

Strategische Überlegungen bei der gerichtlichen Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen

Dr. Till Schreiber*

Sehr geehrte Mitglieder der Studienvereinigung, sehr geehrte Damen und Herren,

Kartellrechtliche Schadensersatzklagen haben in den letzten Jahren erheblich an Bedeutung gewonnen. Ihre Anzahl wird in Zukunft wahrscheinlich weiter steigen. Für Kartellrechtler in Kanzleien und Unternehmen hat dies zur Folge, dass sie sich mit neuen Rechtsfragen und strategischen Aspekten beschäftigen müssen. Diese will ich anhand eines praktischen Beispiels erläutern. Dabei berücksichtige ich den rechtlichen *status quo* und gehe entsprechend nicht auf die noch unverbindlichen Vorschläge der Kommission in ihrem Weißbuch zu Schadensersatzklagen ein.

Fallbeispiel

Der für Kartellrecht zuständige Jurist eines börsennotierten deutschen Unternehmens erhält Kenntnis von einer Pressemitteilung der 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 Schadensersatzansprüchen. Nach Auskunft des Einkaufsleiters sind Unterlagen über Lieferungen im von der Kommission festgestellten Kartellzeitraum vorhanden. Danach stand das Unternehmen in direkten Lieferbeziehungen mit zwei 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 darum zu klären, ob und gegen wen Schadensersatzansprüche bestehen und gegen wen, wo und wie sie am besten durchzusetzen sind. Die Hauskanzlei des Unternehmens teilt nach einem Partnerrat mit, dass sie keine Interessenkonflikte hat und keine prinzipiellen Einwendungen bestehen, auf der *plaintiff*-Seite aktiv zu werden. Nach Auskunft der Kanzlei haben bis auf den ersten und zweiten Kronzeugen alle Kartellmitglieder Rechtsmittel gegen die Bußgeldentscheidung eingelegt.

* Legal Counsel, CDC Cartel Damage Claims Services SPRL. Der Vortrag gibt ausschließlich die persönliche Meinung des Autors wieder.

1. Ausgangslage

- Dem Unternehmen steht grundsätzlich ein Schadensersatzanspruch zu. Nach der Rechtsprechung des EuGH in den Grundsatzentscheidungen *Courage/Crehan*¹ und *Manfredi*² kann jedermann Ersatz des ihm durch einen Verstoß gegen Art. 101 und 102 AEUV entstandenen Schadens verlangen.
- Die Organe des Unternehmens sind zur Wahrung der Interessen der Anteilseigner zur Prüfung und Durchsetzung von möglichen Schadensersatzansprüchen verpflichtet.³ Aus Unternehmenssicht sind Verstöße eines Lieferanten gegen Kartellrecht also nicht anders zu behandeln als ein Vertragsbruch.
- Die Durchsetzung des Anspruches richtet sich mangels EU-weiter Harmonisierung nach den prozessualen und materiellen Vorschriften des anwendbaren nationalen Rechts. Die nationalen Regeln gelten dabei aber nicht unbegrenzt. Sie unterliegen dem primärrechtlichen Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz. Nach dem Effektivitätsgrundsatz dürfen innerstaatliche Vorschriften die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren. Nach dem Äquivalenzprinzip dürfen die für die Ausübung des Primärrechts geltenden Regeln nicht weniger günstig sein als bei Rechtsbehelfen, die nur innerstaatliches Recht betreffen. Insbesondere der Effektivitätsgrundsatz ist eine zentrale Richtschnur, an der sich nationale Gerichte bei der Lösung von Einzelfragen orientieren müssen.
- Aus Sicht des Unternehmens kann die Durchsetzung der Schadensersatzansprüche durch einen Vergleich oder in einem Gerichtsverfahren erfolgen. Die Erzielung eines fairen Vergleichs ist in der Praxis allerdings häufig schwierig:
 - So fehlt es auf Seiten der Kartellmitglieder oft am Willen, sich auf einen Vergleich einzulassen. Hierbei mögen die Vermeidung von Präzedenzfällen sowie das Vertrauen auf die praktischen Schwierigkeiten bei der gerichtlichen Durchsetzung eine Rolle spielen.
 - Darüber besteht aufgrund der geheimen Natur von Kartellabsprachen eine Beweisasymmetrie. Geschädigte befinden sich daher grundsätzlich in einer schwächeren Verhandlungsposition. Im Rahmen von Gerichtsverfahren stehen

¹ EuGH, C-453/99, WuW/E EU-R 479, 481, Rn. 24 ff. – *Courage/Crehan*.

² EuGH, C-295/04 u.a., WuW/E EU-R 1107, 1115, Rn. 58 ff. (61) – *Manfredi*.

³ Vgl. z.B. § 93 Abs. 1 AktG, § 43 Abs. GmbHG. Ausführlich, siehe *Franz/Jüntgen*, „Die Pflicht von Managern zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus Kartellverstößen“, BB 2007, S. 1681 ff.

hingegen prozessuale Hilfsmittel zur Verfügung. Insofern kann eine Klage als strategisches Mittel zur Erzielung eines fairen Vergleichs dienen.

