

Private Enforcement in der Praxis

Dr. Ulrich Classen*

Meine sehr geehrten Damen und Herren,

bevor ich in meinen Vortrag einsteige, möchte ich es nicht versäumen, Ihnen sehr geehrter Herr Lau, dafür zu danken, dass Sie mir die Gelegenheit geben, vor Ihnen zu sprechen.

Auch Ihnen, sehr geehrter Herr Möhlenkamp, sei vorab dafür gedankt, den Vortrag zu begleiten und die, wie ich hoffe, anregende anschließende Diskussion zu moderieren.

Wenn ich mich recht erinnere, sehr geehrter Herr Möhlenkamp, sind Sie nicht zum ersten Mal in Sachen private Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen oder, wie es neudeutsch immer häufiger heißt, „private enforcement“ auf diesem Podium aktiv. Es ist ziemlich genau sechs Jahre her, dass Herr Professor Bornkamm, seinerzeit Mitglied des Kartellsenats beim Bundesgerichtshof, in seinem Vortrag mit dem Thema „Zivilrechtliche Sanktionen bei Kartellverstößen“ einen Überblick über die rechtlichen Perspektiven der privaten Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland und Europa gegeben hat.

Der eine oder andere von Ihnen wird sich gewiss an die lebhaft und mitunter sehr kontroverse Diskussion erinnern, die das Szenario einer sich abzeichnenden vermehrten gerichtlichen und außergerichtlichen Durchsetzung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche als solche wie auch deren Berechtigung in Frage stellte und eher dem Bereich „science fiction“ zuweisen wollte.

Heute gibt es genügend Hinweise darauf, dass das private enforcement in der Rechtskultur von Unternehmen seinen Platz gefunden hat und in der europäischen Rechtswirklichkeit angekommen ist.

Der jüngeren Presse ist zu entnehmen, dass auch namhafte Unternehmen wie die HUK-Coburg oder die Deutsche Bahn nicht davor zurückschrecken, als Anspruchsteller genannt zu werden.¹ Nicht unerheblich scheint mir darüber hinaus die Anzahl und die Bedeutung der Fälle zu sein, in denen Schadensersatzleistungen ohne Inanspruchnahme der ordentlichen Gerichtsbarkeit erfolgreich abgeschlossen werden können. In diesem Gesamtkontext nimmt sich die Zahl der von CDC initiierten Rechtsstreitigkeiten – es sind bislang nur zwei² – doch

* Managing Director, CDC Cartel Damage Claims Services SPRL, Brüssel. Vortrag anlässlich des 44. FIW-Symposiums „Sanktionen im Kartellrecht“, 09.-11.03.2011, Innsbruck. Der Vortrag gibt ausschließlich die persönliche Meinung des Autors wieder. Der Verfasser dankt den Herren Dr. Till Schreiber, LL.M. und Dr. Carsten Krüger, LL.M. für ihre Unterstützung bei der Erstellung dieses Manuskripts.

¹ Vgl. dazu z. B. folgende Beiträge: FTD v. 08.06.2010 (<http://m.ftd.de/artikel/50124031.xml?v=2.0>); FAZ.net v. 20.12.2010 (www.faz.net/s/RubD16E1F55D21144C4AE3F9DDF52B6E1D9/Doc~E1F0F6B21D1D349CC92D3E13166A0CF7B~ATpl~Ecommon~Scontent.html).

² Zum einen das am LG Düsseldorf nunmehr unter dem Az. 37 O 200/09 [Kart] anhängige Verfahren *Zementkartell* (näheres dazu unter: www.carteldamageclaims.com/GermanCement), zum anderen das am LG Dortmund unter dem Az. 13 O 23/09 Kart anhängige Verfahren *Wasserstoffperoxidkartell* (näheres dazu unter: www.carteldamageclaims.com/HydrogenPeroxide.shtml).

eher bescheiden aus. Gleichwohl geben sie genügend Anlass, über die im Rahmen unserer Tätigkeit gemachten Erfahrungen zu berichten.

Befassen möchte ich mich ausschließlich mit Schadensersatzansprüchen aus Hardcore-Kartellen.³ Dabei liegt der Kern der Zuwiderhandlung regelmäßig in der Festsetzung von Quoten oder Preisen für Produkte oder Dienstleistungen oder in der Allokation von Abnehmern und Märkten.⁴ Die angenommene Zuwiderhandlung soll sich zudem in mehreren EU-Mitgliedsstaaten abspielen und auswirken.

Gegenstand meiner Überlegungen sind weiter ausschließlich sogenannte „follow-on“-Maßnahmen. Im Gegensatz zu den sogenannten „stand-alone actions“ charakterisiert erstere, dass Schritten zur Anspruchsdurchsetzung eine Ahndung verbotswidrigen Verhaltens durch die Europäische Kommission oder durch nationale Kartellbehörden vorausgegangen ist.⁵

In dem nun folgenden I. Teil meiner Ausführungen möchte ich Sie kurz über die aus meiner Sicht wesentlichen materiellen Rechtsentwicklungen der vergangenen Dekade informieren.

Diesen Ausführungen schließt sich in einem II. Teil die Erörterung zivilprozessualer Besonderheiten und praktischer Schwierigkeiten bei der Rechtsdurchsetzung an. Wie wir sehen werden, stehen diese häufig mehr oder minder unmittelbar im Zusammenhang mit der Analyse und dem Nachweis der ökonomischen Auswirkungen von Kartellen, die ich in einem III. Teil abhandle und den ich mit dem Versuch eines Ausblicks abschließe.

I.

Materiell-rechtliche Entwicklungen durch Rechtsprechung und Gesetzgebung in Europa seit *Courage* und *Manfredi*

1. Ausgangslage

Wie der Gerichtshof schon in seinen Entscheidungen *Courage* 2001 und *Manfredi* 2006 festgestellt hat, kann jedermann den Ersatz des Schadens verlangen, der ihm durch einen Verstoß gegen Art. 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung des Lissabon-Vertrages – AEUV – (zuvor Art. 81 EG) entstanden ist.⁶ Dies gilt gleichermaßen für natürliche Personen wie für Unternehmen.

Ob sich für die betroffenen Unternehmen daraus in Verbindung mit den jeweils geltenden Vermögensbetreuungspflichten ihrer Unternehmensorgane eine **Obliegenheit** ableiten lässt,

³ Vgl. zu dieser Klarstellung z. B. *Wissenbach*, in: Tietje, Christian/u. a., Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 60, 2006, S. 17 f.

⁴ Vgl. OECD Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels, erlassen in der 921. Sitzung v. 25.03.1998, C/M(98)7/PROV, unter I. A. 2. a.

⁵ Vgl. dazu BReg.-Begr., BT-Drs. 15/3640, S. 35 f.

⁶ EuGH, C-453/99, Slg. 2001, I-6297, Rn. 24 ff. – *Courage*; C-295/04 u. a., Slg. 2006, I-6619, Rn. 58 ff. – *Manfredi*.

Schadensersatzansprüche zu prüfen und deren Durchsetzung ggf. zu betreiben, soll an dieser Stelle offenbleiben, wird aber vermehrt bejaht.⁷

Die Durchsetzung der Schadensersatzansprüche richtet sich grundsätzlich nach den für den Verstoß gegen die entsprechenden nationalen Kartellverbote relevanten nationalen Vorschriften.⁸ So dient in Deutschland § 33 GWB in der seit dem Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle 2005 maßgeblichen Fassung nicht nur der Durchsetzung des deutschen, sondern auch des europäischen Kartellrechts.⁹

Jedenfalls bei Kartellen mit unionsweiten Auswirkungen ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der individuelle Anspruch auf Schadensersatz **unmittelbar** im EU-Recht verankert.¹⁰ Die Europäische Kommission verweist hierauf zu Recht in ihrem 2008 publizierten Weißbuch zu Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts. Dort heißt es:

„Der Anspruch von Geschädigten auf Schadensersatz ist, wie der Europäische Gerichtshof (EuGH) 2001 und 2006 bekräftigte, im Gemeinschaftsrecht verankert.“¹¹

Nach unionsrechtlichen Vorgaben sind dabei drei Bedingungen zu erfüllen:¹²

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

Neben der primärrechtlichen Anspruchsgrundlage stehen subsidiär die nationalen Anspruchsgrundlagen:¹³

In Deutschland gilt die Spezialnorm des § 33 Abs. 3 GWB, auf die ich später noch detaillierter eingehen werde.

In anderen Mitgliedsstaaten ist häufig auf Anspruchsgrundlagen aus dem allgemeinen Deliktsrecht in Verbindung mit Art. 101 AEUV zurückzugreifen.¹⁴

⁷ Vgl. *Franz/Jüntgen*, BB 2007, 1681 ff. (insb. 1686).

⁸ Sogenannte „Verfahrensautonomie“, vgl. EuGH, C-295/04 u. a., Slg. 2006, I-6619, Rn. 64 – *Manfredi*.

⁹ Zur vorher geltenden Anknüpfung einer Schadensersatzpflicht wegen Verstoßes gegen die EU-Wettbewerbsregeln an § 823 Abs. 2 BGB z. B. OLG Karlsruhe, Urt. v. 11.06.2010, 6 U 118/05 (Kart.) (08), Umdruck S. 9; LG Dortmund, WuW/E DE-R 1352, 1353 – *Vitaminpreise Dortmund*; *Emmerich*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 4. Aufl., § 33 Rn. 20 f. m. w. N.

¹⁰ EuGH, C-295/04 u. a., Slg. 2006, I-6619, Rn. 64 („*Ausübung dieses Rechts*“), 95 – *Manfredi*.

¹¹ Weißbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, KOM(2008) 165 endg., S. 2; vgl. GA Mazák, Schlussanträge v. 16.12.2010, WuW/E EU-R 1882, 1893, Rn. 36 – *Pfleiderer*.

¹² EuGH, C-295/04 u. a., Slg. 2006, I-6619, Rn. 61 – *Manfredi*. Zum Verschuldenserfordernis bei einem Verstoß gegen EU-Kartellrecht z. B. *Mäsch*, in: ders., *Praxiskommentar Kartellrecht*, 2010, § 33 GWB Rn. 43 (ablehnend) m. w. N.

¹³ Freilich ist str. ob Art. 101 AEUV selbst unmittelbar eine Anspruchsgrundlage bildet, vgl. *Säcker/Jaecks*, in: *MüKo*, Kartellrecht Bd. 1, 2007, Art. 81 EG Rn. 822 ff. m. w. N. Die praktischen Auswirkungen dieses Streits sind jedoch gering, vgl. *Bulst*, *Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht*, 2006, S. 200.

