

# ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHES WIRTSCHAFTSRECHT

## Vorträge und Berichte

**Nr. 212**

herausgegeben von den Mitgliedern des Zentrums



**Dr. Heike Schweitzer**

Professorin an der Freien Universität Berlin

## **Schadensersatz im Europäischen Kartellrecht**

Referate im Rahmen der Vortragsreihe  
„Rechtsfragen der Europäischen Integration“

Bonn, den 25. November 2013

Copyright bei den Autoren

ausschließlich erhältlich beim Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht

[www.zew.uni-bonn.de](http://www.zew.uni-bonn.de)

Druck: Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität

## **Inhalt**

<b>I. Einleitung</b>	<b>1</b>
<b>II. Der Schutz der öffentlichen Durchsetzung gegen die Beeinträchtigung durch private Kartellschadensersatzklagen</b>	<b>3</b>
<b>1. Recht zur Einsichtnahme in Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen</b>	<b>4</b>
<b>2. Privilegierung von Kronzeugen im Gesamtschuldnerausgleich</b>	<b>11</b>
<b>3. Bußgeldmindernde Berücksichtigung von Vergleichen über privaten Schadensersatz vor Erlass des Bußgeldbescheids, Art. 18 Abs. 3 der Richtlinie 2014/104/EU</b>	<b>13</b>
<b>4. Schlussfolgerungen zur Regelung der Interaktion zwischen öffentlicher und privater Durchsetzung in der Richtlinie 2014/104/EU</b>	<b>15</b>
<b>III. Das Ziel der Erleichterung privater Schadensersatzklagen, das Modell „perfekter Kompensation“ und die künftige Bedeutung von Ansprüchen auf Ersatz des entgangenen Gewinns</b>	<b>16</b>
<b>1. Das Modell der perfekten Kompensation in der Richtlinie 2014/104/EU und Folgen für die bisherige Dogmatik privater Kartellschadensersatzansprüche im deutschen Recht</b>	<b>18</b>
a) <b>Schadensersatzklagen direkter Abnehmer</b>	<b>19</b>
b) <b>Schadensersatzklagen indirekter Abnehmer</b>	<b>23</b>
c) <b>Schlussfolgerungen zur konkreten Ausgestaltung der Ansprüche direkter und indirekter Abnehmer in der Richtlinie 2014/104/EU</b>	<b>27</b>
<b>2. Voraussetzungen, unter denen privaten Kartellschadensersatzklagen auch unter der Richtlinie 2014/104/EU zu einer wirksamen Durchsetzung der Wettbewerbsregeln beitragen können</b>	<b>27</b>
<b>IV. Die Angleichung der Bedingungen privater Durchsetzung in den Mitgliedstaaten</b>	<b>33</b>



## **Perfekte Kompensation für alle? Das neue System wettbewerbsrechtlicher Schadensersatzklagen nach Inkrafttreten der Richtlinie 2014/104/EU<sup>1</sup>**

*Heike Schweitzer*

### I. Einleitung

Am 26.12.2014 ist die Richtlinie 2014/104/EU in Kraft getreten. Sie ist von den Mitgliedstaaten bis zum 27.12.2016 in nationales Recht umzusetzen. Gemäß ihrem Art. 1 verfolgt die Richtlinie drei Ziele:

- (1) Es sollen diejenigen Vorschriften festgelegt und vereinheitlicht werden, die erforderlich sind, um die effektive Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen durch die durch einen Wettbewerbsverstoß Geschädigten zu gewährleisten (Art. 1 Abs. 1 S. 1);
- (2) Es soll ein gleichwertiger Schutz aller so Geschädigter in allen Mitgliedsstaaten gewährleistet werden, um einen unverfälschten Wettbewerb herzustellen (Art. 1 Abs. 1 S. 2);<sup>2</sup>
- (3) Und es wird eine „Koordinierung“ zwischen öffentlicher und privater Durchsetzung der Wettbewerbsregeln angestrebt (Art. 1 Abs. 2).

Das zuletzt genannte Ziel ist für die Kommission im Verlauf ihrer Überlegungen zur Vereinheitlichung der Regeln der privaten Durchsetzung immer stärker in den Vordergrund getreten: Die Rechtsprechung der Unionsgerichte zur Akteneinsicht privater Schadensersatzkläger auch in Unterlagen von Wettbewerbsbehörden hat die Kommission mit wachsender Sorge ob der möglichen Auswirkungen privater Schadensersatzklagen auf die öffentliche Durchsetzung erfüllt. Die Richtlinie 2014/104/EU kann daher in einigen ihrer Kernbestandteile als Maßnahme zum Schutz der öffentlichen gegen die private Durchsetzung gelten (dazu II.).

Insoweit die Richtlinie den Mitgliedstaaten Vorgaben für die private Durchsetzung macht, setzt sie auf ein Modell der „perfekten Kompensation“.<sup>3</sup> Jeder Geschädigte – ob Direktabnehmer,

<sup>1</sup> Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. 2014 Nr. L 349/1.

<sup>2</sup> Siehe auch Begründungserwägung 7 der Richtlinie.

<sup>3</sup> Allgemein zur RL: *Calisti/Hasbeek/Kubik*, The Directive on Antitrust Damages Actions: Towards a stronger competition culture in Europe, founded on the combined power of public and private enforcement of the EU competition rules, *EuZW* 2014, 466; *Kersting*, Die neue Richtlinie zur privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht, *WuW* 2014, 564; *Bues/Fritzsche*, EU erlässt Kartellschadensersatzrichtlinie – Kommt jetzt die

Zwischenabnehmer oder Endverbraucher – soll den Anspruch auf vollständigen Ersatz des ihm entstandenen Schadens effektiv durchsetzen können (Art. 3 Abs. 1). Gleichzeitig soll dies nicht zu Überkompensation führen (Art. 3 Abs. 3). „Perfekte Kompensation“, verbunden mit gestärkten Klageanreizen, sollen dazu führen, dass private Kartellschadensersatzklagen nicht nur den individuellen Schadensausgleichsinteressen der einzelnen Geschädigten Rechnung tragen, sondern auch einen wirksamen Beitrag zur Durchsetzung der europäischen Wettbewerbsregeln in Europa leisten, wie es der EuGH in ständiger Rechtsprechung gefordert hat.<sup>4</sup> Die Idee der „perfekten Kompensation“, verbunden mit optimalen Klageanreizen, ist beim privaten Kartellschadensersatz allerdings von vornherein ein unerreichbares Ziel. Jedes System privater Durchsetzung muss die faktischen Schwierigkeiten solcher Klagen in Rechnung stellen, die bei bestimmten Klägergruppen die Klageanreize erheblich schwächen. Versucht man, die Klageanreize durch Vermutungsregeln zu erhöhen, so sind damit notwendig Abweichungen vom Ziel der „perfekten Kompensation“ verbunden. Die Richtlinie vermeidet es, sich in diesem Konfliktfeld klar zu positionieren. Dies wird ihre Umsetzung in den Mitgliedstaaten mit dem Ziel eines wirksamen Beitrags privater Schadensersatzklagen zu einer effektiven Durchsetzung der Wettbewerbsregeln nachhaltig erschweren. Es zeichnet sich allerdings ab, dass – soll künftig eine effektive Durchsetzung auch durch direkte Abnehmer gewährleistet sein – ein wesentlich größeres Augenmerk auf die Bedingungen einer wirksamen Geltendmachung von Ansprüchen auf entgangenen Gewinn gelegt werden muss (III.).

Das Ziel, einen gleichmäßigen Schutz aller durch Wettbewerbsverstöße Geschädigten in allen Mitgliedsstaaten zu gewährleisten, ist eine Illusion. Sie vernachlässigt die auch nach der Richtlinie grundlegend verschiedenen prozessualen Regeln und institutionellen Bedingungen der Geltendmachung von privaten Schadensersatzklagen. Die Vorgaben der

---

Klageflut? DB 2014, 2881; *Haus/Serafimova*, Neues Schadensersatzrecht für Kartellverstöße – die EU-Richtlinie über Schadensersatzklagen, BB 2014, 2883; *Steinle*, Kartellschadensersatzrichtlinie – Auf dem Weg zum Sanktions-Overkill? EuZW 2014, 481; zur Umsetzung der RL in deutsches Recht: *Makatsch/Mir*, Die neue EU-Richtlinie zu Kartellschadensersatzklagen – Angst vor der eigenen „Courage“? EuZW 2015, 7; *Schweitzer*, Die neue Richtlinie für wettbewerbsrechtliche Schadensersatzklagen, NZKart 2014, 335; *Stauber/Schaper*, Die Kartellschadensersatzrichtlinie – Handlungsbedarf für den deutschen Gesetzgeber?, NZKart 2014, 346; noch zum Richtlinienentwurf: *Howard*, The draft Directive on competition law damages – what does it mean for infringers and victims?, ECLR 2014, 35(2), 51; *Vollrath*, Das Maßnahmenpaket der Kommission zum wettbewerbsrechtlichen Schadensersatzrecht, NZKart 2013, 434; *Fiedler*, Der aktuelle Richtlinienentwurf der Kommission – der große Wurf für den kartellrechtlichen Schadensersatz? BB 2013, 2179; *Gussone/Schreiber*, Private Kartellrechtsdurchsetzung, WuW 2013, 1040; *Mederer*, Richtlinienentwurf über Schadensersatzklagen im Bereich des Wettbewerbsrechts, EuZW 2013, 847.