2. Zugang zur Behördenakte?

Das Unternehmen steht vor der Hürde, den möglicherweise bestehenden Schadensersatzanspruch zu substantieren. Es kann sich zwar auf die Kommissionsentscheidung stützen. Die nicht-vertrauliche Fassung der Entscheidung wird allerdings in der Regel erst mit einer erheblichen zeitlichen Verzögerung veröffentlicht. Darüber hinaus enthält sie regelmäßig eine Vielzahl als vertraulich eingestufte Passagen. Dabei sind insbesondere die Einzelheiten zu den Kartellabsprachen oft nicht zugänglich. Insofern stellt sich die Frage, ob Geschädigte Zugang zur Behördenakte haben, um ihre Schadensersatzansprüche zu belegen.

- Die Kommission lehnt eine Akteneinsicht von Geschädigten grundsätzlich ab. Sie gewährt – auch nach Abschluss ihrer Untersuchung – nicht verfahrensbeteiligten Parteien grundsätzlich keine Akteneinsicht.
- Ob Geschädigte ein Recht auf Zugang zur Verfahrensakte nach den Regeln der Transparenzverordnung 1049/2001 haben, ist umstritten. Die auch insofern restriktive Praxis der Kommission wird momentan in einer Reihe von Verfahren vor dem Gericht in Luxemburg überprüft.

Auf nationaler Ebene sieht die Situation teilweise anders aus:

- Die holländische Wettbewerbsbehörde hat beispielsweise kürzlich der auf Schadensersatzklagen spezialisierten Stiftung „Collectief Onrecht“ Zugang zu dem Untersuchungsbericht der Behörde in einem Kartellfall gegeben.
- In Deutschland hat das Amtsgericht Bonn im Februar 2009 auf Grundlage von § 406 e StPO ein weitgehendes Einsichtsrecht in die Verfahrensakte des Bundeskartellamts bejaht.⁴ Dies begründete das Gericht mit dem in § 33 GWB verankerten vorrangigen Gebot der Förderung von Schadensersatzklagen. Im August 2009 hat das AG Bonn eine Vorabentscheidung beim EuGH eingeleitet. Es beantragt die Klärung der Frage, ob Art. 11 und 12 der VO 1/2003 einem weiten Einsichtsrecht für Kartellgeschädigte entgegenstehen.⁵

Allerdings können nationale Gerichte im Rahmen von Gerichtsverfahren relevante Dokumente aus der Verfahrensakte anfordern.

⁴ AG Bonn, Beschluss vom 3.2.2009.

⁵ Rechtssache C – 360/09, ABl. vom 5.12.2009, C 297/18.

- Sie können gemäß Art. 15 Abs. 1 der VO 1/2003 im Wege der Amtshilfe die Vorlage von Verfahrensdokumenten erbitten.
- Darüber hinaus besteht eine allgemeine Pflicht der Kommission zur Zusammenarbeit mit mitgliedstaatlichen Gerichten. Nach dem EuGH⁶ muss die Kommission daher einem nationalen Gericht, das für die Anwendung von Gemeinschaftsrecht zuständig ist, relevante Dokumente aus ihrer Verfahrensakte übermitteln. Ebenso hat sie ihren Beamten die Genehmigung zu erteilen, über die aus einem Untersuchungsverfahren bekannten Tatsachen als Zeugen auszusagen.

3. Bestimmung der alternativen Gerichtsstände

Von besonderer Bedeutung aus Klägersicht ist selbstverständlich der Ort, an dem eine Klage erhoben werden kann. Bei Klagen gegen Mitglieder eines Kartells bestehen grundsätzlich alternative Gerichtsstände. Dabei richtet sich die internationale Zuständigkeit für Schadensersatzklagen aufgrund europaweiter Kartellrechtsverstöße nach der Verordnung 44/2001, kurz EuGVVO.

a. Allgemeiner Gerichtsstand – Art. 2 Abs. 1 EuGVVO

Nach Art. 2 Abs. 1 und Art. 60 Abs. 1 EuGVVO ist ein Unternehmen grundsätzlich vor den Gerichten des Mitgliedstaates zu verklagen, in dem es seinen Sitz hat. Aufgrund der gesamtschuldnerischen Haftung der Kartellmitglieder kann das Unternehmen im Ausgangsfall daher jeden Adressaten einer Verbotsentscheidung an dessen Gerichtsstand auf den gesamten Schaden in Anspruch nehmen.

b. Gerichtsstand der unerlaubten Handlung – Art. 5 Nr. 3 EuGVVO

Im Kartelldeliktsrecht kann eine Schadensersatzklage auch am besonderen Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach Art. 5 Nr. 3 EuGVVO eingereicht werden. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH verweist die Vorschrift dabei auf zwei alternative Orte, hinsichtlich derer grundsätzlich ein Wahlrecht des Klägers besteht:

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

⁶ EuGH, Beschl. v. 13.07.1990, Rs. 2/88-IMM., Slg. 1990 I-3365, Rn. 22 – Zwartveld.

Im Kartelldeliktsrecht ist die genaue Bestimmung von Handlungs- und Erfolgsort bisher nicht geklärt. Sicher ist nur, dass gerade bei EU-weiten Verstößen eine Mehrheit von Gerichtsständen eröffnet ist.

- Nach der Rechtsprechung des EuGH ist der **Handlungsort** „*der Ort, an dem das schädigende Ereignis seinen Ausgang nahm.*“⁷ Als kartelldeliktische Handlungsorte kommen danach insbesondere in Betracht:
 - Der Ort, an dem die Kartellmitglieder die Absprachen umgesetzt haben, also grundsätzlich der Sitz der Kartellmitglieder;
 - Der Ort, an dem die Kartellabsprachen getroffen wurden; oder
 - Der Ort, an dem sich die Kartellabsprachen am Markt realisiert haben.