Nach den vom Gerichtshof aufgestellten Bedingungen unterliegen nationale Vorschriften dem unionsrechtlichen Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz:¹⁵

Der Effektivitätsgrundsatz gewährleistet, dass innerstaatliche Vorschriften die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung begründeten Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.

Nach dem Äquivalenzprinzip dürfen die zur Ausübung des Primärrechts geltenden Regeln nicht weniger günstiger sein, als bei Rechtsbehelfen, die nur innerstaatliches Recht betreffen.

Der Gerichtshof geht in seiner Rechtsprechung vom Grundsatz der vollständigen Entschädigung aus.¹⁶ Dabei umfasst der Anspruch folgende Positionen:¹⁷

- den Ersatz des eigentlichen Vermögensschadens, also eines etwaigen kartellbedingten Aufpreises,

¹⁴ Vgl. *Ashurst*, Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, comparative report, 2004 („Ashurst-Studie“), S. 27 ff.; ICN, Interaction of Public and Private Enforcement in Cartel Cases, Report to the ICN annual conference, Moscow, May 2007 (abrufbar unter: www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc349.pdf), S. 5 („Regarding the statutory bases for actions for damages in competition matters, almost half of the competition laws surveyed provide for an explicit statutory rule, while a plaintiff in the other jurisdictions may base his claims on general provisions of the national civil code or – in few cases – on provisions of the commercial code. However, even in those jurisdictions providing for a specific statutory basis, the conditions of liability are by and large regulated by the general provisions of tort and contract law. Therefore, in a number of these jurisdictions, the specific provisions do not deviate in any material manner from the general rules for damages“).

¹⁵ EuGH, C-453/99, Slg. 2001, I-6297, Rn. 29 – *Courage*; C-295/04 u. a., Slg. 2006, I-6619, Rn. 62 – *Manfredi*; vgl. zu den im nationalen Recht zu beachtenden allgemeinen Prinzipien des Unionsrechts auch: Bekanntmachung der Europäischen Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrags, ABl. (EG) C 101/54 v. 27.04.2004, Rn. 10; siehe weiter GA in Kokott, Schlussanträge, C-8/08, Slg. 2009, I-4529, Rn. 82 ff. (insb. 83 f., 87 ff.) – *T-Mobile Netherlands* (freilich ist vorher genau zu prüfen, ob und ggf. in welchem Umfang das Auslegungsergebnis schon unmittelbar durch das EU-Recht vorgegeben ist, vgl. mit Blick auf die vorgenannten Schlussanträge: *Sura*, in: Langen/Bunte, Bd. 2: Europäisches Kartellrecht, 11. Aufl., VO Nr. 1/2003, Art. 2 Rn. 1; siehe dagegen wiederum GA in Kokott, ebd., Rn. 90).

¹⁶ Vgl. Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on damage actions for breach of the EC antitrust rules, SEC(2008) 404, Rn. 187.

¹⁷ EuGH, C-295/04 u. a., Slg. 2006, I-6619, Rn. 95 ff., 100 – *Manfredi*.

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

2. Anwendbares materielles Recht für Kartellverstöße

Hat ein Kartellverstoß, wie angenommen, Bezug zu mehreren Mitgliedsstaaten, ist die Frage des anwendbaren Sachrechts zu klären.

Für Kartellverstöße vor dem 11. Januar 2009 ist das internationale Privatrecht (IPR) des Forumstaates für die Bestimmung des anwendbaren Rechts maßgeblich. Im Kartelldeliktsrecht wird es generell das Deliktsstatut sein.¹⁸

So verweist etwa Art. 40 EGBGB in Deutschland grundsätzlich auf das Recht des Handlungsortes, es sei denn der Geschädigte macht von seinem Recht auf Wahl des Erfolgsorts Gebrauch. Ob es einen einheitlichen Handlungsort für Zuwiderhandlungen in mehreren Mitgliedstaaten geben kann, der das anwendbare Sachrecht unabhängig vom jeweiligen Sitz der Kartellbeteiligten und für sämtliche Zuwiderhandlungen maßgeblich bestimmt, wird unter anderem in dem zur Zeit beim Landgericht Dortmund rechtshängigen Verfahren *Wasserstoffperoxid*¹⁹ zu klären sein. Die Vorsitzende Richterin scheint dies in einer ersten Einschätzung zumindest für möglich zu halten.²⁰

Bei Verstößen die ab dem 11. Januar 2009 begangen worden sind, richten sich die einschlägigen Kollisionsregeln nach der Rom II-Verordnung.²¹

In deren Art. 6 Abs. 3 lit. b) befindet sich nunmehr eine Sonderkollisionsnorm für kartellrechtliche Schadensersatzklagen, die an das Recht des Staates anknüpft, dessen Markt beeinträchtigt ist. Wirkt sich die Wettbewerbsbeschränkung in mehreren Mitgliedsstaaten aus, findet ausschließlich das Heimatrecht des angerufenen Gerichts Anwendung, falls der Markt im Forumstaat zu den Märkten gehört, die unmittelbar und wesentlich beeinträchtigt sind. Diese lex-foi-Regel hat den Vorteil, dass das zuständige Gericht einheitlich nach dem ihm vertrauten Recht entscheidet.

Materiellrechtliche Auswirkungen aus dem anwendbaren Recht ergeben sich vor dem Hintergrund der unmittelbaren Verankerung des Schadensersatzanspruchs im Unionsrecht und

¹⁸ Zum „Deliktsstatut“ nach Art. 40 EGBGB (vor Inkrafttreten der Rom II-VO): *Heldrich*, in: Palandt, BGB, 67. Aufl. (!), EGBGB (IPR), Art. 40 Rn. 16; zur deliktsrechtlichen Qualifikation der Haftung nach dem GWB z. B. BGH, GRUR 1966, 344, 345 – *Glühlampenkartell*; vgl. jüngst Vorlagebeschl. v. 01.02.2011, KZR 8/10, Rn. 10. Art. 40 EGBGB hat aufgrund des Gesetzes zum IPR für außervertragliche Schuldverhältnisse und für Sachen v. 21.05.1999 (BGBl. I, 102) den früheren Art. 38 EGBGB a. F. abgelöst.

¹⁹ Vgl. oben Fußnote 2.

²⁰ Vgl. zur mündlichen Verhandlung im *Wasserstoffperoxidkartell*-Verfahren: *Bloomberg v. 16.12.2010* (abrufbar unter: www.bloomberg.com/news/2010-12-15/akzo-fmc-targeted-in-german-suit-that-follows-u-s-class-action-principle.html). Siehe entsprechend *W.-H. Roth*, FS Kropholler, 2008, S. 623, 624 („*Das Kollisionsrecht hat dafür Sorge zu tragen, dass in den Fällen, in denen europäisches Kartellrecht einen Anwendungsanspruch erhebt, eines der mitgliedsstaatlichen Deliktsrechte zur Anwendung gelangt, um dem vom Gerichtshof formulierten Durchsetzungsinteresse Genüge zu tun*“).

²¹ *Thorn*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl., EGBGB (IPR), vor Art. 38 Rn. 1.

den daraus abgeleiteten Grundsätzen der Effektivität und der Äquivalenz, soweit ersichtlich, vor allem noch für die Frage der Höhe des Zinsanspruchs, für eine mögliche Verjährung des Schadensersatzanspruchs und hinsichtlich des Einwands der Schadensabwälzung, der sogenannten „passing-on defence“.

Auf diese drei Themenkomplexe möchte ich nachfolgend kurz eingehen.

– Zum Zinsanspruch

Nach *Manfredi* ist der Zinsanspruch „*unerlässlicher Bestandteil der Entschädigung*“, also unmittelbarer Bestandteil des materiellen Schadensersatzanspruchs.²² Der primärrechtlich garantierte Anspruch auf vollständige Entschädigung umfasst die Zahlung von Zinsen ab dem Schadenseintritt nach den anwendbaren nationalen Rechtsvorschriften.²³

Die in der *Manfredi*-Entscheidung des Gerichtshofs in Bezug genommene Entscheidung *Marshall* präzisiert dies dahingehend, dass mindestens der „*tatsächliche*“ Wert des Schadens zu ersetzen sei, so dass sich dieser nicht durch Zeitablauf verringere.²⁴ Abgesehen davon, dass dies einen Beginn des Zinslaufs ab dem Zeitpunkt der Zahlung des kartellbedingt überhöhten Einkaufspreises bedingt, ist über die konkrete Höhe des Zinsanspruchs keine Entscheidung getroffen. Der Zinssatz muss „*angemessen*“ sein.²⁵ Soweit nationale Zinssätze zu niedrig sein sollten, wären sie anzupassen.

Falls Rechtsordnungen in ihrem allgemeinen Schadensersatzrecht die Zahlung von Zinseszinsen („*compound interest*“) vorsehen, ist dies für die Verzinsung des Schadensersatzanspruchs maßgeblich, wenn und soweit das materielle Schadensersatzrecht des jeweiligen Mitgliedsstaats zur Anwendung gelangt.²⁶

Zieht man die häufig sehr lange Laufzeit von Kartellen, die Dauer der nachfolgenden kartellbehördlichen Ermittlungen und eines anschließenden, ggf. über mehrere Instanzen geführten Zivilrechtstreits in Betracht, können die Höhe des Zinssatzes und die Art der Zinsberechnung erhebliches Gewicht haben. Wie wir beobachten, überwiegt der Zinsanteil der errechneten Entschädigung in Einzelfällen je nach Zinssatz und Berechnungsmodus den Betrag des eigentlichen Vermögensschadens bei weitem. Deshalb ist die Frage des anwendbaren Sachrechts durchaus von Bedeutung.

– Zur Verjährung

Für die Frage der möglichen Verjährung von Schadensersatzansprüchen gelten die Ausführungen zur Verzinsung weitgehend sinngemäß. Die Verjährung richtet sich grundsätzlich

²² EuGH, C-295/04 u. a., Slg. 2006, I-6619, Rn. 95, 97 – *Manfredi*.

²³ Siehe den Verweis in EuGH, C-295/04 u. a., Slg. 2006, I-6619, Rn. 97 – *Manfredi* auf: C-271/91, Slg. 1993, I-4367, Rn. 28, 31 – *Marshall*; vgl. Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on damage actions for breach of the EC antitrust rules, SEC(2008) 404, Rn. 187.