<sup>4</sup> EuGH, Urteil v. 20.9.2001, Rs. 453/99, Slg. 2001 I 6297 Rn. 26, 27 – *Courage v. Crehan*; EuGH, Urteil v. 13.7.2006, Rs. C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006 I 6619 Rn. 60 – *Manfredi*.

Richtlinie harmonisieren die Bedingungen privater Kartellschadensersatzklagen nur punktuell, und auch im Regelungsbereich der Richtlinie bleiben weitreichende Unterschiede in der konkreten Handhabung der Regeln durch nationale Gerichte absehbar. Umso naheliegender ist es, Klägern auch in Zukunft hinreichende Spielräume für die Auswahl eines geeigneten Gerichtsstandes zu belassen (sog. „Forum Shopping“). Das Plädoyer des Generalanwalts Jääskinen, die in Art. 5 Abs. 2 der Brüssel-I-VO angelegten Spielräume für ein Forum Shopping durch eine enge Auslegung der Vorschrift einzugrenzen,<sup>5</sup> kann daher in eine falsche Richtung führen (IV.).

## II. Der Schutz der öffentlichen Durchsetzung gegen die Beeinträchtigung durch private Kartellschadensersatzklagen

Die Richtlinie 2014/104/EU nennt als erstes Ziel die Gewährleistung effektiver Ansprüche auf vollständigen Schadensersatz für alle durch Wettbewerbsverstöße Geschädigten. Die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, einen rechtlichen Rahmen für eine wirksame Durchsetzung privater Schadensersatzansprüche zu gewährleisten, entspricht den Vorgaben des EuGH aus den Urteilen *Courage*<sup>6</sup> und *Manfredi*<sup>7</sup>.

Die möglichen Rückwirkungen privater Schadensersatzklagen auf Kronzeugenprogramme wurden von der Kommission schon im Grünbuch zu wettbewerbsrechtlichen Schadensersatzklagen von 2005 als mögliches Problemfeld erkannt.<sup>8</sup> Das Spannungsverhältnis hat sich alsbald konkretisiert. In Reaktion auf die allgegenwärtigen Informationsasymmetrien bzgl. der Dauer und Wirkung von Kartellen, mit denen private Schadensersatzkläger in den Mitgliedstaaten konfrontiert sind,<sup>9</sup> haben diese in breitem Umfang Ansprüche auf Einsichtnahme in die

<sup>5</sup> GA Jääskinen, Schussanträge v. 11.12.2014, Rs. C-352/13 Rn. 47 ff. – *CDC*.

<sup>6</sup> EuGH, Urteil v. 20.9.2001, Rs. C-453/99, Slg. 2001 I 6297 Rn. 28 ff. – *Courage v. Crehan*.

<sup>7</sup> EuGH, Urteil v. 13.7.2006, Rs. C-295/4 bis C-298/04, Slg. 2006 I- 6619 Rn. 61 f. – *Manfredi*.

<sup>8</sup> Kommission, Grünbuch: Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts v. 19.12.2005, KOM(2005) 672 endg., S. 10 f.

<sup>9</sup> Die Schwierigkeiten, mit denen ein Kläger konfrontiert ist, wenn er den hypothetischen Wettbewerbspreis beziffern soll, werden grundsätzlich anerkannt im Staff Working Paper der Kommission zum Weißbuch 2008, Rn. 89: „For this purpose, he will often depend on information that is in the sphere of the defendant and possibly their partners in the infringement: for example notes, on the price overcharges agreed secretly between cartel members, details on how and when they influenced price and other parameters of competition, or internal documents of the infringer showing his analysis of market conditions and developments. Also, the reconstruction of a hypothetical competitive market to quantify the damage caused by the infringer usually presupposes knowledge of facts on the commercial activities of the infringer and other players on the relevant market. The same or similar types of difficulty arise in the context of causation, e.g. when claimants try to identify the precise elements of anti-competitive behaviour by an infringer that have caused the claimants damages or the extent to which several infringers had individually contributed to the damages caused“.

Akten der Kommission oder nationaler Wettbewerbsbehörden – nicht zuletzt in die Kronzeugenerklärungen Kartellbeteiligter – geltend gemacht. Nationale Wettbewerbsbehörden und Kommission haben sich gegen eine Offenlegung stets zur Wehr gesetzt. Ein zentrales Argument war und ist dabei der Schutz der Kronzeugen, die andernfalls von Schadensersatzklägern prioritär in Anspruch genommen würden. Damit drohe die Beteiligung an Kronzeugenprogrammen – einem der wirksamsten Instrumente in der Aufdeckung von Kartellen – unattraktiv zu werden.

### 1. Recht zur Einsichtnahme in Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen<sup>10</sup>

Über die Frage, in welchem Maße die Möglichkeit privater Schadensersatzkläger, unter bestimmten Voraussetzungen in Kronzeugenerklärungen Einsicht zu nehmen, die Wirksamkeit von Kronzeugenprogrammen tatsächlich nachhaltig zu beeinträchtigen droht, besteht keine Einigkeit.<sup>11</sup> Es liegt nahe, dass potentielle Kronzeugen die möglichen Auswirkungen eines Kronzeugenantrags auf die Stellung in möglichen privaten „Follow-on“-Verfahren auf Kartellschadensersatz in ihre Überlegungen einbeziehen werden, ob sich eine Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden lohnt. In Fällen, in denen eine baldige Aufdeckung eines Hardcore-Kartells und wegen einer langjährigen Beteiligung an diesem Kartell ein hohes Bußgeld drohen, werden mögliche künftige Schadensersatzforderungen für die Entscheidung eines Kartellbeteiligten, mit den Behörden zu kooperieren, womöglich kaum ins Gewicht fallen.<sup>12</sup> Die Chance auf die Vermeidung einer wahrscheinlichen und hohen Geldbuße wiegt dann schwerer. Es gibt Hinweise, dass Kronzeugenanträge in Europa in der Vergangenheit in großer Zahl im Nachgang zu Kronzeugenanträgen in den USA gestellt worden sind. Andere Fälle werden der Gruppe der sog. „failed cartels“ zugeordnet, die unabhängig von Kronzeugenprogrammen bereits zusammengebrochen waren.<sup>13</sup> In diesen Fällen war u.U. die Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden durch Kronzeugenprogramme induziert; ihrem primären Zweck, zur Aufdeckung operativer Kartelle beizutragen, konnten die Kronzeugenprogramme allerdings nicht mehr erfüllen.

<sup>10</sup> Der folgende Abschnitt stimmt in Teilen überein mit *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 341 ff.

<sup>11</sup> Vgl. *Krüger*, Die haftungsrechtliche Privilegierung des Kronzeugen im Innen- und Außenverhältnis gemäß dem Richtlinienentwurf der Kommission, NZKart 2013, 483, 485.

<sup>12</sup> High Court of Justice 4.4.2012, [2012] EWHC 1717 (Ch), Rn. 37 – *National Grid Electricity Transmission Plc v ABB & Others*.

<sup>13</sup> *Stephan*, Empirical Assessment of the European Leniency Notice, 2008 Journal of Competition L & E 5(3), 537, 540 ff.

In den übrigen Fallkonstellationen werden potentielle Kronzeugen versuchen, die Gefahr einer bevorzugten Inanspruchnahme durch private Schadensersatzkläger und die Größenordnung der Inanspruchnahme einzuschätzen und in ihre Entscheidung über eine Kooperation mit den Behörden einfließen zu lassen. Wo hohe private Schadensersatzforderungen wahrscheinlich sind, die primär gegen den Kronzeugen geltend gemacht werden könnten und den Vorteil des Kronzeugenprivilegs übersteigen, kann dies abschreckend wirken. Sicher scheint, dass ein potentieller Kronzeuge, der mit einer privaten Inanspruchnahme auf Schadensersatz rechnet und sich gleichwohl zur Kooperation mit den Behörden entschließt, die Offenlegung solcher Informationen vermeiden wird, die für die Erlangung des Kronzeugenprivilegs nicht zwingend erforderlich sind, für einen privaten Kläger aber nützlich sein könnten. Die Möglichkeit der Einsichtnahme privater Kläger in Kronzeugenunterlagen wirkt also u.U. auf Inhalt und Qualität der Kronzeugenerklärung zurück.

Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung eine mögliche Gefährdung von Kronzeugenprogrammen durch Akteneinsichtsansprüche unterstellt.<sup>14</sup> Die Mitgliedstaaten bleiben gleichwohl verpflichtet, über das Akteneinsichtsrecht von Schadensersatzklägern unter Berücksichtigung des unionsrechtlichen Gebots zu entscheiden, für Wettbewerbsgeschädigte einen Anspruch auf Schadensersatz zu begründen und dessen effektive Durchsetzbarkeit zu gewährleisten.<sup>15</sup> Die Erlangung von Schadensersatz darf durch die Ausgestaltung und Handhabung des Rechts auf den Zugang zu Dokumenten eines behördlichen Kartellverfahrens, einschließlich der Kronzeugenunterlagen, nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werden. Ein genereller Ausschluss des Rechts privater Schadensersatzkläger auf Einsichtnahme in Kronzeugenunterlagen im nationalen Recht war nach dieser Rechtsprechung ausgeschlossen und konnte nicht durch die bloße Berufung auf die Gefährdung der Wirksamkeit von Kronzeugenprogrammen gerechtfertigt werden. „Jede starre Regel“, so der EuGH in der Rechtssache *Donau Chemie* „– sei es im Sinne einer völligen Verweigerung eines Zugangs zu den betreffenden Dokumenten oder im Sinne eines allgemein gewährten Zugangs zu diesen – [kann] die wirksame Anwendung insbesondere des Art. 101 AEUV und der Rechte, die diese Bestimmung dem Einzelnen verleiht, beeinträchtigen [...]“.<sup>16</sup> Geboten war vielmehr eine Abwägung zwischen den Interessen, die die

---

<sup>14</sup> EuGH, Urteil v. 6.6.2013, Rs. C-536/11 Rn. 42 – *Donau Chemie* [noch nicht in amtl. Slg.]; EuGH, Urteil v. 14.6.2011, Rs. C-360/09, Slg. 2011 I 5161 Rn. 25-27 – *Pfleiderer*.

<sup>15</sup> EuGH, Urteil v. 14.6.2011, Rs. C-360/09, Slg. 2011 I 5161 Rn. 28, 29 – *Pfleiderer*.

<sup>16</sup> EuGH, Urteil v. 6.6.2013, Rs. C-536/11 Rn. 31 – *Donau Chemie* [noch nicht in amtl. Slg.].

Übermittlung der Information rechtfertigen, und dem Schutz der vom Kronzeugen freiwillig beigetragenen Informationen. Die Abwägung konnten die nationalen Gerichte nach dem *Pfleiderer*-Urteil nur im Einzelfall und unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Gesichtspunkte der Rechtssache vornehmen.<sup>17</sup>

In der Beurteilung von Akteneinsichtsansprüchen privater Schadensersatzkläger gegenüber der Kommission auf der Grundlage der europäischen Transparenzverordnung 1049/2001<sup>18</sup> ist der EuGH dem Anliegen der Kommission, derartige Ansprüche grundsätzlich auszuschließen, im *EnBW*-Urteil<sup>19</sup> etwas weiter entgegengekommen. Grundsätzlich zulässig ist es danach, wenn die Kommission in der Anwendung der Ausnahmen zu dem in Art. 2 der Transparenzverordnung 1049/2001 normierten Recht auf Zugang zu Dokumenten der Organe der EU von einer Vermutung ausgeht, dass die Verbreitung dieser Dokumente den Schutz der geschäftlichen Interessen der an einem solchen Verfahren beteiligten Unternehmen und den Schutz des Zwecks der Untersuchungstätigkeiten im Zusammenhang mit diesem Verfahren beeinträchtigt<sup>20</sup> und daher die Voraussetzungen einer Ausnahme nach Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001 erfüllt sind. Das gilt auch dann, wenn der Zugang zu Kronzeugenunterlagen beantragt wird (*EnBW*, Rn. 97). Das Recht zu einer vergleichsweise weiten Auslegung der Ausnahmetatbestände leitet der EuGH dabei aus dem Umstand ab, dass für den Zugang zu Dokumenten in Verfahren nach Art. 101 AEUV in der VO 1/2003 und der VO 773/2004 Sonderregelungen bestehen, die mit der Wahrung der Verteidigungsrechte der betroffenen Parteien und der Gewährleistung des Berufsgeheimnisses besondere, von der Transparenzverordnung verschiedene Zwecke verfolgen, und denen in der Auslegung von Art. 4 der Transparenzverordnung Rechnung getragen werden muss. Geboten sei eine Auslegung der verschiedenen gesetzlichen Regelungen nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz: Jede Verordnung sei so auszulegen, dass ihre Anwendung mit der jeweils anderen vereinbar ist

---

<sup>17</sup> EuGH, Urteil v. 14.6.2011, Rs. C-360/09, Slg. 2011 I 5161 Rn. 30 – *Pfleiderer*. Das Urteil erging auf Vorlage des AG Bonn. Das AG kam in seinem Folgebeschluss zu dem Ergebnis, dass der Zugang zu Kronzeugendokumenten zu versagen sei – siehe AG Bonn, Beschluss v. 18.1.2012, EuZW 2012, 193 ff.

<sup>18</sup> VO (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 30.5.2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, ABl. 2001 Nr. L 145/43.

<sup>18</sup> Erwägungsgrund 2 zur Transparenz-VO 1049/2001.

<sup>19</sup> EuGH, Urteil v. 27.2.2014, Rs. C-365/12 P – *EnBW* [noch nicht in aml. Slg.].

<sup>20</sup> EuGH, Urteil v. 27.2.2014, Rs. C-365/12 P Rn. 91 – *EnBW* [noch nicht in aml. Slg.]. Anders noch EuG, Urteil v. 15.12.2011, Rs. T-437/08, Slg. 2011 II 8251 Rn. 56-61; Rn. 71-76, 81 f. – *CDC Hydrogene Peroxide*.

(Rn. 84) und dass das vom Unionsgesetzgeber gewollte Gleichgewicht gewährleistet ist (Rn. 88 ff.).<sup>21</sup>

Eine danach zulässige Vermutung zugunsten einer Ausnahme vom Akteneinsichtsrecht privater Schadensersatzkläger darf nach der Rechtsprechung des EuGH allerdings nicht die Möglichkeit ausschließen, diese Vermutung für ein bestimmtes Dokument, in das Einsicht begehrt wird, zu widerlegen bzw. ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verbreitung dieses Dokuments gem. Art. 4 Abs. 2 VO 1049/2001 nachzuweisen (Rn. 100). Dabei begründe zwar die Absicht, Kartellschadensersatz geltend zu machen, für sich genommen noch kein überwiegendes öffentliches Interesse: nicht alle Bestandteile der Akte eines wettbewerbsrechtlichen Verfahrens seien für die effektive Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen erforderlich (Rn. 105 f.). Wenn im konkreten Fall der Kläger aber nachgewiesen habe, dass der Zugang zu einem bestimmten Bestandteil der Akte für die effektive Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen tatsächlich erforderlich sei, so sei die Kommission zur Abwägung der Interessen im Einzelfall verpflichtet (Rn. 107).

Von diesem in der Rechtsprechung entwickelten System der Ansprüche privater Schadensersatzkläger in die Akten der Wettbewerbsbehörden, insbesondere der Kronzeugenerklärungen von Unternehmen, weicht die Richtlinie für wettbewerbsrechtliche Schadensersatzklagen nunmehr grundlegend ab. Gem. Art. 6 Abs. 6 der Richtlinie müssen die Mitgliedstaaten künftig gewährleisten, dass nationale Gerichte zu keinem Zeitpunkt die Offenlegung von Kronzeugenerklärungen<sup>22</sup> oder Vergleichsausführungen<sup>23</sup> durch eine der Parteien oder Dritte anordnen dürfen (sog. „schwarze Liste“ / absolutes Offenlegungsverbot). Das nationale Gericht darf auf Antrag allenfalls prüfen, ob die vorbehaltenen

---

<sup>21</sup> Der EuGH verweist auch auf seine Rechtsprechung, der zufolge hinsichtlich der Verwaltungstätigkeit der Kommission der Zugang zu Dokumenten nicht in gleicher Weise erforderlich sei wie bei der rechtssetzenden Tätigkeit der Kommission – siehe EuGH, Urteil v. 27.2.2014, Rs. C-365/12 P Rn. 91 – *EnBW* [noch nicht in aml. Slg.].