Insgesamt scheint es sachgerecht, bei Kartellen zumindest den Ort des grundlegenden *kick-off meetings*, und den Ort, an dem Kartelltreffen regelmäßig stattgefunden haben, als Handlungsort anzuerkennen.

- Der **Erfolgsort** ist nach der Rechtsprechung des EuGH der „*Ort der Verwirklichung des Schadens Erfolges*“.⁸ 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 hierzu interessante Ausführungen. So hat das LG Dortmund⁹ 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 Düsseldorf¹⁰ begründete im Fall *Zement* 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.*“ Folgt man dieser Argumentation, können Kartellmitglieder vor jedem Gericht verklagt werden, an dem sich die Kartellabsprachen in Form eines direkten Vermögensschadens ausgewirkt haben.

⁷ EuGH, Urteil vom 7.3.1995, Rs. C-68/93, Slg. 1995, I-415, Randnr. 24 – Shevill ./ Presse Alliance.

⁸ EuGH Urteil vom 30.11.1976, Rs. C-21/76, Slg. 1976, I-1735, Randnr. 15 – Bier ./ Mines de Potasse d’Alsace.

⁹ LG Dortmund, EWS 2004, S. 434, 435 – Vitaminkartell.

¹⁰ LG Düsseldorf, Urteil vom 27.2.2007, WuW/E DE-R 1948, 1949 – Zementkartell.

c. Besondere Zuständigkeit im Fall des Sachzusammenhangs Art. 6 Nr. 1 EuGVVO

Aus strategischer Sicht kann es Sinn machen, mehrere Kartellmitglieder gemeinsam zu verklagen. Hierfür können beispielsweise die Vermeidung von Insolvenzrisiken oder die Möglichkeit separater Vergleichsabschlüsse sprechen. Art. 6 Nr. 1 EuGVVO 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 wie der von Kartellmitgliedern sind diese Voraussetzungen grundsätzlich erfüllt:

- Die Klagen beruhen auf einem einheitlichen Rechtsgrund in Form eines gemeinschaftlichen Verstoßes gegen Art. 101 oder 102 AEUV;
- Die Klagen beziehen sich auf denselben Sachverhalt in Form derselben Kartellabsprachen;
- Und sie hängen von der Entscheidung gemeinsamer Vorfragen ab, insbesondere dem Bestehen eines kausal verursachten Schadens.

Somit kann das Unternehmen im Ausgangsfall alle Kartellmitglieder zusammen am Gerichtsstand eines der Adressaten der Verbotsentscheidung verklagen. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob eine Klage gegen die Kartellmitglieder auch am Sitz der englischen Tochtergesellschaft eingereicht werden kann, die selbst nicht Adressat der Verbotsentscheidung war. Diese Frage lag der Entscheidung des englischen High Court in der Sache *Cooper Tire*¹¹ zugrunde. Das Gericht bejahte das Vorliegen einer Konnexität zumindest dann, wenn die Tochtergesellschaft das kartellierte Produkt verkauft und hierdurch die Kartellabsprachen umgesetzt hat. Die weite Auslegung des Gerichtsstands des Sachzusammenhangs durch englische Gerichte seit dem Urteil *Provimi*¹² führt in der Praxis dazu, dass viele kartellrechtliche Schadensersatzklagen in England anhängig gemacht werden. Diese Entwicklung scheint rechtspolitisch gewollt zu sein. So hat sich Großbritannien inzwischen als eine *preferred jurisdiction*, insbesondere von auf Schadensersatzklagen spezialisierten US-Kanzleien, herauskristallisiert. Ob dies für geschädigte Unternehmen tatsächlich immer die vorteilhafteste Lösung ist, sei dahingestellt.

d) Art. 27 EuGVVO – „Italienischer Torpedo“

Das Verfahren *Cooper Tire* ist auch im Hinblick auf eine Prozesstaktik von Beklagtenseite interessant: den sogenannten „italienischen Torpedo“. Hierbei handelt es sich um die

¹¹ *Cooper Tire & Rubber Company and others ./. Shell Chemicals UK Limited and others* [2009] EWHC 2609 (Comm.).

¹² *Provimi Limited v Roche Products Ltd.* [2003] EWHC 961 (Comm).

Erhebung einer negativen Feststellungsklage durch ein Kartellmitglied vor einem subjektiv „günstigen“ Gericht. Der Klageantrag geht dabei auf Feststellung, dass kein Rechtsverstoß vorliegt bzw., dass kein Schadensersatzanspruch besteht. Aufgrund des in Artikel 27 EuGVVO verankerten Prioritätsprinzips kann dies zur Unzulässigkeit einer später vor einem anderen Gericht anhängig gemachten Leistungsklage führen. Die Torpedotaktik wird häufig im Patentrecht angewandt. Dort wollen Verletzer eines Patents durch eine Klage vor einem besonders langsamen Gerichtsstand wirtschaftliche Vorteile in Form einer längeren Nutzung des verletzten Patents erzielen. Solche wirtschaftlichen Vorteile gibt es im Kartellrecht allerdings nicht. Dort führt eine Torpedoklage vielmehr zur Unterbrechung der Verjährungsfristen und Begründung eines Gerichtsstands, an dem das Kartellmitglied von allen potentiell Geschädigten auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden kann. Somit macht der Abschuss eines Torpedos nur Sinn, wenn eine unmittelbar bevorstehende Leistungsklage vor einem subjektiv besonders ungünstigen Gerichtsstand verhindert werden soll. Aus Klägersicht ist die beste Strategie daher, potentielle Gegner über die eigene Strategie im Unklaren zu lassen.