²⁴ EuGH, C-271/91, Slg. 1993, I-4367, Rn. 31 – *Marshall*.

²⁵ EuGH, C-271/91, Slg. 1993, I-4367, Rn. 26 – *Marshall*.

²⁶ Die Zubilligung von Zinseszinsen verstieße nicht gegen den deutschen ordre public, vgl. OLG Hamburg, NJW-RR 1999, 1738, 1739; *Geimer*, IZPR, 6. Aufl., Rn. 2971.

nach dem anwendbaren nationalem Recht. Allerdings sind bei seiner Anwendung wiederum das Äquivalenz- und das Effektivitätsgebot von besonderer Bedeutung.²⁷

Die Europäische Kommission hat im Rahmen ihres Staff Working Paper unter Hinweis auf *Manfredi* zu Recht Bedenken gegen nationale Verjährungsvorschriften angemeldet,

- soweit diese an den einzelnen Elementen einer einheitlichen und fortdauernden Zuwiderhandlung gegen Art. 101 AEUV anknüpfen und zur Folge haben, dass die Verjährungsfrist abgelaufen ist, bevor die Zuwiderhandlung beendet wurde.²⁸

Als mit *Manfredi* nicht vereinbar angesehen werden auch

- sehr kurze Verjährungsfristen,
- Verjährungsfristen ohne Unterbrechungsmöglichkeit und
- Bestimmungen, nach denen eine Verjährung möglich sein soll, ohne dass der Geschädigte Kenntnis von seiner Anspruchsberechtigung genommen haben konnte.²⁹

Da es sich bei den Verjährungsvorschriften in der Regel um materiellrechtliche Regelungen handelt, müsste ein Gericht in „multi-state“-Altfällen, in denen die Rom II-Verordnung noch nicht zur Anwendung gelangt, möglicherweise die Verjährungsvorschriften eines anderen Mitgliedsstaates unionsrechtskonform auslegen, sollte es dessen Sachrecht für anwendbar erachten.

Zu beachten ist schließlich das Zusammenspiel von Verjährungsfristen und Rechtsmitteln gegen kartellbehördliche Verbotsentscheidungen. In vielen Mitgliedsstaaten führt die Einlegung von Rechtsmitteln zu einer Unterbrechung der Verjährungsfristen. So ist etwa nach § 33 Abs. 5 GWB die dreijährige Regelverjährung auch für die Dauer eines Gerichtsverfahrens gehemmt, das sich an das kartellbehördliche Verfahren anschließt. Diese klare gesetzliche Regelung ist zu begrüßen.

²⁷ EuGH, C-295/04 u. a., Slg. 2006, I-6619, Rn. 73 ff. – *Manfredi*.

²⁸ Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on damage actions for breach of the EC antitrust rules, SEC(2008) 404, Rn. 234 unter Hinweis auf: EuGH, C-295/04 u. a., Slg. 2006, I-6619, Rn. 79 – *Manfredi*.

²⁹ Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on damage actions for breach of the EC antitrust rules, SEC(2008) 404, Rn. 231 unter Hinweis auf: EuGH, C-295/04 u. a., Slg. 2006, I-6619, Rn. 78 – *Manfredi*.

– Passing-on Defence

Die wohl wichtigste und für mögliche Kartellopfer von ihrer Tragweite her bedeutsamste Entwicklung hat das Kartellschadensersatzrecht – jedenfalls in Deutschland – meines Erachtens in der Frage der Schadensentstehung und der möglichen späteren „Schadensabwälzung“ (passing-on defence) genommen.

Es würde den Rahmen dieses Vortrags sprengen, sämtliche die Diskussion prägenden Argumente abzuhandeln.³⁰

Die Situation im materiellrechtlichen Anwendungsbereich des GWB stellt sich aufgrund von § 33 Abs. 3 S. 2 GWB nunmehr wie folgt dar:

„Wird eine Ware oder Dienstleistung zu einem übersteuerten Preis bezogen, so ist der Schaden nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Ware oder Dienstleistung weiterveräußert wurde.“

Die Vorschrift setzt ihrem Wortlaut nach zunächst voraus, dass ein Schaden bereits mit dem Warenbezug entstanden ist.³¹

Aufgrund dieser mit der 7. GWB-Novelle eingeführten Bestimmung ist die frühere Rechtsprechung verschiedener Landgerichte und etwa des Oberlandesgerichts Karlsruhe gegenstandslos geworden. Ihr zufolge hätte der Geschädigte darlegen müssen, dass es ihm **nicht** gelungen ist, den überhöhten Preis an seine Abnehmer weiterzugeben.³²

Aus der Gesetzesbegründung geht hervor, dass es sich um eine Klarstellung handelt, die erklärtermaßen auch schon dem Rechtsstand vor dem Inkrafttreten der Novelle entsprochen haben soll.³³ Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich ebenfalls eindeutig, dass die Vorschrift den möglichen Einwand, es habe eine Schadensabwälzung auf nachfolgende Marktstufen stattgefunden, nicht grundsätzlich ausschließt.³⁴ Nach heute herrschender Auffassung ist die Frage der Berücksichtigung des Einwands der Schadensabwälzung nach den Grundsätzen des Vorteilsausgleiches zu beantworten.³⁵

³⁰ Eingehend dazu aus jüngerer Zeit z. B. *Bulst*, in: Möschel/Bien, Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadenersatzklagen, 2010, S. 225 ff.

³¹ *Bornkamm*, in: Langen/Bunte, Bd. 1: Deutsches Kartellrecht, 11. Aufl., § 33 Rn. 112, 113 ff.; Beschluss des Bundesrats v. 04.07.2008, BR-Drs. 248/08(B), Rn. 16.

³² LG Mannheim, GRUR 2004, 182, 184; nachgehend OLG Karlsruhe, WuW/E DE-R 1229, 1230 f. – *Vitaminpreise*.

³³ Vgl. KG, WuW/E DE-R 2773, 2784 f. – *Berliner Transportbeton*; OLG Karlsruhe, Urt. v. 11.06.2010, 6 U 118/05 (Kart.) (08), Umdruck S. 15; Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit, BT-Drucks. 15/5049, S. 48; *Zimmer/Logemann*, WuW 2006, 982, 986 m. w. N.

³⁴ Der Gesetzgeber überlässt die Problematik der Rechtsprechung, favorisiert aber ersichtlich eine restriktive Handhabung, wenn nicht einen regelmäßigen Abschluss der passing-on defence, vgl. Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit, BT-Drucks. 15/5049, S. 48 („*Der Gesetzentwurf der Bundesregierung weist darauf hin, dass die herrschende Meinung im kartellrechtlichen Schrifttum bereits jetzt die Auffassung vertritt, dass eine Vorteilsausgleichung im Fall der Abwälzung des Schadens nicht in Betracht kommt (Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, 3. Aufl. § 33 Rn. 40; Hempel, WuW 2004, 364 m.w.N.). In jedem Fall ist für die im Rahmen der Schadensminderung zu berücksichtigenden Umstände der Schädiger darlegungs- und beweisbelastet*“); Beschluss des Bundesrats v. 04.07.2008, BR-Drs. 248/08(B), Rn. 16 ff.

³⁵ Statt vieler: *Bornkamm*, in: Langen/Bunte, Bd. 1: Deutsches Kartellrecht, 11. Aufl., § 33 Rn. 114.

Danach gilt:

Selbst wenn es dem Abnehmer der ersten Marktstufe gelingen sollte, die Preisüberbeteuerung ganz oder teilweise an Folgeabnehmer weiterzugeben, soll dies dem in Anspruch genommenen Kartellteilnehmer nur dann zugute kommen, wenn der Vorteil adäquat kausal verursacht wurde und die Anrechnung des Vorteils dem Sinn und Zweck der Schadensersatzpflicht nicht zuwiderläuft.³⁶ Das wäre aber der Fall, wenn die Anrechnung dem Schädiger die Vorteile der Zuwiderhandlung belässt. Dabei obliegt der Nachweis, dass und in welchem Umfang der Geschädigte aus der Weitergabe des Preisaufschlags einen Nutzen gezogen hat, sowie beide der genannten Bedingungen vorliegen, in vollem Umfang dem Schädiger.³⁷

Inzwischen haben deutsche Obergerichte eine Vorteilsanrechnung aus wertenden Gesichtspunkten, insbesondere aufgrund der intendierten Abschreckungswirkung der kartellrechtlichen Schadensersatzpflicht, grundsätzlich ausgeschlossen.³⁸

So führt etwa das Kammergericht 2009 im Urteil *Berliner Transportbeton* aus, die Durchführung der Vorteilsausgleichung würde faktisch dazu führen, dass die Kartellmitglieder weder Schadensersatz gegenüber den Unternehmen der zweiten Marktstufe noch gegenüber Unternehmen der dritten Marktstufe leisten müssten.³⁹

Das Oberlandesgericht Karlsruhe kommt in seinem Urteil *Selbstdurchschreibepapier 2010* zu dem Ergebnis, dass die Zulassung der passing-on defence gerade unter dem vom Gerichtshof betonten Aspekt des Erfordernisses einer effektiven Durchsetzung des Unionsrechts verfehlt wäre.⁴⁰ In der Konsequenz schließt das Oberlandesgericht Karlsruhe damit jedoch zugleich die Anspruchsberechtigung mittelbarer Abnehmer kategorisch – und wie ich meine zu Unrecht – aus.⁴¹

Bejaht man im Grundsatz, dass eine mehrfache Schadensersatzverpflichtung des Kartellmitglieds wegen einer Weiterveräußerung der gelieferten Waren auf mehreren Nachfolgeabsatzstufen vermieden werden soll und bejaht man andererseits gleichermaßen im Sinne des „Jedermann“-Kriteriums des Gerichtshofs eine grundsätzliche Anspruchsberechtigung auch mittelbarer Kartellbetroffener, so scheint es, als werde mit einem generellen Ausschluss der Anspruchsberechtigung von indirekten Abnehmern, wie ihn das Oberlandesgericht Karlsruhe vornimmt, dem Effektivitätsgrundsatz ein Bärendienst erwiesen. Liegen konkrete und belastbare Anhaltspunkte für eine partielle oder vollständige Schadensweiterleitung auf nachfolgende Marktstufen vor, so muss es den dort Betroffenen möglich sein, ihre Ansprüche geltend zu machen.

³⁶ *Bornkamm*, in: Langen/Bunte, Bd. 1: Deutsches Kartellrecht, 11. Aufl., § 33 Rn. 116 m. w. N.