<sup>22</sup> Definiert in Art. 2 Nr. 16 der Richtlinie als „eine freiwillige mündliche oder schriftliche Darlegung seitens oder im Namen eines Unternehmens oder einer natürlichen Person gegenüber einer Wettbewerbsbehörde, in der das Unternehmen oder die natürliche Person seine bzw. ihre Kenntnis von einem Kartell und seine bzw. ihre Beteiligung daran darlegt und die eigens zu dem Zweck formuliert wurde, im Rahmen eines Kronzeugenprogramms bei der Wettbewerbsbehörde den Erlass oder eine Ermäßigung der Geldbuße zu erwirken, oder eine Aufzeichnung dieser Darlegung; dies umfasst nicht bereits vorhandene Informationen“.

<sup>23</sup> Definiert in Art. 2 Nr. 18 der Richtlinie als „eine freiwillige Darlegung seitens oder im Namen eines Unternehmens gegenüber einer Wettbewerbsbehörde, die ein Anerkenntnis oder seinen Verzicht auf das Bestreiten seiner Beteiligung an einer Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht und seiner Verantwortung für diese Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht enthält und die eigens zu dem Zweck formuliert wurde, der betreffenden Wettbewerbsbehörde die Anwendung eines vereinfachten oder beschleunigten Verfahrens zu ermöglichen“.

Dokumente, in die der Kläger Einsicht begehrt, tatsächlich zu den durch Art. 6 Abs. 6 geschützten Kategorien gehören (Art. 6 Abs. 7 der Richtlinie). Hat der Kläger oder eine dritte Person derartige Unterlagen bereits durch Zugang zu den Akten einer Wettbewerbsbehörde erlangt, so ist die Einbringung solcher Unterlagen in den Schadensersatzprozess als Beweismittel ausgeschlossen (Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie). Unabhängig von der Auslegung der Transparenzverordnung 1049/2001<sup>24</sup> und nationaler Akteneinsichtsregelungen soll die Verwertung von Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen im privaten Schadensersatzanspruch damit abschließend ausgeschlossen werden.

Ob diese Regelung mit der vorgenannten Rechtsprechung des EuGH in Einklang zu bringen ist, der zufolge jedenfalls bei nachgewiesener Erforderlichkeit der Einsichtnahme in Kronzeugenerklärungen für die effektive Durchsetzung eines Schadensersatzanspruchs eine Einzelfallabwägung zu erfolgen hat, war schon während der Verhandlungen über die Richtlinie umstritten. Die Kommission hat sich dabei unter anderem auf den Hinweis des EuGH im *EnBW*-Urteil berufen, dass in der Abwägung zwischen dem Geltungsanspruch der Transparenzverordnung und den spezielleren wettbewerbsrechtlichen Akteneinsichtsvorschriften das vom Unionsgesetzgeber gewollte Gleichgewicht zu gewährleisten sei.<sup>25</sup> Die Gewichtung der ggfs. widerstreitenden Interessen an einer effektiven Durchsetzung privater Schadensersatzansprüche und an einem wirksamen Schutz der Kronzeugenprogramme werde mit der Richtlinie für wettbewerbsrechtliche Schadensersatzansprüche nunmehr konkretisiert. Das absolute Offenlegungsverbot in Art. 6 Abs. 6 der Richtlinie sei überdies eng formuliert – es beziehe sich nicht auf den Inhalt der Akten der Wettbewerbsbehörde im Ganzen, sondern nur auf Kronzeugenerklärungen i.S.d. Art. 2 Nr. 16<sup>26</sup> und Vergleichsausführungen i.S.d. Art. 2 Nr. 18.<sup>27</sup>

Gleichwohl weicht die Regelung in Art. 6 Abs. 6 und Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie von der Rechtsprechung des EuGH zu Akteneinsichtsrechten privater Schadensersatzkläger ab – und zwar sowohl von der

<sup>24</sup> Deren Geltung gemäß Art. 6 Abs. 2 der Richtlinie unberührt bleibt.

<sup>25</sup> EuGH, Urteil v. 27.2.2014, Rs. C-365/12 P Rn. 90 – *EnBW* [noch nicht in aml. Slg.]. Für ein entsprechendes Argument siehe z.B. *Vollrath*, NZKart 2013, 434, 446. Für eine Einschätzungsprärogative des Unionsgesetzgebers auch *Palzer*, Unvereinbarkeit der österreichischen Regelung zur Akteneinsicht Kartellgeschädigter mit EU-Recht, NZKart 2013, 324, 326; *Fiedler*, BB 2013, 2179, 2184. Kritisch: *Gussone/Maritzen*, Anmerkung zur Entscheidung des EuGH vom 6.6.2013 (C-536/11, EWS 2013, 288) – Zum Akteneinsichtsrecht Dritter im Kartellverfahren, EWS 2013, 292; die Bindung des Unionsgesetzgebers an den Effektivitätsgrundsatz klarstellend: *Kersting* WuW 2014, 546, 566 f.

<sup>26</sup> Dabei ausdrücklich nicht auf bereits vorhandene Informationen, die ggfs. als Anhang den Kronzeugenerklärungen beigelegt werden.

<sup>27</sup> In diesem Sinne auch *Vollrath*, NZKart 2013, 434, 446.

Rechtsprechung zur Vereinbarkeit nationaler Regelungen zu Akteneinsichtsrechten mit Art. 101 und Art. 102 AEUV als auch von der Rechtsprechung zur Auslegung der europäischen Transparenzverordnung 1049/2001 in Übereinstimmung mit den europäischen Wettbewerbsregeln. Rechtsgrundlage der Richtlinie 2014/104/EU sind Art. 103 AEUV und Art. 114 AEUV. Beide Kompetenznormen ermächtigen nicht zur Abweichung von den primärrechtlichen Normen des Unionsrechts.<sup>28</sup> Zwar wird man dem Unionsgesetzgeber auf der Grundlage von *Pfleiderer*<sup>29</sup> und *Donau Chemie*<sup>30</sup> einen Gestaltungsspielraum in der Abwägung zwischen dem Schutz von Kronzeugen- und Vergleichsprogrammen andererseits, dem Schutz der Informationsmöglichkeiten privater Kläger einerseits zugestehen müssen. Der EuGH hat dem europäischen Gesetzgeber bei Eingriffen in unionsrechtlich begründete subjektive Rechte aufgrund von widerstreitenden öffentlichen Interessen in der Abwägung wiederholt einen breiteren Spielraum zugestanden als den Mitgliedstaaten.<sup>31</sup> Der Spielraum ist jedoch nicht unbegrenzt.

Viel spricht dafür, dass jedenfalls mit dem absoluten Ausschluss der Offenlegung bzw. Verwertung von *Vergleichsausführungen* im privaten Schadensersatzprozess der Gestaltungsspielraum überschritten ist. Denn hier geht es nicht mehr um das öffentliche Interesse an der Aufdeckung von Kartellen, die private Schadensersatzklagen häufig erst möglich macht. Der Vergleich dient vielmehr allein der Verfahrensbeschleunigung bzw. -vereinfachung.<sup>32</sup> Mit der Annahme, dass dieses Interesse das durch Art. 101 Abs. 1 AEUV geschützte Individualinteresse an der effektiven Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen stets überwiegt, dürfte der Gestaltungsspielraum des Unionsgesetzgebers überschritten sein.

Zweifel bestehen aber auch hinsichtlich der Vereinbarkeit des absoluten Ausschlusses der Akteneinsichtsrechte in Kronzeugenerklärungen. Für die Zulässigkeit des absoluten Offenlegungs- und Verwertungsverbots mag man den hohen Aufwand anführen, der mit einer Einzelfallabwägung durch

<sup>28</sup> Siehe z.B. EuGH, Urteil v. 20.5.2003, Rs. C-469/00, Slg. 2003 I 5053 Rn. 86 – *Ravil*.

<sup>29</sup> EuGH, Urteil v 14.6.2011, Rs. C-360/09, Slg. 2011 I 5161 – *Pfleiderer*.

<sup>30</sup> EuGH, Urteil v. 6.6.2013, Rs. C-536/11 – *Donau Chemie*.