4. Rechtsfolgen des Gerichtsstandes – Das anwendbare Prozessrecht

Nach der Bestimmung der alternativen Gerichtsstände, sind für jeden Gerichtsstand die Rechtsfolgen zu ermitteln. Das anwendbare Prozessrecht ist dabei die *lex fori*.

a) Allgemeine Effizienz und Zuverlässigkeit des Gerichtssystems

Die Erhebung einer kartellrechtlichen Schadensersatzklage macht 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 grundsätzlich vorteilhaft, wenn ein besonders qualifiziertes Gericht für die Klage zuständig ist. Neben der besonderen Zuständigkeit für Kartellsachen ist die örtliche Zuständigkeit innerhalb des Forumstaates zu beachten. Diese richtet sich nach den allgemeinen zivilprozessualen Regeln der *lex fori*. Ein weiterer Gesichtspunkt ist, ob in ein und demselben Prozess neben dem Schadensersatzanspruch auch über einen möglichen Gesamtschuldnerausgleich zwischen Kartellmitgliedern entschieden wird. Ist dies der Fall, kann dies zu einer längeren Verfahrensdauer führen.

b) Kosten

Kartellrechtliche Schadensersatzklagen sind komplex 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.

- Bis auf Frankreich und Luxemburg sind in allen Mitgliedstaaten **Gerichtskosten** zu entrichten. Diese hat der Kläger in der Regel bei Klageeinreichung zu bezahlen. Wie in Deutschland richten sie sich in den meisten Mitgliedstaaten nach dem Streitwert. Die Höhe variiert dabei zwischen 2% und 6% des Streitwerts. In vielen Mitgliedstaaten gibt es allerdings Obergrenzen und Ausnahmen. So gibt es in Deutschland eine Streitwertbegrenzung von 30 Millionen Euro. In den Niederlanden gilt eine absolute Obergrenze für Gerichtskosten von 4535 Euro.
- Auch hinsichtlich des **Prozesskostenrisikos** bestehen in Europa erhebliche Unterschiede. Zwar gilt grundsätzlich das Prinzip „the loser pays“. In einer Reihe von Rechtsordnungen, beispielsweise Großbritannien und Frankreich, hat das zuständige Gericht jedoch die Möglichkeit, diesen Grundsatz unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten einzuschränken.
- **Anwaltskosten** variieren ebenfalls erheblich. Es ist kein Geheimnis, dass die Stundensätze eines spezialisierten Anwaltes in London die seiner Kollegen in Stockholm oder Berlin deutlich übertreffen.

c) Beweisgrundsätze

Die Beweislast für das Vorliegen eines Schadensersatzanspruches liegt grundsätzlich beim Kläger. Aufgrund der geheimen Natur von Kartellabsprachen stehen Kläger jedoch regelmäßig vor Beweisschwierigkeiten. Daher sind Beweiserleichterungen der *lex fori* von erheblicher Bedeutung.

- In einigen EU-Mitgliedstaaten gibt es einschlägige **gesetzliche Vermutungsregeln**. Ein interessantes Beispiel ist Ungarn. Dort besteht eine widerlegbare gesetzliche Vermutung, dass Kartelle zu einer künstlichen Preiserhöhung von 10% führen.
- **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.

- 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 notwendige Kenntnis verfügt und ihm Angaben zumutbar sind.

d) Zugang zu Beweismitteln

Aufgrund der bestehenden Beweisasymmetrie ist für Kläger der in der *lex fori* geregelte Zugang zu Beweismitteln von fundamentaler Bedeutung.

- Im angelsächsischen Rechtsraum bestehen weitgehende **Discovery-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. Auch in Schweden gibt es bei kartellrechtlichen Schadensersatzklagen die Möglichkeit einer gerichtlich überwachten discovery.
- In allen übrigen Mitgliedstaaten können die zuständigen **Gerichte die Vorlage von** sich im Besitz der Beklagten befindlichen **Dokumenten und Beweismitteln 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 auch ein **materiellrechtlicher Auskunftsanspruch** aufgrund von Treu und Glauben zu.

e) Bindungswirkung von Entscheidungen von Kartellbehörden

Hinsichtlich des Nachweises des Verstoßes gegen Art. 101 AEUV kann sich das Unternehmen im Ausgangsfall auf die Entscheidung der Kommission stützen. Nach Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 sind Entscheidungen der Kommission für nationale Gerichte bindend. In Deutschland haben darüber hinaus nach § 33 Abs. 4 GWB auch die bestandskräftigen Entscheidungen nationaler Kartellbehörden Bindungswirkung. Diese Vorschriften führen zu einer spürbaren Verringerung von Prozess- und Kostenrisiken bei Schadensersatzklagen. Die gesetzlich verankerte Bindungswirkung ist die Hauptursache, dass es sich bei den bisher in Europa eingereichten Schadensersatzklagen in der Regel um sog. *follow-on* Klagen handelt.

f) EU-rechtskonforme Auslegung der nationalen Verfahrensvorschriften

Nach dem EuGH ist das Prozessrecht des Forumstaates unter Beachtung der Grundsätze der Wirksamkeit und Gleichwertigkeit anzuwenden. 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 zur Verfügung stehenden Verfahrensmaßnahmen auszuschöpfen hat - einschließlich der Anordnung der Vorlage von Urkunden oder Schriftstücken durch die Gegenpartei oder einen Dritten.¹³