³⁷ LG Dortmund, WuW/E DE-R 1352, 1354 – *Vitaminpreise Dortmund*; Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit, BT-Drs. 15/5049, S. 48; *Mäsch*, in: ders., Praxiskommentar Kartellrecht, 2010, § 33 GWB Rn. 53.

³⁸ Siehe auch den Beschluss des Bundesrats v. 04.07.2008, BR-Drs. 248/08(B), Rn. 16 (schon kein hinreichend qualifizierter Zusammenhang zwischen Weiterverkaufserlös und kartellbedingt übersetzter Entgeltberechnung) m. w. N.

³⁹ KG, WuW/E DE-R 2773, 2785 – *Berliner Transportbeton*.

⁴⁰ OLG Karlsruhe, Urt. v. 11.06.2010, 6 U 118/05 (Kart.) (08), Umdruck S. 16.

⁴¹ Ebd., Umdruck S. 14 ff.

Aus deren Blickwinkel bedarf es eher einer „passing-on **offence**“. Sie sollte grundsätzlich greifen, wenn in mehrstufigen Lieferbeziehungen keine Weiterverarbeitung der bezogenen Waren stattgefunden hat („cost-plus“ Verträge).⁴² Eine Mehrfachbelastung der Kartellmitglieder kann weitestgehend vermieden werden, soweit man mit dem Kammergericht in Sachen *Berliner Transportbeton* eine partielle Gesamtgläubigerschaft der Angehörigen nachgelagerter Marktstufen annimmt.⁴³ Jedenfalls im Ergebnis scheint der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs der Auffassung des Kammergerichts zu folgen. Denn der Nichtzulassungsbeschwerde gegen das Urteil des Kammergerichts wurde nicht abgeholfen.⁴⁴

3. Zwischenergebnis

Auch wenn noch Klärungsbedarf durch die Rechtsprechung in einigen Detailfragen bestehen mag, ist insgesamt doch EU-weit eine eindeutige Ausrichtung in Rechtsetzung und Rechtsanwendung an den Vorgaben des Gerichtshofs in *Courage* und *Manfredi* zu beobachten. Dabei scheint nicht zuletzt die Diskussion innerhalb der Richterschaft zu einer recht weitreichenden Annäherung der verschiedenen Rechtspositionen geführt zu haben. Sie kommt unter anderem in der Stellungnahme der „European Association of Competition Law Judges“ im Rahmen der Konsultationen zum Weißbuch zum Ausdruck.⁴⁵

II.

Prozessrechtliche Rahmenbedingungen der Anspruchsdurchsetzung

1. Zur internationalen Zuständigkeit der Zivilgerichte in Schadensersatzklagen

Bevor ich mich prozessualen Aspekten und Beweisfragen zuwende, möchte ich mich mit den möglichen Gerichtsständen einer Schadensersatzklage befassen.

Bei grenzüberschreitenden Kartellrechtsverstößen richtet sich die internationale Zuständigkeit für Schadensersatzklagen nach der Verordnung Nr. 44/2001 über die gerichtliche Zuständigkeit, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handels-sachen (EuGVVO).

Der Kläger kann seine Klage grundsätzlich vor sämtlichen Gerichten erheben, deren Zuständigkeit aus der EuGVVO abgeleitet werden kann. In jedem Fall handelt es sich dabei um den allgemeinen Gerichtsstand des Art. 2 Abs. 1 EuGVVO. Er begründet die Zuständigkeit der Gerichte des Mitgliedstaats in dem der Beklagte seinen Sitz hat. Zusätzlich kommt der Ge-

⁴² Entsprechend zur Reichweite des Ausschlusses der passing-on **defence**: Ein Zurechnungszusammenhang zwischen Weiterverkaufserlös und kartellbedingt überhöhter Entgeltberechnung erscheint dort, wenn man ihn bejaht (vgl. *Bulst*, in: Möschel/Bien, Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadenersatzklagen, 2010, S. 225, 234 f. m. w. N.), jedenfalls im Falle einer Wertschöpfung durch Weiterverarbeitung auf einer Stufe der Absatzkette fraglich, vgl. *Bornkamm*, in: Langen/Bunte, Bd. 1: Deutsches Kartellrecht, 11. Aufl., § 33 Rn. 125 (Nachweisproblem); *Bulst*, ebd., S. 242 (evtl. Unterbrechung des Kausalzusammenhangs).

⁴³ KG, WuW/E DE-R 2773, 2783 ff. – *Berliner Transportbeton*.

⁴⁴ BGH, Beschl. v. 08.06.2010, KZR 45/09.

⁴⁵ Unter: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/judges_en.pdf.

rechtsstand der **unerlaubten Handlung** nach Art. 5 Nr. 3 EuGVVO in Betracht.⁴⁶ Die Vorschrift verweist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs auf zwei alternative Orte, hinsichtlich derer im Sinne der sogenannten „Ubiquitätsregel“ ein Wahlrecht des Klägers besteht:⁴⁷

1. den Ort, an dem die schadensverursachende Handlung vorgenommen wurde (**Handlungs-ort**) und
2. den Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist (**Erfolgsort**).

Als kartelldeliktsrechtliche Handlungsorte kommen insbesondere der Ort, an dem Kartellabsprachen getroffen wurden, möglicherweise aber auch der Ort in Betracht, an dem einzelne Kartellmitglieder die Absprachen unternehmensintern und/oder gegenüber ihren Abnehmern umgesetzt haben.⁴⁸

Eine Festlegung für den potentiellen Kläger setzt insoweit eine hinreichend genaue Kenntnis über die Modalitäten der Kartellpraktizierung voraus. Sie wird aufgrund der bestehenden asymmetrischen Beweissituation häufig nicht gegeben sein.⁴⁹

Von daher könnte es im Einzelfall nahe liegen, stattdessen den Erfolgsort als Anknüpfungspunkt einer Schadensersatzklage zu nehmen. Nach dem Gerichtshof ist dies „*der Ort der Verwirklichung des Schadenserfolges*“.⁵⁰ Unterstellt man, dass der durch das Kartell verursachte Schaden in erster Linie in dem Vermögensverlust besteht, der beim Kläger durch Zahlung eines kartellbedingt überhöhten Preises eingetreten ist, wird sich so in der Regel eine Zuständigkeit des Gerichts am Sitz der Klägerin begründet. So hat etwa das Landgericht Dortmund im Fall *Vitaminkartell* seine örtliche Zuständigkeit am Sitz der Klägerin wie folgt begründet:

„Bei auf Ersatz von Vermögensschäden gerichteten Klagen fällt der zuständigkeitsbegründende Erfolgsort als Ort der Verletzung des Rechtsguts mit dem Schadensort zusammen, wenn Erfolg und Schaden in der Beeinträchtigung des Vermögens liegen.“⁵¹

Es sei hierzu angemerkt, dass der Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf unter dem vormaligen Vorsitzenden, Herrn Belker, im Rahmen der mündlichen Erörterung des Rechts-

⁴⁶ LG Dortmund, WuW/E DE-R 1352, 1353 – *Vitaminpreise Dortmund*.

⁴⁷ Grundlegend EuGH, C-21/76, Slg. 1976, I-1735, Rn. 15 – *Bier/Mines de Potasse d'Alsace*; eingehend Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2010, § 6 II, Rn. 66 ff.; siehe auch die Nachw. in dem BGH-Zitat unten Fußnote 52.

⁴⁸ *Schreiber*, KSzW 01.2011, 37, 39 m. w. N.

⁴⁹ Vgl. Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on damage actions for breach of the EC antitrust rules, SEC(2008) 404, Rn. 88, 90; *Krüger*, *Kartellregress*, S. 30 f. m. w. N.

⁵⁰ EuGH, C-21/76, Slg. 1976, I-1735, Rn. 15 – *Bier/Mines de Potasse d'Alsace*.

⁵¹ LG Dortmund, WuW/E DE-R 1352, 1353 – *Vitaminpreise Dortmund*.

streits im Zuge der Berufungsverhandlung angedeutet hat, dieser Rechtsauffassung des Landgerichts Dortmund uneingeschränkt folgen zu wollen.⁵²

Für die kartellrechtliche Schadensersatzpraxis bedeutsam ist jedoch insbesondere der über **Art. 6 Nr. 1 EuGVVO** eröffnete Gerichtsstand der Streitgenossenschaft. Aus Sicht eines Klägers wird es häufig sinnvoll sein, seine Klage gegen mehrere Kartellmitglieder zu richten, haften sie doch als Gesamtschuldner.⁵³ Dafür kann beispielsweise die Vermeidung von Insolvenzrisiken sprechen, aber auch etwa die Notwendigkeit verjährungsunterbrechender Maßnahmen gegenüber sämtlichen ernsthaft in Betracht kommenden Anspruchsgegnern. Auch die Vermeidung des mehrfachen Aufwands zur Klärung weitgehend identischer Sachverhalte vor einem Gericht mag für ein einheitliches Vorgehen sprechen. In diesen Fällen ermöglicht Art. 6 Nr. 1 EuGVVO, 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 (Konnexität).⁵⁴

Dieser hinreichende Sachzusammenhang wird bei Kartellklagen in der Regel gegeben sein, insbesondere weil

- die Klagen auf einem einheitlichen Rechtsgrund in Form eines gemeinschaftlichen Verstoßes gegen dieselbe EU-Verbotnorm – Art. 101 AEUV – beruhen,
- die Klagen sich auf denselben Sachverhalt in Form derselben oder in unmittelbarem Kontext zueinander stehender Kartellabsprachen beziehen und
- der Erfolg der Klage von der Entscheidung gemeinsamer Vorfragen abhängt. Dazu zählt insbesondere die Frage, ob und inwieweit der gemeinsam begangene Kartellrechtsverstoß einen Schaden kausal verursacht hat.⁵⁵

