir?* wegen Preisabsprachen im Mobilfunksektor. In Deutschland wurde ein kollektiver Klagemechanismus für kartellrechtliche Schadenersatzklagen im Rahmen der 7. GWB-Novelle diskutiert. Der Gesetzgeber hat bisher in Form des KapMUG¹¹¹ aber nur im Bereich des Anlegerschutzes ein entsprechendes Instrument eingeführt.

III. Marktlösung

Neben diesen prozessualen Instrumenten hat sich in den letzten Jahren ein als „Marktlösung“¹¹² bezeichnetes Modell entwickelt: die Bündelung von Schadenersatzansprüchen auf materiell-rechtlicher Ebene mittels Forderungskauf. Das Rechtsinstrument des Forderungskaufs ist in allen EU-Rechtsordnungen anerkannt. Es lässt sich auch auf den Erwerb kartellrechtlicher Schadenersatzansprüche übertragen. Ohne über die Wirksamkeit der einzelnen Abtretungen zu entscheiden, hat das OLG Düsseldorf die Zulässigkeit der auf diesem Modell beruhenden Klage der belgischen Cartel Damage Claims SA (CDC) bejaht.¹¹³ Im April 2009 hat der BGH dieses Urteil bestätigt.¹¹⁴ Eine solche Bündelung auf materiell-rechtlicher Ebene führt zu erheblichen Prozessökonomien und Skaleneffekten. Sie ermöglicht eine Bündelung von Schadenersatzansprüchen, auch wenn die lex fori keinen kollektiven Klagemechanismus vorsieht.¹¹⁵ Entsprechend heißt es in der gemeinsamen Stellungnahme des Bundesministerien für Wirtschaft, Justiz und Verbraucherschutz sowie des BKartA vom 14.7.2008 zum Weißbuch der Kommission: „Als ein ebenfalls in die Betrachtungen künftiger effizienter Rechtsgestaltung einzubeziehendes Modell erscheint die auf der Grundlage des geltenden Rechts bereits praktizierte Abtretung einzelner Schadenersatzansprüche an einen Dritten, der sein Geschäftsmodell auf deren kollektive Geltendmachung ausgerichtet hat.“¹¹⁶

G. Ergebnis

Im Ausgangsfall lassen sich die Handlungsalternativen für das durch das Kartell betroffene Unternehmen wie folgt zusammenfassen:

- Für eine mögliche Schadenersatzklage stehen eine Vielzahl alternativer Gerichtsstände offen. Neben den Gerichten am Sitz der Adressaten der Verbotsentscheidung sind unter Umständen auch Gerichte am Sitz von Tochtergesellschaften der Kartellmitglieder zuständig, obwohl diese nicht Adressaten der Entscheidung sind. Darüber hinaus bestehen Gerichtsstände am kartelldeliktsrechtlichen Handlungs- und Erfolgsort.
- Vor dem Hintergrund des anwendbaren Prozessrechts und materiellen Rechts sind strategische Abwägungen im Hinblick auf eine möglichst effektive Durchsetzung des Scha-

denersatzanspruches zu treffen. Von besonderer Relevanz sind dabei die allgemeine Effizienz des Gerichtssystems, die Kosten der Durchsetzung, der Zugang zu Beweismitteln, die Anerkennung von Anscheinsbeweisen, die Anforderungen an die Bestimmung der Schadenshöhe, die Möglichkeit einer gerichtlichen Schadensschätzung, sowie die Anwendbarkeit und Ausgestaltung des Einwands der Schadensabwälzung.

- Falls eine kollektive Durchsetzung des Schadenersatzanspruches möglich ist, sollte das Unternehmen eine genaue Kosten-/Nutzen-Analyse machen. Dabei kann ein kollektives Vorgehen, beispielsweise auf Grundlage des Forderungskaufs, zu einer Entkoppelung laufender Geschäftsbeziehungen von der Durchsetzung des Schadenersatzanspruches führen. Darüber hinaus resultiert eine Bündelung in der Regel in einer Verbesserung der Beweislage sowie der Verhandlungsposition.
- Aufgrund der gesamtschuldnerischen Haftung können ein oder zwei Kartellmitglieder auf den gesamten Schaden in Anspruch genommen werden. Auf das Bestehen von Lieferbeziehungen kommt es insofern nicht an. Es bietet sich an, die Klage gegen Unternehmen zu richten, hinsichtlich derer eine bestandskräftige Entscheidung vorliegt. Daneben besteht auch die Möglichkeit, alle Kartellmitglieder in einem Verfahren vor einem Gericht zu verklagen.

Dr. Till Schreiber ist Legal Counsel der CDC Cartel Damage Claims Services SPRL, Brüssel. Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung des Verfassers wieder. Der Beitrag basiert auf dem Vortrag „Strategische Überlegungen bei der gerichtlichen Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadenersatzansprüchen“ beim Internationalen Forum Kartellrecht der Studienvereinigung Kartellrecht e.V. am 10.3.2010 in Brüssel. Der Verfasser dankt Herrn Dr. Carsten Krüger und Herrn Dr. Martin Seegers für kritische Anmerkungen.

¹¹⁰ Eine ausführliche Übersicht über die relevanten Entwicklungen im Bereich kollektiver Klagemechanismen auf EU- und nationaler Ebene findet sich in *Casper/Janssen/Pohlmann/Schulze* (Hrsg.), *Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?*, 2009.

¹¹¹ Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz v. 16.8.2005 (BGBl. I, 2437).

¹¹² So *Roth*, „Sammelklagen im Bereich des Kartellrechts“, in: *Casper/Janssen/Pohlmann/Schulze* (Hrsg.), 109, 126.

¹¹³ OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 2311, 2317 – Zementkartell.

¹¹⁴ BGH, WRP 2009, 745, 746.

¹¹⁵ So auch *Kersting*, ZWeR 2008, 252, 263. Für die Schaffung eines einheitlichen Rechtsrahmens für diese Abtretungslösung durch Einführung einer Regelung (durch Richtlinie) auf europäischer Ebene *Roth*, „Sammelklagen im Bereich des Kartellrechts“, in: *Casper/Janssen/Pohlmann/Schulze* (Hrsg.), 109, 126.

¹¹⁶ Abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/bund_de.pdf (Stand: 22.11.2010).