5. Rechtsfolgen des Gerichtsstands – Materielles Recht

Die Ausübung des Schadensersatzanspruches richtet sich nach den materiellen Voraussetzungen des anwendbaren nationalen Rechts.

a) Anwendbares Recht

Für Verstöße bis zum 11.1.2009 richtet sich die Bestimmung des anwendbaren Rechts nach dem internationalen Privatrecht des Forumstaates. Im Kartelldeliktsrecht ist das Deliktstatut des jeweiligen IPR maßgeblich. In Deutschland richtet sich das anwendbare Recht beispielsweise nach Art. 40 EGBGB. Die Vorschrift verweist grundsätzlich auf das Recht des Handlungsortes, wenn nicht der Geschädigte das Recht des Erfolgsortes wählt. Entsprechende Vorschriften finden sich den Rechtsordnungen der anderen EU-Mitgliedstaaten. Bei *multi-state* Delikten wie europaweit umgesetzten Kartellabsprachen führt dies potentiell zu einer Vielzahl anwendbarer Rechtsordnungen, auch wenn die materiellen Unterschiede gering sein mögen.

Mit Wirkung zum 11.1.2009 wurden die Kollisionsregeln für außervertragliche Schuldverhältnisse in der sog. Rom II Verordnung vereinheitlicht. In der Verordnung findet sich mit Art. 6 Abs. 3 eine Sonderkollisionsnorm für kartellrechtliche Schadensersatzklagen. 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 sowohl prozessual als auch materiell nach dem ihm vertrauten Recht entscheiden kann.

¹³ So EuGH, C-526/04, Slg. 2006 I-7529, Rn. 55 – Laboratoires Boiron.

b) Anspruchsgrundlage

Ein Schadensersatzanspruch besteht nur, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der Anspruchsgrundlage erfüllt sind.

- Wie dargestellt garantiert die volle Wirksamkeit von **Artikel 101 und 102 AEUV** nach *Courage* und *Manfredi* ein individuelles Recht auf Schadensersatz. Das Bestehen eines Schadensersatzanspruches hängt dabei von drei Bedingungen ab:
 - 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 gibt es subsidiär auch in allen **Mitgliedstaaten nationale Anspruchsgrundlagen**. Teilweise gibt es spezifische Vorschriften für kartellrechtliche Schadensersatzansprüche, beispielsweise § 33 GWB. Teilweise ist auf allgemeine Anspruchsgrundlagen aus dem Deliktsrecht zurückzugreifen. Die nach diesen Vorschriften zu erfüllenden Tatbestandsvoraussetzungen sind in der Regel deckungsgleich mit den vom EuGH aufgestellten Bedingungen. Aufgrund des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts darf das nationale Recht keine weitergehenden Bedingungen enthalten.
- Hinsichtlich Schadenseintritt und Kausalität sind prozessuale **Anscheinsbeweise** von großer Bedeutung. Der EuGH hat im *Zement*-Urteil allgemein festgestellt, dass Kartellabsprachen für Abnehmer in der Regel unmittelbar höhere Preise und eine geringere Angebotsvielfalt zur Folge haben.¹⁴ Auch nach dem BGH ist mit einer hohen Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass kartellrechtswidrige Preis- bzw. Quotenabsprachen ein überhöhtes Preisniveau nach sich ziehen.¹⁵ Das Oberlandesgericht Düsseldorf¹⁶ und das Kammergericht Berlin¹⁷ haben diesen Anscheinsbeweis auch im Rahmen von zivilrechtlichen Schadensersatzklagen angewandt. Entsprechende Annahmen finden sich auch in Entscheidungen von italienischen und spanischen Gerichten.

c) Höhe des Schadens

Der EuGH geht vom Prinzip der vollständigen Entschädigung aus. Der primärrechtliche Schadensersatzanspruch umfasst danach folgende Positionen:

¹⁴ EuGH, C-204/00 P u.a., Slg. 2004 I-123, Rn. 53 – Zement.

¹⁵ BGH, WuW/E DE-R 1567, 1569 – Berliner Transportbeton I.

¹⁶ OLG Düsseldorf, Urteil vom 14. Mai 2008, WuW/E DE-R 2311-2317 – Zementkartell.

¹⁷ Kammergericht Berlin, Urteil vom 1. Oktober 2009, Akz. 2 U 17/03 Kart, S. 32 f. – Transportbeton.

- erstens, den Ersatz des eigentlichen Vermögensschadens, also des kartellbedingten Aufpreises;
- zweitens, den Ersatz des entgangenen Gewinns, also typischerweise des Gewinns, der beim Verkauf zusätzlicher Mengen erzielt worden wäre;
- und drittens der Anspruch auf Zahlung von Zinsen ab Schadenseintritt.

Der Nachweis von Vermögensschaden und entgangenem Gewinn ist in der Praxis der wohl aufwendigste Teil einer kartellrechtlichen Schadensersatzklage. Es liegt in der Natur von Kartell- und Missbrauchsfällen, dass die Schadensermittlung auf einer hypothetischen Analyse beruht. In der Regel ist eine aufwendige ökonomische Untersuchung auf Grundlage der vorhandenen Markt- und Transaktionsdaten erforderlich. Eine *best practice* hat sich insofern in Europa noch nicht herausgebildet. Die Kommission ist momentan dabei, nichtverbindliche Hilfestellungen für die Schadensquantifizierung zu formulieren. Deutsche Gerichte unter Einschluss des BGH haben sich bereits klar positioniert und stellen zur Schadensermittlung zuvorderst auf das Vergleichsmarktkonzept ab.¹⁸ Dabei sind zeitliche, geografische und sachliche Vergleichsmärkte zu berücksichtigen. Dies erscheint sachgerecht, weil der hypothetische Wettbewerbspreis auf der Grundlage vorhandener Preisdaten und nicht aufgrund anderer Faktoren bestimmt wird.