<sup>31</sup> Vgl. für den Kontrollmaßstab bei grundfreiheitsbeeinträchtigenden Harmonisierungsmaßnahmen: EuGH, Urteil v. 10.12.2002, Rs. C-491/01 Slg. 2002 I 11453 Rn. 123 – *British American Tobacco (Investments) und Imperial Tobacco*; EuGH, Urteil v. 13.5.1997, Rs. C-233/94, Slg. 1997 I 2405 Rn. 55 f. – *Deutschland/Parlament und Rat*; EuGH, Urteil v. 9.8.1994, Rs. C-51/93, Slg. 1994 I-03879 Rn. 20 – *Meyhui*. Die schwächere Verhältnismäßigkeitskontrolle ergibt sich im Bereich des Binnenmarkts daraus, dass Maßnahmen des Unionsgesetzgebers grundsätzlich der Verwirklichung des Binnenmarktes dienen, *Caspar*, Das europäische Tabakwerbeverbot und das Gemeinschaftsrecht, EuZW 200, 237, 240; siehe dazu und weiterführend *Koch*, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, Duncker & Humblot 2003, 382 ff.; *Trstenjak/Beysen*, Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in der Unionsrechtsordnung, EuR 2012, 265.

<sup>32</sup> Siehe auch Begründungserwägung 50.

ationale Gerichte regelmäßig verbunden ist. Zu berücksichtigen ist auf der anderen Seite die notorische Beweisnot privater Schadensersatzkläger,<sup>33</sup> die, wie Sir Peter Roth eindringlich dargestellt hat, bei intelligent operierenden internationalen Kartellen mitunter nicht durch andere Dokumente als eben die Kronzeugenerklärung behoben werden kann: Schriftliche Dokumente, so Roth, werde es in solchen Fällen regelmäßig nicht geben; sofern es sie gebe, sei ihre Bedeutung oft unklar. Eben deswegen seien auch die Wettbewerbsbehörden häufig auf Kronzeugenaussagen angewiesen. Zeugenaussagen von Unternehmensmitarbeitern seien für den privaten Schadensersatzkläger, regelmäßig weder verfügbar noch für den Beweis der Höhe des Schadens ein geeignetes Substitut.<sup>34</sup> Der Zugriff auf Kronzeugenerklärungen kann für eine substantiierte Darlegung der Schadenshöhe entbehrlich sein, wenn eine detaillierte Begründung der einschlägigen Verbots- und Bußgeldbeschlüsse rechtzeitig vorliegt. Die Kommission wird es damit häufig selbst in der Hand haben, die Erforderlichkeit der Einsichtnahme in Kronzeugenunterlagen im Einzelfall auszuschließen.

Zweifel an der Vereinbarkeit von Art. 6 Abs. 6 und Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie mit der Rechtsprechung des EuGH zur effektiven Durchsetzung von Art. 101 Abs. 1 AEUV bestehen auch, wenn man die Systematik der Richtlinie 2014/104/EU selbst einbezieht. Art. 11 Abs. 4 und Abs. 5 der Richtlinie begünstigen den erfolgreichen Kronzeugen in der gesamtschuldnerischen Haftung gegenüber privaten Schadensersatzklägern sowie im Innenverhältnis zu den Mitkartellanten. Das Risiko einer übermäßigen Inanspruchnahme des erfolgreichen Kronzeugen durch private Schadensersatzkläger wird damit deutlich abgesenkt. Ein kartellbeteiligtes Unternehmen, das eine Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden erwägt und dabei mögliche privatrechtliche Haftungsfolgen einbezieht, wird auch diese Regelung in Rechnung stellen. Ob dann aber eine Regelung wie die vom EuGH im *EnBW*-Urteil skizzierte – eine Vermutung gegen die Einsichtnahme, die jedoch Spielraum für eine konkrete Interessenabwägung belässt, wenn die Notwendigkeit der

---

<sup>33</sup> Für die Bedeutung dieses Gesichtspunkts siehe EuGH, Urteil v. 6.6.2013, Rs. C-536/11, Rn. 32 – *DonauChemie* [noch nicht in der amtl. Slg.]: Eine „Regel, wonach der Zugang zu jedem Dokument eines wettbewerbsrechtlichen Verfahrens zu verweigern wäre, [könnte] den Schutz des Rechts der durch einen Verstoß gegen Art. 101 AEUV Geschädigten auf Wiedergutmachung unmöglich machen oder zumindest übermäßig erschweren. Das gilt insbesondere dann, wenn es den Betroffenen nur aufgrund der Einsichtnahme in Schriftstücke, die in den Akten des vor der zuständigen nationalen Wettbewerbsbehörde betriebenen Verfahrens enthalten sind, möglich ist, über die zur Begründung ihres Schadensersatzanspruchs notwendigen Beweise zu verfügen. Haben die Geschädigten nämlich keine andere Möglichkeit, sich diese Beweis zu verschaffen, entfällt dadurch, dass ihnen die Einsicht in diese Akten verweigert wird, die praktische Wirksamkeit des Rechts auf Schadensersatz, den sie unmittelbar aus dem Unionsrecht herleiten“.

<sup>34</sup> High Court of Justice 4.4.2012, [2012] EWHC 1717 (Ch), at No. 43 – *National Grid Electricity Transmission Plc v ABB & Others*.

Einsichtnahme für die wirksame Geltendmachung des Schadensersatzforderung nachgewiesen ist – tatsächlich noch eine die Funktionsfähigkeit von Kronzeugenprogrammen gefährdende Wirkung zeitigen würde, scheint fraglich.<sup>35</sup> Dies gilt selbst dann, wenn man in Rechnung stellt, dass die Privilegierung der Art. 11 Abs. 4 und Abs. 5 der Richtlinie nur dem erfolgreichen Kronzeugen zugutekommen, während von dem Einsichtnahme- und Verwertungsverbot der Art. 6 Abs. 6 und Art. 7 Abs. 1 alle Antragsteller profitieren.

Im Gegensatz zu den absoluten Offenlegungs- und Verwertungsverboten des Art. 6 Abs. 6 und Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie können die zeitlich befristeten Offenlegungs- und Verwertungsverbote des Art. 6 Abs. 5 bzw. Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie (sog. „Graue Liste“) als unproblematisch gelten. Gem. Art. 6 Abs. 5 der Richtlinie darf die Offenlegung von Informationen, die von natürlichen oder juristischen Personen oder von einer Wettbewerbsbehörde eigens für das wettbewerbsbehördliche Verfahren erstellt wurden, erst nach Abschluss des Verfahrens durch Entscheidung/Beschluss oder auf sonstige Weise („Graue Liste“) angeordnet werden. Wurden solche Dokumente vor Abschluss des Verfahrens durch Einsicht in die Akten einer Wettbewerbsbehörde erlangt, so ist ihre Verwertung im privaten Schadensersatzprozess bis zur Beendigung des Verfahrens ausgeschlossen (Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie). Diese Beschränkungen lassen sich mit der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH zur Einsicht in Akten von Wettbewerbsbehörden ohne weiteres in Einklang bringen. Gem. Art. 7 Abs. 3 der Richtlinie dürfen ferner alle anderen, nicht unter Art. 7 Abs. 1 oder Abs. 2 fallenden Dokumente, die eine natürliche oder juristische Person durch Einsicht in die Akten einer Wettbewerbsbehörde erlangt hat, nur in privaten Schadensersatzprozessen dieser Person oder eines Rechtsnachfolgers verwendet werden. Die Richtlinie will mit dieser Regelung einem Handel mit Dokumenten aus Akten von Wettbewerbsbehörden vorbeugen.<sup>36</sup>

## 2. Privilegierung von Kronzeugen im Gesamtschuldnerausgleich

Zu den Vorschriften, die sich unmittelbar auf die Interaktion von öffentlicher und privater Durchsetzung beziehen, zählt – wie bereits erwähnt – auch Art. 11 der Richtlinie: In Art. 11 Abs. 4 und Abs. 5 der Richtlinie wird der in Abs. 1 ausgeführte, im deutschen Recht aus den §§

<sup>35</sup> Vgl. ebenfalls für eine Überprivilegierung von Kronzeugen in der Gesamtbetrachtung von materiell-rechtlicher Haftungsprivilegierung und absolutem Schutz der Kronzeugendokumente, *Kersting WuW* 2014, 546, 569; *Krüger NZKart* 2013, 483, 488.

<sup>36</sup> Begründungserwägung 32.

830, 840 BGB bekannte Grundsatz gesamtschuldnerischer Haftung für erfolgreiche Kronzeugen modifiziert: Gem. Art. 11 Abs. 4 soll ein Kronzeuge, dem von einer Wettbewerbsbehörde ein Bußgelderlass zugestanden wurde, im Außenverhältnis grds. nur seinen direkten oder mittelbaren Abnehmern/Lieferanten gegenüber haften (lit. a). Andere Kartellgeschädigte können einen solchen Kronzeugen nur in Anspruch nehmen, wenn sie nachweisen, dass sie von den anderen Kartellanten keinen vollständigen Schadensersatz erhalten können (lit. b).