⁵² Vgl. auch *Wissenbach*, in: Tietje, Christian/u. a., Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 60, 2006, S. 30 f.; sowie jüngst BGH, Vorlagebeschl. v. 01.02.2011, KZR 8/10, Rn. 24: „Der Begriff ‚Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist‘ in Art. 5 Nr. 3 EuGVVO erfasst nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs sowohl den Ort, an dem der Schaden eingetreten ist (Erfolgsort), als auch den Ort des ursächlichen Geschehens (Handlungsort, vgl. EuGH, Urteile vom 30. November 1976 – C-21/76, aaO Rn. 24 f.; vom 7. März 1995 – C-68/93, Slg. 1995, I-415 = NJW 1995, 1881 Rn. 20 – Shevill; vom 19. September 1995 – C-364/93, Slg. 1995, I-2719 = JZ 1995, 1107 Rn. 11 – Marinari). Im Streitfall liegt der Erfolgsort des Verhaltens der Klägerinnen, das den Gegenstand der Klage bildet – auch – in Deutschland, weil die Parteien hier mit ihren Produkten unmittelbar im Wettbewerb stehen und sich etwaige wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen der Klägerinnen somit unmittelbar auf dem deutschen Markt auswirken. [...] Nach dem insbesondere bei Kartelldelikten – im Gleichklang mit der Kollisionsregelung in Art. 6 Abs. 3 Buchst. a der Rom-II-Verordnung – für die Bestimmung des Erfolgsorts maßgeblichen Auswirkungsprinzip (BGH, Urteil vom 23. Oktober 1979 – KZR 21/78, NJW 1980, 1224, 1225 – BMW-Importe; Rehbinder in Immenga/Mestmäcker, *GWB*, 4. Aufl., § 130 Rn. 334; Fezer/Koos in Staudinger, *BGB, Internationales Kartellprivatrecht* [2010] Rn. 369 ff.; OLG Hamburg, *GRUR-RR* 2008, 31) begründet dies einen Erfolgsort in Deutschland.“

⁵³ Krüger, *Kartellregress*, 2010, passim (insb. S. 24 ff., 181 ff.). Die Besonderheit der solidarischen Haftung von Kartellmitgliedern liegt in deren Gesamtschuldnerinnausgleich (vgl. in Deutschland: §§ 840 Abs. 1, 830, 426 BGB). Selbst wenn man diesen sogenannten „Kartellregress“ als rechtlich möglich erachten sollte (str.), dürfte er in den meisten Fällen praktisch so gut wie ausgeschlossen sein (Krüger, a. a. O., 3. Kapitel). Dies entspricht im Ergebnis der Rechtslage und den praktischen Erfahrungen im U.S. Antitrust Law. Es ergeben sich daraus auch diesseits des Atlantiks wesentliche Anreize für eine außergerichtliche Einigung von Kartellopfern und Schädigern (ebd., insb. S. 166 ff., 276 ff.).

⁵⁴ Das Tatbestandsmerkmal der Konnexität übernimmt die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Vorgängervorschrift des Art. 6 Nr. 1 EuGVÜ in den Normtext, vgl. EuGH, Rs. 189/87, Slg. 1988, 5565, Rn. 12 – *Kalfelis/Schröder u. a.*; C-406/92, Slg. 1994, I-5439, Rn. 58 – *Tatry*.

⁵⁵ So bereits *Asthon/Vollrath*, *ZWeR* 2006, 1, 9 f. In der bisherigen mitgliedstaatlichen Rechtsprechung gilt die Anwendbarkeit des Art. 6 Nr. 1 EuGVVO auf Kartelldeliktssklagen als unstrittig, vgl. z. B. High Court [2003]

Der europäische Gesetzgeber hat die Anwendbarkeit des Art. 6 Nr. 1 EuGVVO auf Kartelldeliktssklagen explizit anerkannt. In Art. 6 Abs. 3 lit. b) der Rom II-Verordnung findet sich, wie dargestellt, eine spezielle Kollisionsnorm für Kartellschadensersatzklagen. Sie behandelt ausdrücklich die Klage von Kartellgeschädigten am allgemeinen Gerichtsstand eines von mehreren Beklagten, nämlich dem Gerichtsstand des Art. 6 Nr. 1 EuGVVO.⁵⁶

2. Anwendbares Prozessrecht und allgemeine prozessrechtliche Erwägungen

Da sich das anwendbare Prozessrecht nach der *lex fori* richtet,⁵⁷ steht dem Kläger die Möglichkeit offen, die Auswahl unter mehreren alternativen Gerichtsständen unter Abwägung möglicher Vor- und Nachteile der konkurrierenden einschlägigen Rechtsordnungen vorzunehmen.⁵⁸

Auch für das anzuwendende nationale Prozessrecht gilt zunächst der Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung der nationalen Verfahrensvorschriften, namentlich der primärrechtliche Effektivitätsgrundsatz.⁵⁹

Zudem kann der Kläger in der Regel aufgrund des Äquivalenzgrundsatzes darauf vertrauen, dass der Richter dem Kläger günstige nationale Verfahrensvorschriften selbst dann anwenden wird, wenn dies nicht durch ausdrückliche unionsrechtliche Vorgaben vorgesehen ist. So wird ein nationaler Richter alle ihm nach nationalem Recht zur Verfügung stehenden Verfahrensmaßnahmen ausschöpfen, einschließlich der Anordnung der Vorlage von Urkunden oder Schriftstücken durch die Gegenpartei oder einen Dritten.⁶⁰

Gegenüber den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen sieht etwa das englische *common law* recht weitgehende Möglichkeiten einer sogenannten „disclosure“ vor. Mittels ihrer können Betroffene von der Gegenseite die Offenlegung von Tatsachen aus der Rechtsphäre des Prozessgegners verlangen. Dies kann zu erheblichen Mehrbelastungen für die Parteien

EWHC 961 (Comm), Rn. 45 – *Provimi Ltd v Aventis Animal Nutrition SA & Ors*; Court of Appeal [2010] EWCA Civ 864, Rn. 43 f. („self-evident“) – *Cooper Tire and Rubber Company Europe Ltd & Ors v Dow Deutschland Inc & Ors*; siehe auch *Mäsch*, IPRax 2005, 509, 512 f.; *Bulst*, EWS 2004, 403 f.

⁵⁶ Vgl. *Thorn*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl., Rom II (IPR), Art. 6 Rn. 21 a. E.; *Dickinson*, The Rome II Regulation, 2008, Rn. 6.70.

⁵⁷ Vgl. für Deutschland z. B. BGH, NJW-RR 1990, 248, 249 (stRspr.); *Geimer*, in: Zöller, ZPO, 28. Aufl., IZPR Rn. 1 m. w. N.

⁵⁸ Eingehend *Schreiber*, KSzW 01.2011, 37 ff.; *Krauskopf/Tkacikova*, 2011 G.C.L.R. Issue 1, 26 ff.; zum sogenannten „forum shopping“ allgemein: *Geimer*, IZPR, 6. Aufl., Rn. 1095 ff. („es [ist] sogar die Pflicht des Anwalts [...], dem Kläger zu empfehlen, die Klage in dem Staat zu erheben, vor dessen Gerichten das (berechtigte) Klagebegehren die größte Chance auf Erfolg hat“) m. w. N.

⁵⁹ Vgl. z. B. EuGH, C-312/93, Slg. 1995, I-4599, Rn. 12 ff. – *Peterbroeck*; C-432/05, Slg. 2007, I-2271, Rn. 37 ff., 42 ff. – *Unibet* (dort auch unter Hinweis auf: C-453/99, Slg. 2001, I-6297, Rn. 29 – *Courage*); C-2/06, Slg. 2008, I-411, Rn. 57 – *Kempter*; C-40/08, Slg. 2009, I-9579, Rn. 39 – *Asturcom Telecommunicationes SL*. In diesem Sinne sind die nationalen Gerichte auch zur Erreichung eines effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes als allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts gehalten, die Verfahrensmodalitäten für die bei ihnen anhängigen Klagen so weit wie möglich dahin auszulegen, dass sie einen effektiven Schutz der den Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten (*Unibet*, Rn. 44).

⁶⁰ Vgl. EuGH, C-295/04, Slg. 2006, I-7529, Rn. 55 – *Laboratoires Boiron*.

führen, mag aber auch die Aussichten auf eine erfolgreiche Beweisführung für potentielle Anspruchsteller durchaus erhöhen.⁶¹

Kommen alternativ aus Klägersicht mehrere Gerichtstände in Betracht, wird sich die Auswahl darüber hinaus vor allem an folgenden Aspekten orientieren:⁶²

- Der allgemeinen Effizienz und Zuverlässigkeit des Gerichtssystems: Eine Klageerhebung macht aus Geschädigtensicht nur Sinn, wenn das zuständige Gericht in der Lage ist, den häufig komplexen Prozess frei von äußeren Einflüssen und innerhalb eines akzeptablen Zeitrahmens abzuschließen. Tendenziell dürfte die Klageerhebung vor Gerichten mit spezifischen Kartellrechtskenntnissen und einem Grundverständnis der ökonomischen Zusammenhänge zwischen Kartellverstoß und Schaden vorteilhaft erscheinen. Die Befassung eines entsprechend qualifizierten Gerichts erhöht die Prognosewahrscheinlichkeit und kann damit zugleich wesentliches Entscheidungskriterium dafür sein, ob Ansprüche in einem Rechtsstreit überhaupt zur Entscheidung durch ein Gericht gestellt werden.
- Wesentlich für die Entscheidung, in welcher Jurisdiktion eine Klage erhoben werden soll, ist nicht zuletzt die Kostenfrage. Abgesehen von der möglichen späteren Erstattung der dem Kläger anlässlich der Prozessvorbereitung und Prozessführung entstandenen eigenen Kosten sowie etwaiger Vorleistungen an die Gerichtskasse im Zusammenhang mit der Führung des Rechtsstreits stellt sich auch die Frage des möglichen Kostenrisikos. Gerade bei hohen Streitwerten, und selbst wenn sich die Klage nur gegen eines von mehreren Kartellmitgliedern richtet, kann der Kläger nicht ausschließen, dass weiteren Kartellbeteiligten der Rechtsstreit verkündet wird und diese als Streitgenossen in den Rechtsstreit hineingezogen werden. Die im Unterliegensfall damit verbundenen Kostenrisiken können so erheblich sein, dass der Kläger schon aus wirtschaftlichen Gründen von einer Prozessführung Abstand nehmen wird, oder eben sich bei der Wahl des Gerichtsstands für die aus seiner Sicht zweitgünstige Alternative entscheidet.
- In diesem Zusammenhang sei der Hinweis darauf angebracht, dass z. B. in Schweden, Finnland oder Belgien allenfalls marginale Gerichtskosten für die Führung des Rechtsstreits erhoben werden. Selbst in den Niederlanden beträgt die maximale Belastung eines Klägers mit Gerichtskosten und gegnerischen Anwaltskosten im Falle des vollständigen Unterliegens im Rechtsstreit weniger als 10 % der Summe, die in einem vergleichbaren Fall in Deutschland von ihm aufzuwenden wäre.
- Und schließlich wird der in allen EU-Rechtsordnungen im Hinblick auf die Kausalität und das Entstehen eines Schadens beweisbelastete Kläger zu überlegen haben, ob und ggf. welche Beweiserleichterungen die lex fori des angerufenen Gerichts bereithält.