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 Schadensersatzanspruches übermäßig erschweren oder unmöglich machen. In Deutschland haben das Landgericht Dortmund im Fall *Vitamine* und das Kammergericht Berlin im Fall *Transportbeton* entsprechend auf eine marktübergreifende Durchschnittsbetrachtung abgestellt. Das Kammergericht stützt 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 Schadensersatzanspruches 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 handelt, gilt sie auch für Schadensersatzansprüche, die materiell nicht dem deutschen Recht unterliegen.

¹⁸ Vgl. BGH, Beschluss vom 19. 6. 2007 - KRB 12/ 07, Rdnr. 19 ff.

d) Einwendung der Schadensabwälzung

Eines der im Kontext von Schadensersatzklagen am meisten diskutierten Themen ist der Einwand der Schadensabwälzung. Dabei wendet ein beklagtes Kartellmitglied ein, dass der Kläger keinen oder einen geringeren Schaden erlitten hat, weil er den kartellbedingten Preisaufschlag an seine Abnehmer weitergegeben hat. Die Beweislast obliegt dem oder den Beklagten. Dabei ist soweit ersichtlich bisher kein Anscheinsbeweis anerkannt.

Während in den USA die Einwendung der Schadensabwälzung aus wettbewerbspolitischen Erwägungen grundsätzlich nicht anerkannt wird, ist die Lage in Europa uneinheitlich. Das einzige Land mit einer spezifischen gesetzlichen Vorschrift zum Problem der Schadensabwälzung ist, soweit erkennbar, Deutschland. Nach § 33 GWB *„ist ein Schaden nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Ware oder Dienstleistung weiterveräußert wurde.“* Diese Vorschrift führt nicht zur Unanwendbarkeit des Abwälzungseinwands, sondern zur Anwendung der allgemeinen Regeln über den Vorteilsausgleich. Ein solcher Vorteilsausgleich erfolgt nach ständiger Rechtsprechung des BGH, wenn:

- der Vorteil adäquat kausal verursacht wurde, und
- die Anrechnung des Vorteils Sinn und Zweck der Schadensersatzpflicht entspricht.

Im Urteil DARED¹⁹ hat das Oberlandesgericht Düsseldorf eine Kausalität zwischen kartellbedingt erhöhtem Einkaufspreis und einer möglichen Abwälzung des erlittenen Schadens grundsätzlich abgelehnt. Danach *„hänge es nahezu ausnahmslos von der Kalkulation, den Absatzbemühungen und dem geschäftlichen Geschick des Klägers ab, ob und in welchem Umfang der überteuerte Einkauf durch einen Weiterverkauf kompensiert werden kann.“* Darüber hinaus ist nach der Rechtsprechung der deutschen Obergerichte die Vorteilsanrechnung aus wertenden Gesichtspunkten, insbesondere der Abschreckungswirkung der Schadensersatzpflicht, grundsätzlich nicht geboten. So führt das Kammergericht Berlin im Urteil Transportbeton aus: *“Die Durchführung der Vorteilsausgleichung würde faktisch dazu führen, dass die Kartellmitglieder weder Schadensersatz gegenüber den Unternehmen der 2. Marktstufe noch gegenüber Unternehmen der 3. Marktstufe leisten“.*

Die Gerichte anderer Mitgliedstaaten haben sich soweit ersichtlich bisher nicht ausführlich mit dem Problem der Schadensabwälzung befasst. Insgesamt sollten sich Lösungen des Abwälzungsproblems am unionsrechtlichen Ziel der Totalreparation der Geschädigten und nicht an der Vermeidung einer potentiellen Mehrfachhaftung der Schädiger orientieren.

¹⁹ OLG Düsseldorf, Urteil vom 27. Juni 2007, WuW/E DE-R 2109 – DARED.

Schließlich haben letztere durch ihren Rechtsverstoß die Ursachen der dem Problem der Schadensabwälzung zugrundeliegenden Quantifizierungsschwierigkeiten gesetzt.²⁰

e) Zinsanspruch

Von besonderer Bedeutung ist der Anspruch auf Zinsen. Bei lange anhaltenden Verstößen kann der Zinsanspruch leicht zu einer Verdoppelung des zu leistenden Schadensersatzes führen.

- Nach der Rechtsprechung des EuGH ist die Zuerkennung von Zinsen **ab Schadenseintritt** „unerlässlicher Bestandteil der Entschädigung“. Im Fall von Schadensersatzklagen gegen Kartellmitglieder besteht somit ein Anspruch auf Zinsen ab dem Zeitpunkt der Zahlung des kartellbedingt überhöhten Einkaufspreises. Nationale Vorschriften sind entsprechend gemeinschaftskonform auszulegen.
- 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.²¹ 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.
- Ob ein Anspruch auf Zinsezins besteht, richtet sich nach den anwendbaren nationalen Vorschriften.

f) Verjährung

Auch die Verjährungsvorschriften richten sich nach nationalem Recht. Bei Anwendung und Auslegung dieser Vorschriften sind das Äquivalenz- und Effektivitätsgebot von besonderer Bedeutung. Nach den Vorgaben des EuGH in *Manfredi* bestehen bei folgenden nationalen Verjährungsvorschriften Bedenken im Hinblick auf den Effektivitätsgrundsatz:

- 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;

²⁰ So auch *Bulst*, „Zum Problem der Schadensabwälzung und seiner Analyse durch das KG in „Transportbeton“, S. 24. Abrufbar unter http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1543924.