Art. 11 Abs. 5 regelt den Binnenausgleich zwischen Gesamtschuldnern: Grundsätzlich sollen sie nach Maßgabe der relativen Verantwortung der am Wettbewerbsverstoß beteiligten Unternehmen für den durch den Verstoß verursachten *Schaden* (nicht: für den Verstoß) haften. Anhand welcher Kriterien die relative Verantwortung für den Schaden zu bestimmen ist (Vertragsbeziehungen, Umsatz der Unternehmen mit kartellbefangenen Produkten, Marktanteil, Rolle im Kartell u.a.) wird offengelassen und ist von den Mitgliedstaaten bzw. den mitgliedstaatlichen Gerichten festzulegen.<sup>37</sup> Ein Kartellbeteiligter, dem als Kronzeuge ein Bußgelderlass zugestanden wurde, soll aber auch im *Binnenausgleich* nur bis zur Höhe desjenigen Schadens haften, „den die Zuwiderhandlung seinen eigenen direkten oder mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten verursacht hat“ (Art. 11 Abs. 4 S. 2).

Zur Umsetzung dieser Richtlinienvorgaben wird eine Modifikation sowohl der §§ 830, 840 Abs. 1 BGB als auch des § 426 Abs. 1 BGB im Rahmen des GWB erforderlich sein. Zahlreiche wichtige Detailfragen sind offen. Im Grundsatz aber überzeugt die Privilegierung von anerkannten Kronzeugen in der Haftung gegenüber Kartellgeschädigten und im Binnenausgleich zwischen Gesamtschuldnern.<sup>38</sup> Auch in der privaten Schadensersatzhaftung wird damit der Beitrag zur Aufdeckung des Kartells honoriert, der die „Follow-on“-Klagen erst möglich gemacht hat.<sup>39</sup> Zwar wird der Kronzeuge nicht generell von der Haftung befreit. Durch die grundsätzliche Begrenzung der Haftung auf die eigene Abnehmerkette wird aber der Grundsatz der Gesamtschuldnerschaft erheblich eingeschränkt. Der Anreiz, Kronzeugen – die den Beschluss der Wettbewerbsbehörde betreffend das Bestehen und die Untersagung des

<sup>37</sup> Begründungserwägung 37. Siehe dazu auch *Vollrath*, NZKart 2013, 434, 442; näher *Krüger*, Der Gesamtschuldnerausgleich im System der privaten Kartellrechtsdurchsetzung, WuW 2012, 6, 8ff.; *ders.*, Kartellregress, Nomos 2010, S. 54 ff.; *Dreher*, in FS Möschel, 2011, 149, 156 ff.; kritisch: *Steinle* EuZW 2014, 481, 482.

<sup>38</sup> Ausführlich *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen, Nomos 2013, 247 ff.; aA: *Kersting* WuW 2014, 546, 568 f. (gegenüber Privilegierung im Außenverhältnis), *ders.*, ZWeR 2008, 252, 266.

<sup>39</sup> *Vollrath*, NZKart 2013, 434, 443.

Kartells regelmäßig nicht anfechten – als erstes in die Haftung zu nehmen, wird damit außer Kraft gesetzt.<sup>40</sup> Für private Schadensersatzkläger mag es so sinnvoller sein, den Kronzeugen als Belastungszeugen ins Boot zu holen.

Diese rechtspolitisch sinnvolle Verzahnung von öffentlicher und privater Durchsetzung bleibt allerdings nicht ohne Folgen für die Wettbewerbsbehörden. Wird die Entscheidung einer Wettbewerbsbehörde, einen Kronzeugen mit einem Bußgelderlass zu belohnen, mit einer privatrechtlichen Haftungsprivilegierung und damit einer haftungsrechtlichen Schlechterstellung Geschädigter verbunden (sog. privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt), so sind die Geschädigten nunmehr „Betroffene“ im verwaltungsrechtlichen Sinne. Ihnen stehen daher im Verwaltungsverfahren grundsätzlich Akteneinsichts- und Anhörungsrechte zu. Dies könnte das Verwaltungsverfahren schon deswegen erheblich erschweren, weil der Kreis der potentiell Geschädigten zur Zeit der Entscheidung über den Bußgelderlass meist nicht im Einzelnen feststehen wird.<sup>41</sup> Die Lösung dieses Problems wird in der Schaffung gesetzlicher Regelungen auf europäischer und nationaler Ebene zu suchen sein, die eine Beschränkung der Akteneinsichts- und Anhörungsrechte privater Geschädigter in dem zum Bußgelderlass führenden Verwaltungsverfahren ermöglichen. Die Beschränkung dieser Rechte muss das Verhältnismäßigkeitsprinzip wahren. Diese ist im Lichte der Nachteile zu beurteilen, welche die Geschädigten in Folge der sie belastenden Verwaltungsmaßnahme zu befürchten haben. Privaten Geschädigten wird durch die Haftungsprivilegierung von Kronzeugen aber weder das Recht auf Schadensersatz noch der Anspruch gegen den Kronzeugen entzogen; der Kronzeuge haftet weiterhin subsidiär.

### 3. Bußgeldmindernde Berücksichtigung von Vergleichen über privaten Schadensersatz vor Erlass des Bußgeldbescheids, Art. 18 Abs. 3 der Richtlinie 2014/104/EU

Die Richtlinie trägt der Interaktion von öffentlicher und privater Durchsetzung noch in einer dritten Hinsicht Rechnung. Gemäß Art. 18 Abs. 3 soll es den Wettbewerbsbehörden künftig möglich sein, Kompensationszahlungen, die zwischen Kartellbeteiligten und Geschädigten im Rahmen eines Vergleichs vor Abschluss des behördlichen Bußgeldverfahrens vereinbart wurden, bei der Bemessung des Bußgelds

---

<sup>40</sup> Begründungserwägung 38; siehe auch *Calisti/Haasbeek/Kubik*, NZKart 2014, 466, 472.

<sup>41</sup> Ebenso *Kersting*, WuW 2014, 546, 568.

mindernd zu berücksichtigen.<sup>42</sup> Hierdurch sollen Vergleichsanreize für Kartellbeteiligte und Geschädigte geschaffen werden.

Mit dieser Regelung wird anerkannt, dass private Schadensersatzzahlungen Rückwirkungen auf die Bußgeldbemessung haben können.<sup>43</sup> Auch die private Durchsetzung leistet einen relevanten Beitrag zur Abschreckung. Dem Bußgeld wohnt regelmäßig umgekehrt ein gewinnabschöpfendes Element inne, das bei starker privater Durchsetzung geringer ausfallen kann und sollte.

Ob Art. 18 Abs. 3 diesem Zusammenspiel von privater und öffentlicher Durchsetzung hinreichend Rechnung trägt, muss gleichwohl bezweifelt werden. Voraussetzung für die Berücksichtigung einer Schadenersatzzahlung bei der Bußgeldbemessung ist dieser Vorschrift zufolge, dass der Vergleich vor Abschluss des Bußgeldverfahrens abgeschlossen wird. Zu diesem Zeitpunkt ist die Geltendmachung von Schadensersatzforderungen in Hardcore-Kartellfällen jedoch außerordentlich schwierig. Der Kläger kann sich zum Beweis des Verstoßes noch nicht auf einen Feststellungsbeschluss einer Wettbewerbsbehörde berufen. Er hat noch keine sicheren Anhaltspunkte für den Zeitraum, in dem das Kartell operierte. Die Wettbewerbsbehörden haben den Kreis der kartellzugehörigen Unternehmen noch nicht abschließend festgestellt. Naheliegend ist ein Vergleich zu diesem frühen Zeitpunkt daher allenfalls mit Kronzeugen. Diese profitieren aber ohnehin schon von einem weitgehenden Bußgelderlass. Einen größeren Anwendungsbereich wird wahrscheinlich Art. 19 der Richtlinie haben, der die Bedeutung von Vergleichsvereinbarungen auf spätere Schadensersatzforderungen und auf den Binnenausgleich zwischen Kartellanten zum Gegenstand hat. Wie praktikabel dessen Anwendung aus Sicht der Geschädigten in der Praxis sein wird, muss sich noch zeigen.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> Siehe in diesem Sinne bereits Kommission, Entscheidung v. 21.10.1998, ABl. 1999 Nr. L 24/1 Rn. 172 – *Pre-Insulated Pipes Cartel*; und Kommission, Entscheidung v. 30.10.2002, ABl. 2003 Nr. L 255/33 Rn. 440, 441 – *Nintendo*. Allerdings bestand bislang keine Pflicht zur Berücksichtigung privater Schadensersatzzahlungen im Rahmen der Bußgeldbemessung – siehe EuG, Urteil v. 27.9.2006, Rs. T-59/02, Slg. 2006 II 3627 Rn. 349-366 – *Archer Midland v. Commission*.