⁶¹ Zur Offenlegung von Schriftstücken im Vorverfahren nach englischem Recht auch: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen v. 10.02.2006, SEC(2005) 1732, Rn. 56.

⁶² Schreiber, KSzW 01.2011, 37, 40 f.

Als Beispiel hierfür sei etwa Ungarn angeführt. Für kartellrechtliche Schadensersatzklagen nach ungarischem Recht ist dort eine widerlegbare gesetzliche Vermutung vorgesehen, dass Kartelle zu einer künstlichen Preiserhöhung von 10 % führen.⁶³ Auch Anscheins- oder prima facie-Beweise sind in den meisten Rechtsordnungen anerkannt.⁶⁴ Richter können auf der Grundlage allgemeiner Erfahrungsgrundsätze oder aufgrund ihrer besonderen Marktkenntnis einem Handeln bestimmte typische Folgen zuordnen. So hat etwa der Bundesgerichtshof in einem Kartellordnungswidrigkeitenverfahren festgestellt, nach ökonomischen Grundsätzen sei mit einer hohen Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass kartellrechtswidrige Preis- bzw. Quotenabsprachen ein überhöhtes Preisniveau nach sich ziehen.⁶⁵

Diesen Ansatz hat etwa das Kammergericht in seiner Entscheidung *Berliner Transportbeton* für die Frage der zivilrechtlichen Einstandspflicht unter Hinweis auf die im Zivilverfahren weniger strengen Beweismaßstäbe übernommen.⁶⁶

- Nicht zu unterschätzen sind letztlich die Auswirkungen ganz „banaler“ Fragen wie etwa der Sprache, in der ein Rechtsstreit geführt werden soll, und des Umfangs, in dem die jeweilige Prozessordnung etwa die Übersetzung von Urkunden, Beweisstücken oder sonstiger den Sachvortrag belegenden Dokumenten erfordert. Auch die Frage der Zulässigkeit der Verwendung und der Einführung elektronischer Dokumente kann für die Praktikabilität der Verfahrensführung von äußerster Wichtigkeit sein.

Für die konkrete Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen bedarf es in der Regel einer Entscheidung, in welcher Jurisdiktion die besten praktischen Durchsetzungschancen bestehen. Zur Beantwortung dieser Frage werden der Rat erfahrener Prozessrechtler und deren sachkundige Lenkung im Rechtsstreit unabdingbar sein. Nur derjenige, der letztlich in der Lage ist, die jeweils verfügbaren prozessualen Instrumente sachgerecht und effizient einzusetzen, wird ein Klageverfahren erfolgreich zu Ende bringen können. Der Kartellrechtler steht im Rahmen dieser Prozessführung eindeutig „in der zweiten Reihe“.

III.

Rechtliche und ökonomische Ansätze zur Schadensfeststellung

Lassen Sie mich nun noch auf einige praktische Aspekte der Beweisführung und Schadensermittlung eingehen.

1. Zugang zu Beweismitteln

⁶³ Dazu eingehend Nagy, WuW 2010, 902, 904 ff.

⁶⁴ Vgl. für die Feststellung von Verstößen gegen die EU-Wettbewerbsregeln: GA'in Kokott, Schlussanträge, C-8/08, Slg. 2009, I-4529, Rn. 87 ff. – *T-Mobile Netherlands* (in der dortigen Rechtssache folgte der EuGH eine Vermutungsregel letztlich unmittelbar aus Art. 101 Abs. 1 AEUV, vgl. Urt. v. 04.06.2009, Rn. 52).

⁶⁵ BGH, WuW/E DE-R 1567, 1569 – *Berliner Transportbeton I*; siehe dazu Bunte, in: Langen/Bunte, Bd. 1: Deutsches Kartellrecht, 11. Aufl., § 1 Rn. 321.

⁶⁶ KG, WuW/E DE-R 2773, 2777 f. (unter (a.)), 2781 (unter (ff.)) – *Berliner Transportbeton*.

Kartelle operieren ihrer Natur nach im Geheimen. Die Existenz von Horizontalkartellen ist den Teilnehmern der nachgelagerten Marktstufen, die zugleich Geschädigte der Kartellabsprachen sind, in der Regel nicht bekannt.⁶⁷

Zumeist erfahren sie von Kartellverstößen ihrer Lieferanten und Geschäftspartner aus der Presse oder aufgrund spezifischer Brancheninformationen. Mitunter werden von den Kartellbehörden schon Pressemitteilungen über erste Ermittlungsmaßnahmen in Umlauf gesetzt. Allein aus dem Umstand, dass die Europäische Kommission oder nationale Behörden Untersuchungen eingeleitet haben, kann allerdings naturgemäß nicht auf das tatsächliche Vorliegen eines Kartellverstoßes gefolgert werden.

Kommt es in der Folgezeit zu einer Entscheidung der Europäischen Kommission oder der Kartellbehörde eines Mitgliedsstaates, die Verstöße von Unternehmen gegen Art. 101 AEUV oder beispielsweise gegen § 1 GWB feststellen, ist die dazu ergehende Pressemitteilung regelmäßig mit dem Hinweis verbunden, die betroffenen geschädigten Unternehmen und Verbraucher könnten die Entscheidung als Beweis für den Kartellverstoß und als Ausgangspunkt eines Schadensersatzbegehrens vor den nationalen Gerichten heranziehen. Dieser Hinweis ist selbstverständlich zutreffend. So führt § 33 Abs. 4 GWB aus, dass für follow-on-Verfahren wegen eines Verstoßes gegen das GWB oder Art. 101 AEUV das Zivilgericht an die Feststellung des Verstoßes gebunden ist, wie sie in einer bestandskräftigen Entscheidung der Kartellbehörde, der Europäischen Kommission⁶⁸ oder der Wettbewerbsbehörde des als solche handelnden Gerichts in einem anderen Mitgliedsstaat der EU getroffen wurde. Das gleiche gilt nach § 33 Abs. 4 S. 2 GWB für entsprechende Feststellungen in rechtskräftigen Gerichtsentscheidungen, die infolge der Anfechtung von Entscheidungen nach S. 1 ergangen sind. Auch nach Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 sind Entscheidungen der Europäischen Kommission für nationale Gerichte bindend.

Diese Vorschrift, die auf die Entscheidung *Masterfoods*⁶⁹ des Gerichtshofs zurückgeht, soll sicherstellen, dass die Entscheidungen nationaler Kartellbehörden und nationaler Kartellgerichte nicht im Widerspruch zu erlassenen oder bevorstehenden Entscheidungen der Europäischen Kommission oder der Unionsgerichte stehen.⁷⁰

Die Pressemitteilungen zu Kartellentscheidungen der Europäischen Kommission und nationaler Behörden beinhalten zumeist eine Beschreibung des Marktes, auf dem sich die Kartellabsprachen ausgewirkt haben sollen, eine namentliche Auflistung der Beteiligten, soweit gegen diese Geldbußen verhängt worden sind oder von einer Verhängung aufgrund einer Zusammenarbeit unter der einschlägigen Bonus- oder Kronzeugenregelung („leniency notice“) ganz oder teilweise abgesehen worden ist, Hinweise über die Mindestdauer des Kartells sowie ggf. einige Hinweise auf Operationsformen.

⁶⁷ Vgl. Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on damage actions for breach of the EC antitrust rules, SEC(2008) 404, Rn. 39, 88.

⁶⁸ Eine Entscheidung der Europäischen Kommission entfaltet, trotz des missverständlichen Wortlauts des § 33 Abs. 4 GWB, ihre Bindungswirkung kraft Unionsrecht schon vor Bestandskraft, vgl. statt vieler: *Lübbig*, in: *MüKo, Kartellrecht* Bd. 2, 2008, § 33 Rn. 114 f.; *Lahme*, Eignung des Zivilverfahrens zur Durchsetzung des Kartellrechts, 2010, S. 81; *Meyer*, GRUR 2006, 27, 32.

⁶⁹ EuGH, C-344/98, Slg. 2000, I-11369 – *Masterfoods*.

⁷⁰ Vgl. dazu OLG Karlsruhe, Urt. v. 11.06.2010, 6 U 118/05 (Kart.) (08), Umdruck S. 9 f. – *Selbst-durchschreibepapier*; eingehend *Grünberger*, in: *Möschel/Bien, Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadenersatzklagen*, 2010, S. 135 ff.

In keinem Fall enthalten die Pressemitteilungen Angaben zu den am Kartell beteiligten Personen. Hinweise auf die Auswirkungen, insbesondere Aussagen zu Preiseffekten der Kartellabsprachen, werden in der Pressemitteilung in aller Regel nicht gemacht.

Erwägt ein Unternehmen nunmehr, für die Prüfung möglicher Ansprüche in die nähere Sachverhaltsermittlung einzutreten, so wird es relativ zügig feststellen, dass die Auskunftsbereitschaft und die Kooperationsbereitschaft insbesondere der Europäischen Kommission bei der Durchsetzung zivilrechtlicher Folgeansprüche rasch an ihre Grenzen gelangt.

2. Kein Zugang zur Kommissionsakte für Betroffene

In der Kommissionspraxis wird geschädigten Anspruchstellern das Recht auf Zugang zur Kommissionsakte durchgängig verwehrt. Die Offenlegung von Kartelldetails wird in der erst zwischen 12 und 18 Monate nach Erlass der Entscheidung erstmals für nicht Verfahrensbeteiligte im Internet abrufbaren, nicht-vertraulichen Version der Bußgeldentscheidung unter Hinweis auf die angebliche Sorge um das Funktionieren des unionsweit besonders erfolgreichen Kronzeugenprogramms in der Regel auf Textpassagen beschränkt, die weder Aufschluss über die unmittelbar bei der Implementierung des Kartells handelnden Personen – und damit potenziellen Zeugen eines Zivilverfahrens –, über Details der getroffenen Vereinbarungen oder abgestimmten Verhaltensweisen, noch über die preislichen Auswirkungen des rechtswidrigen Verhaltens beinhalten.