²¹ EuGH, Rs. C-295/04 u.a., WuW/E EU-R 1107, 1115, Randnr. 97 - *Manfredi*; EuGH, Urteil vom 22. April 1997, Rs. C-66/95, Slg. 1993, I-4367, Randnr. 26 – *Marshall*.

- Vorschriften, nach denen eine Verjährung möglich ist, ohne dass der Geschädigte Kenntnis von seiner Anspruchsberechtigung haben konnte.

Da es sich bei den Verjährungsvorschriften um materiellrechtliche Regelungen handelt, muss das zuständige Gericht unter Umständen die Verjährungsvorschriften eines anderen Mitgliedstaates gemeinschaftskonform auslegen. Für die nach § 199 Abs. 1 BGB erforderliche Kenntnis hat das Kammergericht Berlin²² 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 Verbotsentscheidungen. In vielen Mitgliedstaaten führt die Einlegung von Rechtsmitteln zu einer Unterbrechung der Verjährungsfristen. Bei langen Verfahrensdauern können Schadensersatzklagen somit auch zu einem vergleichsweise späten Zeitpunkt noch wirksam anhängig gemacht werden. So wurde hinsichtlich des *Methionin*-Kartells im Dezember 2009 eine *follow-on* Klage vor dem Competition Appeal Tribunal in London eingereicht. Die der Klage zugrundeliegende Entscheidung der Kommission datiert auf den 2. Juli 2002.

6. Kollektives Vorgehen oder Einzelklage?

Ansprüche können im Wege einer Einzelklage geltend gemacht werden. Eventuell besteht nach der *lex fori* auch die Möglichkeit eines kollektiven Vorgehens. Welches Vorgehen vorzugswürdig ist, muss im Einzelfall abgewogen werden.

a) Abwägungskriterien

- Das wichtigste Abwägungskriterium ist wohl, ob sich das Unternehmen erlauben kann, alleine gegen seine Lieferanten vorzugehen. Nachfragestarke Großunternehmen, die aus einer Vielzahl gleichwertiger Lieferanten auswählen können, haben insofern wohl weniger Schwierigkeiten als kleine oder mittelständische Unternehmen, die sich in einem engen Angebotsfeld bewegen.
- Weitere wichtige Entscheidungsparameter sind Kosten und Prozessökonomie. Für Kollektivklagen sprechen insofern erheblich geringere Kosten für den einzelnen Kläger, ein geringeres, da geteiltes Prozesskostenrisiko, sowie Skaleneffekte im

²² Kammergericht Berlin, Urteil vom 1. Oktober 2009, Akz. 2 U 17/03 Kart, S. 10. – Transportbeton.

Rahmen der Prozessführung. Darüber hinaus ist der interne Managementaufwand im Falle eines kollektiven Vorgehens geringer. Von einem kollektiven Vorgehen profitieren nicht zuletzt die Beklagten, die sich ansonsten in einer Vielzahl von Einzelprozessen verteidigen müssten.

- Ein wichtiger Punkt ist der Nachweis von Schaden und Kausalität. Parallele Preisentwicklungen bei einer Vielzahl von Abnehmern, die durch keine anderen Faktoren erklärt werden können, sind ein effektiver Nachweis der Preisauswirkungen eines Kartells. Ein einzelnes Unternehmen hat es beim Nachweis der kartellbedingten Auswirkungen schwerer.
- Ist ein Unternehmen jedoch in der Lage, einen Schaden zu substantiieren, kann es strategisch durchaus Sinn machen, Ansprüche alleine durchzusetzen. So ist die Verfahrensdauer bei Einzelklagen wahrscheinlich geringer. Darüber hinaus ist der Einzelkläger jederzeit „Herr des Verfahrens“ und kann alle Entscheidungen hinsichtlich der Anspruchsdurchsetzung autonom treffen.

b) Kollektive Rechtsbehelfe

Welche kollektiven Rechtsbehelfe im Einzelfall offenstehen richtet sich nach der *lex fori*.

aa) Opt-out-Sammelklage

Eine mit den USA vergleichbare **opt-out-Sammelklage** gibt es in Europa nicht. In Europa entstandene Schadensersatzansprüche fallen auch nicht in den Anwendungsbereich von US-Sammelklagen. Der Supreme Court hat in *Empagran*²³ eine expansive Anwendung des US-Rechts auf direkte Abnehmer außerhalb der USA ausdrücklich abgelehnt. Im Jahr 2009 entschied ein kalifornisches Gericht, dass selbst die europäischen Tochterunternehmen eines US-Konzerns trotz einer in den USA beschlossenen globalen Einkaufspolitik keine Schadensersatzansprüche in den USA geltend machen können.²⁴

bb) Repräsentativklagen

Bei der sogenannten Repräsentativklage kann ein Kläger unter bestimmten Umständen eine Vielzahl von ebenfalls Geschädigten repräsentieren. In Großbritannien wurde versucht, die dort vorgesehene „representative action“ denkbar weit auszulegen. Die Kläger einer in London anhängig gemachten Schadensersatzklage im Fall *Air Cargo* machen geltend, „alle

²³ *F.Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran S.A.*, 542 U.S. 155 (2004).