<sup>43</sup> Siehe dazu bereits *Wils*, 32 *World Comp.* 2009, 3 ff., unter II.B.

<sup>44</sup> Vgl. die Bedenken von *Kersting*, *WuW* 2014, 564, 571 f.; und *Krüger*, *NZKart* 2013, 483, 487.

#### 4. Schlussfolgerungen zur Regelung der Interaktion zwischen öffentlicher und privater Durchsetzung in der Richtlinie 2014/104/EU

Die Privilegierung von Kronzeugen im Gesamtschuldnerausgleich wie auch die Möglichkeit zur Berücksichtigung privater Schadensersatzzahlungen sind im Ansatz überzeugende Instrumente zur Regelung des Zusammenspiels zwischen öffentlicher und privater Durchsetzung der Wettbewerbsregeln. Beide Vorschriften werden in der Umsetzung in den Mitgliedstaaten einer genaueren Ausgestaltung bedürfen.

Mit dem absoluten Offenlegungs- und Verwertungsverbot für Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen (Art. 6 Abs. 6 und Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie) ist der europäische Gesetzgeber hingegen übers Ziel hinausgeschossen. In einem Regime, das den Anspruch auf privaten Kartellschadensersatz subjektiv-rechtlich verankert und hierin nicht nur ein zusätzliches Instrument zur Verhaltenssteuerung sieht, darf die Gefahr, dass kartellbeteiligte Unternehmen die Möglichkeit zur Einsichtnahme in Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen in ihre Überlegungen betreffend eine Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden einbeziehen, nicht zu einem absoluten Ausschluss der Einsichtnahme führen.

Unbestritten ist dabei die zentrale Bedeutung der öffentlichen Durchsetzung für das europäische Wettbewerbsrecht. Anders als in den USA, wo die private Durchsetzung zu den treibenden Kräften für die Entwicklung und Durchsetzung des Antitrustrechts gehörte,<sup>45</sup> ist das europäische Wettbewerbsrecht seit seinem Inkrafttreten maßgeblich durch die Kommission unter der Aufsicht des EuGH entwickelt worden. An der zentralen Stellung der Kommission hat sich durch die VO 1/2003 nichts geändert. Die Verfolgung von Kartellen hängt angesichts der regelmäßig unüberwindlichen Beweisschwierigkeiten privater Geschädigter ohnehin in hohem Maße von einer wirksamen öffentlichen Durchsetzung ab. Zu Recht ist die Richtlinie 2014/104/EU nicht mit dem Ziel angetreten, die Dominanz der öffentlichen Durchsetzung in Europa zu durchbrechen. Die im Schrifttum zum Teil vertretene These, die Richtlinie werde die Dynamik des europäischen Wettbewerbsrechts an die des amerikanischen Antitrustrechts annähern,<sup>46</sup> geht fehl.

---

<sup>45</sup> Hierzu grundlegend: *Kovacic*, The Intellectual DNA of Modern U.S. Competition Law for Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix, 2007 Colum. Bus. L. Rev. 1 ff., insbes. 51 ff.

<sup>46</sup> *Lande*, The Proposed Damages Directive: The Real Lessons from the United States, CPI Antitrust Chronicle 2014 (2), 2 ff.; *Gerber*, Private enforcement of competition law: a comparative perspective, in: Möllers/Heinemann (eds.), The Enforcement of Competition Law in Europe, 2007, 431 ff.

Die Radikalität und Absolutheit, mit der die Richtlinie 2014/104/EU die öffentliche Durchsetzung vor jeder auch nur theoretischen Interferenz durch private Schadensersatzklagen schützt, muss angesichts der gleichzeitigen – jedenfalls rhetorischen – Bemühungen um die Stärkung der privaten Durchsetzung und der Orientierung an einem Modell „perfekter Kompensation“ (näher s.u.) gleichwohl überraschen. In den Regelungen der Art. 6 Abs. 6 und Art. 7 Abs. 1 steht die Richtlinie 2014/104/EU für eine rein funktionale Betrachtung privater Schadensersatzansprüche, die dort zum Tragen kommen sollen, wo es der öffentlichen Durchsetzung nützt, jedoch dort zurücktreten müssen, wo auch nur die abstrakte Gefahr eines Konflikts zwischen öffentlicher und privater Durchsetzung besteht. Nimmt man demgegenüber die der Richtlinie im Übrigen zugrunde liegende subjektiv-rechtliche Begründung privater Durchsetzung ernst, so kann ein Zurücktreten privater Schadensersatzansprüche nur dort in Betracht kommen, wo sie die öffentliche Durchsetzung konkret und nachhaltig gefährden.<sup>47</sup> Das System der Richtlinie, das den Beitrag der privaten Durchsetzung zur Steuerungswirkung der Wettbewerbsregeln im Übrigen allein aus dem Kompensationsprinzip ableiten will, wird im absoluten Ausschluss der Akteneinsicht in Kronzeugenunterlagen und Vergleichsausführungen inkonsistent.

### III. Das Ziel der Erleichterung privater Schadensersatzklagen, das Modell „perfekter Kompensation“ und die künftige Bedeutung von Ansprüchen auf Ersatz des entgangenen Gewinns

Neben dem Schutz der öffentlichen Durchsetzung dient die Richtlinie 2014/104/EU gemäß ihrem Art. 1 Abs. 1 der Erleichterung privater Schadensersatzklagen. Obwohl private Kartellschadensersatzklagen in der EU in den letzten 10 Jahren an praktischer Bedeutung gewonnen haben<sup>48</sup> und insbes. die Zahl der sog. „Follow-on“-Schadensersatzklagen im Gefolge einer behördlichen Feststellung eines Kartellverstoßes zugenommen hat, gibt es bislang nur wenige Fälle, in denen ein Schadensersatzanspruch vor Gericht wirksam durchgesetzt wurde. Private Schadensersatzkläger bleiben in allen europäischen Jurisdiktionen mit erheblichen Rechtsunsicherheiten und praktischen Schwierigkeiten konfrontiert.<sup>49</sup> In vielen Mitgliedstaaten sind diese so erheblich, dass

<sup>47</sup> Vgl. zu dieser Gewichtung auch BGH, Urteil v. 28.6.2011, BGHZ 190, 145 Rn. 37 f. – *ORWI*.

<sup>48</sup> Für eine besonders gründliche Untersuchung siehe *Rodgers*, *Competition Law, Comparative Private Enforcement and Collective Redress Across the EU*, 2014.

<sup>49</sup> Siehe z.B. *Calisti/Haasbeek/Kubik*, *NZKart* 2014, 466, 467; *Howard*, *ECLR* 2014, 35(2), 51, 52; *Buntscheck*, "Private Enforcement" in Deutschland: Einen Schritt vor und zwei Schritte zurück *WuW* 2013, 947, 948;

potentielle Kläger bislang gänzlich von entsprechenden Klagen abgesehen haben.

Zweifelhaft ist allerdings, ob die Richtlinie 2014/104/EU geeignet ist, der privaten Durchsetzung den erhofften Schub zu verleihen. Bedenken ergeben sich vor allem aus einer in der Richtlinie angelegten und nicht aufgelösten Spannung zwischen den vom EuGH in den Urteilen *Courage*<sup>50</sup> und *Manfredi*<sup>51</sup> formulierten Zielen der individuellen Schadenskompensation einerseits,<sup>52</sup> des Beitrags individueller Schadensersatzansprüche zur effektiven Durchsetzung der Wettbewerbsregeln andererseits.<sup>53</sup> Diese beiden Ziele stehen nicht zwangsläufig in einem Gleichlauf. Der perfekten individuellen Kompensation stehen bei komplexen kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen eine Vielzahl faktischer Hindernisse im Wege. Sie reichen von den Schwierigkeiten und Kosten der Beweisführung über die damit unmittelbar verbundenen unsicheren Erfolgsaussichten hin zu der möglichen Belastung des Verhältnisses zu Geschäftspartnern und den stets vorzustreckenden Anwalts-, Gerichts- und Gutachterkosten. Diese Kosten senken die individuellen Anreize zur Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen – und damit den Beitrag, den ein Modell perfekter Kompensation zur effektiven Durchsetzung der Wettbewerbsregeln leisten kann. Der EuGH hat in den Urteilen *Courage* und *Manfredi* aber gerade die funktionale Begründung – und damit die potentielle verhaltenssteuernde Wirkung von Schadensersatzansprüchen – hervorgehoben. Die Richtlinie 2014/104/EU stellt den individuellen Anspruch auf perfekten Schadensausgleich in den Mittelpunkt, vernachlässigt dabei aber die oben genannten Hindernisse. Ein Modell perfekter Kompensation ist im Bereich von Kartellschadensersatzansprüchen mit hoher Wahrscheinlichkeit unmöglich. Ein System, das individuelle Schadensersatzansprüche wirksam machen und deren verhaltenssteuernde Wirkung aktivieren will, muss bewusst Abweichungen vom Modell perfekter Kompensation in Kauf nehmen.