Trotz der Notwendigkeit, nicht zuletzt wegen der möglicherweise laufenden Verjährungsfristen zügig eine Entscheidung darüber herbeizuführen, ob, gegen wen, wo und wie mit welchen Erfolgsaussichten ein Schadensersatzanspruch durchgesetzt werden kann, ist die Prognosewahrscheinlichkeit für Geschädigte extrem gering.

Bedenkt man den unternehmensinternen Aufwand zur Vorbereitung der Anspruchsdurchsetzung, die absehbaren praktischen Schwierigkeiten der Beweisführung, die in aller Regel anfallenden erheblichen Vorlaufkosten aufgrund der notwendigen Einbeziehung externer Experten, namentlich von Rechtsanwälten und Ökonomen, stellt sich, wie wir wissen, in einer Vielzahl der Fälle alsbald Ernüchterung ein. Das gilt auch vor dem Hintergrund interner Beweisschwierigkeiten, etwa weil sich Unterlagen über Transaktionen, die mitunter lange zurücklagen, in den Unternehmensarchiven nicht mehr auffinden lassen. Aber auch die absehbare lange Verfahrensdauer mag abschreckend wirken.

Zur Verdeutlichung sei das erwähnte Urteil des Kammergerichts vom Oktober 2009 herangezogen, das Mitte 2010 mit dem Nichtannahmebeschluss des Bundesgerichtshofs über die Nichtzulassungsbeschwerde Rechtskraft erlangte. Die dort verursachten Schäden gehen auf eine Zuwiderhandlung in den Jahren 1995 bis 1998 zurück, deretwegen vom Bundeskartellamt im Oktober 1999 eine Geldbuße verhängt worden war. Das Landgericht Berlin hatte erstinstanzlich über die 2002 eingereichte Klage mit Urteil vom Juni 2003 entschieden, und

diese zunächst abgewiesen⁷¹. Es folgten mehr als weitere sechs Jahre bis zur Entscheidung durch das Kammergericht.

Handelt es sich bei dem vom Kammergericht entschiedenen Verfahren um einen relativ überschaubaren, rein regionalen Fall, ist die Aussicht auf eine rasche Beendigung eines Klageverfahrens mit internationalem Bezug nicht unbedingt besser. Die in dem schon erwähnten Fall *Wasserstoffperoxid* geltend gemachten Ansprüche erstrecken sich auf eine einheitliche und fortgesetzte Zuwiderhandlung, die laut Entscheidung der Europäischen Kommission mindestens von 1994 bis 2000 stattgefunden hat, und wegen der Mitte 2006 eine Entscheidung der Europäischen Kommission erging.⁷² Unternehmen, die eine Anspruchsdurchsetzung ins Auge fassten, sahen sich damit der Notwendigkeit ausgesetzt, Geschäftsvorfälle und Transaktionsdaten zu rekonstruieren, die durchwegs 10 bis 15 Jahre zurücklagen. Allein die praktischen Schwierigkeiten, auf entsprechende Transaktionsdaten zurückzugreifen, sind enorm.

Sie müssen darüber hinaus vor dem Hintergrund gesehen werden, dass sich aus der Tatsache durchgeführter Warenbezüge eines **einzelnen** Unternehmens allein in aller Regel keine konkreten und belastbaren Rückschlüsse darauf ziehen lassen werden, ob und inwieweit die maßgeblichen Transaktionen durch mögliche Kartellaktivitäten zum Nachteil des Unternehmens beeinträchtigt gewesen sind.⁷³

Es steht außer Frage, dass die Beweislage für die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen umso schwieriger wird, je länger der dafür ursächliche Verstoß zurückliegt. Dabei muss auch in Erwägung gezogen werden, dass die potenziellen Anspruchsteller schon wegen der geheimen Natur der Kartellvereinbarung ausnahmslos keinen Grund dazu gehabt hatten, Unterlagen über Warenbezüge im Kartellzeitraum, damit zusammenhängende Korrespondenz oder Marktbeobachtungen im Vorgriff auf die Erfordernisse eines möglichen späteren Schadensersatzverfahrens zu archivieren.

Es ist schlechterdings nicht nachvollziehbar, warum insbesondere die Europäische Kommission vor dem Hintergrund der bestehenden Beweisasymmetrie den Zugang zu den Beweismitteln unnötig erschwert.⁷⁴ Das Recht potenziell Kartellgeschädigter auf umfassenden Zugang zur Verfahrensakte nach den Regeln der VO 1049/2001 („TransparenzVO“) muss gewährleistet bleiben.⁷⁵ Außerdem haben Kommission und nationale Kartellbehörden das

⁷¹ LG Berlin, WuW/E DE-R 1325 ff. – *Berliner Transportbeton II*.

⁷² Entscheidung der Europäischen Kommission v. 03.05.2006, COMP/F/38.620 – *Wasserstoffperoxid und Perborat*.

⁷³ Vgl. *Krüger*, Kartellregress, 2010, S. 31.

⁷⁴ Vgl. dazu auch Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on damage actions for breach of the EC antitrust rules, SEC(2008) 404, Rn. 299 f. m. w. N. Problematisch erscheint insbesondere die zunehmende Vergleichspraxis der Europäischen Kommission mit Kartellbeteiligten im Wege der Settlement-VO 622/2008. Sie führt zwar zu einer Beschleunigung des Verwaltungsverfahrens, schränkt aber zugleich – in einer rechtsstaatlich bedenklichen Weise – die Erfolgsaussichten kartellrechtlicher Schadensersatzklagen ein. Denn die im Vergleichsverfahren getätigten Ausführungen dürfen danach ohne Einwilligung der Betroffenen nicht an einzelstaatliche Gerichte weitergeleitet werden und stehen damit auch (potentiellen) Schadensersatzklägern nicht zur Verfügung, vgl. *Ritter*, WuW 2008, 762, 765; a. A. *Bernhard*, Kartellrechtlicher Individualschutz durch Sammelklagen, 2010, S. 195 f. (jedoch unter der Prämisse, dass das Settlement-Verfahren jedenfalls die Weitergabe von seitens der Kommission ermittelten Informationen nicht ausschließe, was in der Praxis freilich nur ein schwacher Trost für die Opfer eines Kartells wäre). Siehe zu dem im Vergleich großzügigen Zugang zu Verfahrensakten nationaler Kartellbehörden: *Schreiber*, KSzW 01.2011, 37, 38 m. w. N.

⁷⁵ Siehe z. B. *Lampert/Weidenbach*, WRP 2007, 152, 153 ff. m. w. N.

Grundrecht von Geschädigten auf einen effektiven Rechtsbehelf zu berücksichtigen.⁷⁶ Es ist zu hoffen, dass die restriktive Praxis der Europäischen Kommission, die aktuell in einer Reihe von Verfahren in Luxemburg überprüft wird,⁷⁷ in Zukunft großzügiger gehandhabt wird, und dass die Europäische Kommission insbesondere ihre Verpflichtung gemäß Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 nachkommen wird, im Wege der Amtshilfe auf Anforderungen nationaler Gerichte zur Vorlage von Verfahrensdokumenten, die für die Beweisführung erforderlich sein mögen, nachzukommen. Der Gerichtshof hat in der Sache *Zwartveld* 1990 bereits entschieden, dass die Europäische Kommission grundsätzlich verpflichtet sei, einem nationalen Gericht, das für die Anwendung von Unionsrecht zuständig ist, relevante Dokumente aus ihrer Verfahrensakte zu übermitteln. Ebenso hat sie ihren Beamten die Genehmigung zu erteilen, über die ihnen bekannten Tatsachen eines Verstoßes gegen EU-Recht als Zeugin auszusagen.⁷⁸

In diesem Zusammenhang scheint mir der Hinweis darauf angebracht, dass das Gericht der Europäischen Union die Fortsetzung des Klageverfahrens eines Unternehmens der CDC-Gruppe angeordnet hat, in dem der Zugang zum Inhaltsverzeichnis einer Verfahrensakte der Kommission begehrt wird.⁷⁹ Dieses Begehren, wie auch andere Auskunftersuchen anderer Kläger unter der EU-Transparenzverordnung, wird unterstützt durch das Königreich Schweden als Streithelfer.

3. Praktische Ansätze zur Ermittlung marktweiter Auswirkungen von Kartellabsprachen

Um die Auswirkungen von Kartellabsprachen insbesondere auf die Preissetzung von einer Betrachtung abzukoppeln, die überwiegend durch Individual- oder Einmaleffekte einzelner Nachfrager oder Anbieter geprägt sein könnte, ist es erforderlich, die möglichst disaggregierten Transaktionsdaten einer größerer Anzahl kartellbetroffener Unternehmen zu analysieren. CDC hatte hierzu schon vor etwa acht Jahren ein spezielles Verfahren zur Datenerhebung und Datenanalyse entwickelt, das die beweisfeste Erfassung und Auswertung der zwischen Kartellteilnehmern und Nachfragern getätigten Warenlieferungen auf der (repräsentativen) Basis der in Rechnungen und Lieferscheinen enthaltenen Informationen ermöglicht.⁸⁰ Hierzu werden, soweit Rechnungen oder andere relevante Dokumente vorhanden sind, die dort enthaltenen Parameter wie z. B. Menge, Produktqualität, Preis, Lieferdatum, Lieferwerk, Abnahmeort usw. zentral erfasst und in Excel-Tabellen übertragen.

⁷⁶ Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Ján Mazák vom 16. Dezember 2010, Rs. C-360/09, Rn. 3 ff. – *Pfleiderer*.

⁷⁷ Siehe EuGH, C-360/09, ABl. C 297/18 v. 02.12.2009 – *Pfleiderer*, dazu GA Mazák, Schlussanträge v. 16.12.2010, WuW/E EU-R 1882 ff.; EuG, T-344/08, ABl. C 272/42 v. 25.10.2008 – *EnBW Energie Baden-Württemberg*; T-380/08, ABl. C 285/51 v. 08.11.2008 – *Niederlande/Kommission*; T-437/08, ABl. C 313/48 v. 06.12.2008 – *CDC Hydrogen Peroxide SA/Kommission*; ferner EuG, T-399/07, ABl. C 315/43 v. 22.12.2007 – *Basell Polyolefine* (Klage zurückgenommen).

⁷⁸ EuGH, Rs. 2/88-IMM, Slg. 1990, I-3365, Rn. 22 – *Zwartveld*; vgl. *Sura*, in: Langen/Bunte, Bd. 2: Europäisches Kartellrecht, 11. Aufl., VO Nr. 1/2003, Art. 15 Rn. 5; *Ritter*, in: Immenga/Mestmäcker, EG/ Teil 2, 4. Aufl., VO 1/2003, Art. 15 Rn. 4.