²⁴ *Sun Microsystems Inc. v. Hynix Semiconductor Inc.*, 608 F. Supp. 2d 1166 (N.D. Cal. 2009).

direkten und indirekten Abnehmer von Luftfrachtleistungen, die durch künstlich überhöhte Preise geschädigt wurden“, zu repräsentieren. Der High Court lehnte dies ab.²⁵ Die Klasse der Kläger sei ohne Vorwegnahme der Hauptsache nicht bestimmbar. Außerdem bestünden Interessenkonflikte zwischen direkten und indirekten Abnehmern. 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 eingeführt. Diese basieren meist auf Repräsentativmodellen und sind auch grundsätzlich auf kartellrechtliche Schadensersatzansprüche anwendbar. In der Praxis gibt es jedoch bisher sehr wenige Fälle. Zu nennen ist die Klage des englischen Verbraucherverbandes *Which?* aufgrund von Preisabsprachen für Fußballtrikots und die Klage des französischen Verbraucherverbandes *Que choisir?* aufgrund von Preisabsprachen im Mobilfunksektor. Direkte Abnehmer und Unternehmen sind allerdings teilweise ausdrücklich von diesen kollektiven Klagemechanismen ausgeschlossen. In Deutschland wurde ein kollektiver Klagemechanismus für kartellrechtliche Schadensersatzklagen im Rahmen der 7. GWB-Novelle diskutiert. Der Gesetzgeber hat in Form des KapMUG aber nur im Bereich des Anlegerschutzes ein entsprechendes Instrument eingeführt.

cc) Opt-in-Gruppenklage

Bei *Opt-in*-Gruppenklagen verfolgen mehrere Geschädigte ihre Ansprüche in einer Klage. So steht Klägern in Großbritannien beispielsweise die sog. „Group Litigation Order“ zur Verfügung. Die Beteiligung erfolgt in diesem Verfahren durch gemeinsame Klageeinreichung und Eintragung der einzelnen Kläger in ein Gruppenregister.

ee) Marktlösung

Neben diesen prozessualen Instrumenten hat sich in den letzten Jahren ein als „Marktlösung“ bezeichnetes Modell entwickelt: die Bündelung von Schadensersatzansprüchen auf materiellrechtlicher Ebene mittels Forderungskauf. Dieses Rechtsinstrument ist in allen EU-Rechtsordnungen anerkannt. Es lässt sich grundsätzlich auch auf den Erwerb kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche übertragen. Ohne über die Wirksamkeit der einzelnen Abtretungen zu entscheiden hat das OLG Düsseldorf die Zulässigkeit der auf diesem Modell beruhenden Klage von CDC bejaht.²⁶ Im April 2009 hat der

²⁵ *Emerald Supplies v. British Airways plc.* [2009] EWHC 741d (Ch).

²⁶ OLG Düsseldorf, Urteil vom 14. Mai 2008, WuW/E DE-R 2311-2317 – Zementkartell.

Bundesgerichtshof dieses Urteil bestätigt.²⁷ Eine solche Bündelung auf materiellrechtlicher Ebene ermöglicht nicht nur erhebliche Prozessökonomien und Skaleneffekte. Sie ermöglicht eine Bündelung von Schadensersatzansprüchen, auch wenn die *lex fori* keinen kollektiven Klagemechanismus vorsieht.

7. Ergebnis

Im Ausgangsfall lassen sich die strategischen Überlegungen des potentiell geschädigten Unternehmens wie folgt zusammenfassen:

- Für eine mögliche Schadensersatzklage 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 Schadensersatzanspruches zu treffen. Dabei sind insbesondere zu berücksichtigen:
 - Die allgemeine Effizienz des Gerichtssystems sowie die Kosten der Durchsetzung;
 - Der Zugang zu Beweismitteln sowie die Anerkennung von Anscheinsbeweisen;
 - Die Anforderungen an die Bestimmung der Schadenshöhe, insbesondere die Möglichkeit einer gerichtlichen Schadensschätzung;
 - Die Anwendbarkeit und Ausgestaltung des Einwands der Schadensabwälzung.
- Falls eine kollektive Durchsetzung des Schadensersatzanspruches 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 Schadensersatzanspruches 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

²⁷ BGH, WRP 2009, 745, 746.

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.
- Vor und nach Klageerhebung besteht selbstverständlich die Möglichkeit eines Vergleichsabschlusses. Neben der Zahlung von Schadensersatz kann hierbei die Lieferung relevanter Beweismittel vereinbart werden.

Insgesamt erscheint Deutschland aufgrund der bewusst opferfreundlichen gesetzlichen Regelungen und der bisherigen Entscheidungspraxis der Gerichte kein uninteressantes Forum. In Großbritannien zum Beispiel gibt es trotz der relativ großen Zahl von erhobenen Klagen bisher kein Urteil, in dem tatsächlich Schadensersatz zugesprochen wurde.

Meine Damen und Herren, bei allen strategischen Überlegungen sollten die weisen Worte des chinesischen Generals Sun Tzu beachtet werden: *„Deine Pläne sollen dunkel und undurchdringlich sein wie die Nacht, und wenn du dich bewegst, dann stürze herab wie ein Blitzschlag“*.

Vielen Dank!