⁷⁹ Rs. T-437/08 (vgl. oben Fußnote 77). Das Verfahren in dieser Rechtssache wurde vom EuG zunächst mit Rücksicht auf das beim EuGH anhängige Parallelverfahren *Pfleiderer* (C-360/09) ausgesetzt. Laut Mitteilung des EuG v. 24.02.2011 wird es aber nun im Anschluss an den Beschluss in der Rechtssache *Basell Polyolefine* (T-399/07) v. 25.01.2011 fortgesetzt.

⁸⁰ Vgl. hierzu: www.carteldamageclaims.com/Approach.shtml.

Die barcodierten Eingangsbelege werden sodann gescannt und die Bilder mit den jeweiligen Datensätzen in einer relationalen Datenbank zusammengeführt. Auf diese Weise wurden etwa im Zementverfahren ca. 300.000 Transaktionsdaten von 36 betroffenen Zementkunden mit mehr als 3 Mio. Parametern aus einem Zeitraum von ca. 10 Jahren ausgewertet.

Eine Weiterentwicklung dieses Verfahrens hat CDC in neueren Kartellfälle, in denen eine Anspruchsdurchsetzung betrieben oder vorbereitet wird, vorgenommen. Hierzu sind internetbasierte Eingabertools entwickelt worden, die den Unternehmensmitarbeitern die Online-Eingabe relevanter Lieferdaten ermöglichen. Darüber hinaus können etwa aus den inzwischen verbreitet anzutreffenden elektronischen Datenverarbeitungsanlagen und EDV-Archiven der Unternehmen die relevanten Lieferdaten in fallspezifisch entwickelte Datenbanken übernommen und ausgewertet werden.

So wurden beispielsweise im Verfahren *Wasserstoffperoxid* ca. 40.000 Liefervorgänge mit ca. 2,5 Mio. erfassten Parametern von 32 Forderungszedenten, die Lieferungen von Wasserstoffperoxid an deren mehr als 90 Papier- und Zellstoffwerke über einen Zeitraum von 1993 bis ca. 2003 betreffen, zusammengefasst und ausgewertet. Der Aufwand für die sachgerechte Erfassung, Aufbereitung und Analyse der entsprechenden Daten ist immens. Bitte bedenken Sie in diesem Zusammenhang, dass Dokumente in unterschiedlichsten Sprachen, mit unterschiedlichsten Mehrwertsteuersätzen, in unterschiedlichsten Währungen und schwankenden Wechselkursen zusammengeführt werden müssen.

Auf der Basis der so ermittelten Daten haben wir im Sommer 2010 Herrn Professor Kai-Uwe Kühn, den zukünftigen Chef-Ökonomen der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission, beauftragt, ein möglichst aussagekräftiges, robustes und dem Stand der Wissenschaft in der Ökonometrie entsprechendes Schadensmodell zu erstellen.

4. Zum Zusatznutzen komplexer Modelle zur Feststellung des „counterfactual“ bei der konkreten Schadensermittlung

Unabhängig von den Arbeiten zum Wasserstoffperoxidfall hat CDC ein umfangreiches Forschungsprojekt des Zentrums für Europäische Wirtschaftsforschung (ZEW) in Mannheim initiiert, das Wissenschaftler des dortigen Forschungsbereichs Industrieökonomik und internationale Unternehmensführung in Zusammenarbeit mit dem Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt Kartellrecht der Universität Mannheim durchführen. Die Studie unter dem Titel „Ermittlung von Schadenshöhen durch Hardcore-Kartellabsprachen im Rahmen der privatrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts“ soll Aufschluss darüber geben, inwieweit mittels weitgehend disaggregierter Daten, wie sie etwa im Zementkartellfall erhoben worden sind, und mit zusätzlichen Erkenntnissen aus Industriestudien ein höherer Grad an Verlässlichkeit von Feststellungen zu den Auswirkungen des Kartells auf die Preisbildung und die so verursachten „overcharges“ erreicht werden kann.

Gleichwohl stellt sich die Frage, ob ein vergleichbarer Aufwand in anderen Fällen angemessen ist, und derart umfassende Analysen im Rahmen der Rechtsfindung durch die Gerichte

überhaupt beauftragt oder gar für die Zuerkennung von Schadensersatzansprüchen vorausgesetzt werden sollten.

5. Ausblick

Vergegenwärtigt man sich die Tatsache, dass nach nahezu sämtlichen Studien über die Auswirkungen von Kartellen, die in der empirischen Literatur bekannt geworden sind, nicht der geringste Zweifel daran besteht, dass Kartelle im Durchschnitt einen erheblichen Preisaufschlag über das jeweilige Wettbewerbsniveau hinaus erzielen,⁸¹ dann sollte der Versuch unternommen werden, ggf. anhand an einer Typisierung der Kartellabsprachen Bandbreiten herauszuarbeiten, innerhalb derer mit einer für die Schadensschätzung nach § 287 ZPO hinreichenden Wahrscheinlichkeit von Preiseffekten ausgegangen werden kann.

Die Studie des ZEW stellt fest, dass der einfache Mittelwert des kartellbedingten Preisaufschlags über alle Studien hinweg 30% beträgt. Die Preisaufschläge mögen im Einzelfall zwischen Industrien und zwischen Ländern variieren, auch mögen längere Kartellperioden im Durchschnitt mit höheren Preisaufschlägen einhergehen und auch die Preisaufschläge, die durch internationale Kartelle verursacht werden, höher sein. Gleichwohl: Es bestehen offensichtlich ausreichende empirische Anhaltspunkte dafür, dass Kartellaufschläge in einer Größenordnung von mehr als 20 % bei weitem eher die Regel denn die Ausnahme sind.⁸²

Vor diesem Hintergrund sollte überlegt werden, ob es zur Umsetzung des unionsrechtlichen Effektivitätsgebotes und des dort begründeten Anspruchs auf angemessenen Schadensersatz nicht sinnvoll erscheint, einen Gemeinschaftsrahmen festzulegen, der Untergrenzen und Obergrenzen einer pauschalen prozentualen Schätzung kartellbedingter Schäden allein in Anlehnung an eine näher zu diskutierenden Kartelltypisierung vornimmt.

Für Unternehmen, die als Opfer von Kartellverstößen mit der Frage konfrontiert sind, wie sie eventuelle Schadensersatzansprüche erfolgreich durchsetzen können, ist die Aussicht auf eine zeitnahe und angemessene, wenngleich nicht notwendig vollständige Kompensation allemal hilfreicher als die Sorge, aufgrund überzogener und von ihnen nicht zu erfüllender Anforderungen zum Beweis der Kartellauswirkungen komplett leer auszugehen.

Ein denkbarer Ansatz, der von dieser Anregung nicht allzu weit entfernt liegt, und der zugleich die Ertragslage der Unternehmen der Kartelltäter im Kartellzeitraum angemessen berücksichtigt, findet sich schon in § 33 Abs. 3 S. 3 GWB. Danach kann bei einer Entscheidung über den Umfang des Schadens nach § 287 ZPO insbesondere der anteilige Gewinn, den das Unternehmen durch den Verstoß erlangt hat, berücksichtigt werden. Hinsichtlich der maßgeblichen Gewinne geht etwa Herr Professor Bornkamm in seiner Kommentierung zu § 33 GWB davon aus, dass den geschädigten Unternehmen ein im allgemeinen Zivilrecht be-

⁸¹ Statt vieler: *OECD, Hard Core Cartels – Recent Progress and Challenges Ahead*, 2003, S. 8 (abrufbar unter: <http://browse.oecdbookshop.org/oecd/pdfs/browseit/2403011E.PDF>): „*A successful cartel raises price above the competitive level and reduces output.*“ Nur einer Schätzung zugänglich sei dagegen der genaue Umfang der schädlichen Auswirkungen eines Kartells (ebd., S. 8 ff.).

⁸² Vgl. z. B. BKartA, *Erfolgreiche Kartellverfolgung*, Infobroschüre v. 06.09.2010, S. 12 f. (abrufbar unter: www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Infobroschuere/1009Kartellverfolgung_web_bf.pdf) unter Hinweis auf eine Meta-Studie von *Connor*, *Global Price Fixing*, 2008, S. 45 ff.: Im Mittel führen Kartellabsprachen zu um 25 % überhöhten Preisen; bei internationalen Absprachen, an denen Anbieter aus mehreren Ländern beteiligt sind, liegt der durchschnittliche kartellbedingte Preisanstieg bei über 30 %.

gründeter Auskunftsanspruch gemäß § 242 BGB zustehe.⁸³ Auch dabei sollte allerdings berücksichtigt werden, dass die Geltendmachung eines Auskunftsanspruchs mit erheblichen Schwierigkeiten und zusätzlichen Kostenrisiken und Zeitverzögerungen für den Anspruchsteller verbunden ist.

Insoweit scheint die Kombination der Vorschrift mit der Einführung empirisch begründeter, ggf. an Kartelltypisierungen anknüpfenden Vermutungsregeln, empfehlenswert. Hierdurch ließe sich eine erhebliche Verfahrensbeschleunigung und die dringend benötigte Entlastung der zuständigen spezialisierten Spruchkörper der ordentlichen Gerichtsbarkeit bei einer gleichzeitigen deutlichen Effizienzsteigerung der kartellrechtlichen Durchsetzungsmechanismen erreichen.

Auch wenn Sie in mir gewiss keinen Befürworter der Einführung einer „American litigation culture“⁸⁴ vor sich haben, lohnt es sich meines Erachtens, eine allgemeingültige Empfehlung der Antitrust Section der American Bar Association (ABA) zu bedenken:

“The guiding principle is not to let the perfect become the enemy of the good.”⁸⁵

Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit!

⁸³ *Bornkamm* in: Langen/Bunte, Bd. 1: Deutsches Kartellrecht, 11. Aufl., § 33 Rn. 134; vgl. OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 143, 149 – *Global One*.

⁸⁴ Vgl. dazu *Bulst*, Bucerius Law Journal 2008, 81, 82; Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on damage actions for breach of the EC antitrust rules, SEC(2008) 404, Rn. 43.

⁸⁵ Dort im Zusammenhang mit dem Gesamtschuldnerausgleich von Kartellmitgliedern (Kartellregress): ABA, Report on Contribution and Claim Reduction to the Antitrust Modernization Commission, 2005, S. 22.