Im Folgenden soll das Kompensationsmodell der Richtlinie dem bisherigen Ansatz im deutschen Recht gegenübergestellt werden, das deutlich stärker auf den Beitrag privater Kartellschadensersatzklagen zur effektiven

---

*Makatsch/Abele*, Das Ende kollektiver Kartellschadensersatzklagen in Deutschland? Anmerkung zu LG Düsseldorf, Urte. v. 17.12.2013, 37 O 200/09 (Kart.) U. - Zementkartell II, WuW 2014, 164 ff.

<sup>50</sup> EuGH, Urteil v. 20.9.2001, Rs. C-453/99, Slg. 2001 I 6297 Rn. 27 – *Courage v. Crehan*.

<sup>51</sup> EuGH, Urteil v. 13.7.2006, Rs. C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006 I 6619 Rn. 60 – *Manfredi*.

<sup>52</sup> Siehe auch EuGH, Urteil v. 6.6.2013, Rs. C-536/11 Rn. 24 – *Donau Chemie* [noch nicht in amtl. Slg.]; BGH, Urteil v. 28.6.2011, BGHZ 190, 145 Rn. 38 – *ORWI*.

<sup>53</sup> EuGH, Urteil v. 20.9.2001, Rs. C-453/99, Slg. 2001 I 6297 Rn. 27 – *Courage v. Crehan*; EuGH, Urteil v. 13.7.2006, Rs. C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006 I 6619 Rn. 60 – *Manfredi*.

Durchsetzung der Wettbewerbsregeln abzielte (1.). In einem zweiten Schritt sollen die Voraussetzungen aufgezeigt werden, unter denen auch das von der Richtlinie vorgezeichnete Modell zur effektiven Durchsetzung der Wettbewerbsregeln beitragen kann – Voraussetzungen, welche die Richtlinie selbst allerdings nicht gewährleistet (2.).

### 1. Das Modell der perfekten Kompensation in der Richtlinie 2014/104/EU und Folgen für die bisherige Dogmatik privater Kartellschadensersatzansprüche im deutschen Recht

Die Richtlinie 2014/104/EU will das in der Rechtsprechung des EuGH formulierte Gebot, zur effektiven Durchsetzung der Wettbewerbsregeln wirksame private Schadensersatzansprüche der Geschädigten zu gewährleisten, durch Individualansprüche auf perfekte Kompensation realisieren. Jeder Geschädigte hat einen Anspruch auf vollständigen Ersatz seines Schadens (Art. 3 Abs. 1). Gleichzeitig soll eine Überkompensation strikt vermieden werden (Art. 3 Abs. 3).

Das Modell perfekter Kompensation entspricht grundsätzlich der schadensersatzrechtlichen Tradition der kontinentaleuropäischen Mitgliedstaaten. Es ist aber – gerade in den komplexen Konstellationen von Kartellschadensersatzklagen – ein kaum zu erreichendes Ziel. Der Schadensnachweis gehört zu den großen Herausforderungen eines Kartellschadensersatzprozesses.<sup>54</sup> Direkte Abnehmer kartellbeteiligter Unternehmen müssen den hypothetischen Wettbewerbspreis und den Umstand nachweisen, dass auch sie von der kartellbedingten Preiserhöhung betroffen waren. Sie müssen sich ggfs. ferner der vom Kartellanten erhobenen „passing-on defense“ erwehren. Indirekte Abnehmer müssen zeigen, dass und in welchem Umfang ein möglicher Preisaufschlag auf sie weitergewälzt worden ist. Die Informationsanforderungen und Kosten eines solchen Nachweises sind oftmals so hoch, dass sie in vielen Fällen abschreckend wirken. Jede Rechtsordnung muss daher entscheiden, ob und in welchem Umfang sie Beweiserleichterungen einführt, um den Anreiz zur tatsächlichen Geltendmachung des Schadens zu erhöhen. Derartige Erleichterungen können dann aber zugleich zur Überkompensation begünstigter Kläger führen.

Verschiedene Rechtsordnungen haben zur Stärkung der Abschreckungsfunktion privater Kartellschadensersatzklagen auf eine

---

<sup>54</sup> Vgl. Erwägungsgrund 45.

Erleichterung solcher Klagen auf Direktabnehmerebene gesetzt, die typischerweise über die größten Anreize und Fähigkeiten zur wirksamen Durchsetzung von Schadensersatzforderungen verfügt. Das Modell der USA, die Anspruchsinhaberschaft indirekter Abnehmer, aber zugleich auch die „passing-on defense“ kartellbeteiligter Unternehmen gegenüber Direktabnehmern auszuschließen,<sup>55</sup> war mit der Rechtsprechung des EuGH von vornherein kaum vereinbar. Auch das *ORWI*-Urteil des BGH,<sup>56</sup> das die „passing-on defense“ gegenüber Direktabnehmern erschwerte, indirekten Abnehmern hingegen keine Beweiserleichterungen zugestand, zielte im Ergebnis aber auf die Konzentration von Ansprüchen auf Direktabnehmerebene ab.

Die Richtlinie 2014/104/EU möchte demgegenüber auch indirekten Abnehmern eine effektive Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen ermöglichen. Um kartellbeteiligte Unternehmen vor übermäßiger mehrfacher Inanspruchnahme zu schützen, soll die „passing-on defense“ als effektives Verteidigungsinstrument ausgestaltet werden (Art. 12 Abs. 2). Ein Regime der „disclosure“ – der gerichtlichen Anordnung der Offenlegung von Beweismitteln (Art. 5) – soll die Informationsasymmetrien überwinden, die zwischen den Parteien notwendig bestehen.<sup>57</sup> Wie sich das so vorgezeichnete System auf die Klageanreize Kartellgeschädigter auswirkt, die in ihrer Gesamtheit über die Effektivität der Durchsetzung entscheiden, bleibt in diesem durch die Richtlinie nur skizzenhaft vorgezeichneten Modell außer Acht. Dies soll im Folgenden anhand der Situation geschädigter direkter und indirekter Abnehmer aufgezeigt werden.

#### a) Schadensersatzklagen direkter Abnehmer<sup>58</sup>

Direktabnehmer kartellbeteiligter Unternehmen, die ihren Schaden geltend machen wollen, müssen grundsätzlich einen Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln beweisen, ferner den Umstand, dass ihnen dadurch ein Schaden entstanden ist. Ferner müssen sie Tatsachen vortragen und beweisen, die dem Gericht eine fundierte Schätzung des Schadensumfangs ermöglichen. Diese Voraussetzungen galten bislang

<sup>55</sup> Illinois Brick Company v. Illinois, 431 U.S. 720 (1977); Hanover Shoe Inc v. United Shoe Machinery Corp United Shoe Machinery Corp, 392 U.S. 481 (1968); ausführliche Darstellung der Rechtsprechung des Supreme Court mit Hinweis auf die unterschiedliche Rechtslage auf einzelstaatlicher Ebene: *Wenzel Bulst*, Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht, Nomos 2006, 59 ff., 98 f.

<sup>56</sup> BGH, Urteil v. 28.6.2011, BGHZ 190, 145 ff. – *ORWI*.

<sup>57</sup> Zur Verteilung der Beweisanforderungen zwischen direktem und mittelbarem Abnehmer nach dem *ORWI*-Urteil siehe insbes. *Morrell*, Kartellschadensersatz nach *ORWI*, WuW 2013, 959, 961.

<sup>58</sup> Der folgende Teil stimmt teilweise überein mit *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 337 ff.

nach deutschem Recht und werden durch die Richtlinie 2014/104/EU nicht in Frage gestellt.

Allerdings galten bislang – und gelten auch nach der Richtlinie – gewisse Erleichterungen: Zum Nachweis eines Wettbewerbsverstoßes können sich Geschädigte nach deutschem Recht (§ 33 Abs. 4 GWB) und können sich Geschädigte in eingeschränkterem Umfang auch nach der Richtlinie (Art. 9 Abs. 1 und Abs. 2) auf die Bindungswirkung bestandskräftiger kartellbehördlicher Entscheidungen berufen. Gemäß Art. 9 Abs. 1 soll dies jedenfalls für bestandskräftige Entscheidungen der eigenen nationalen Wettbewerbsbehörde gelten. Bestandskräftige Entscheidungen der Wettbewerbsbehörde eines anderen Mitgliedstaates müssen als Anscheinsbeweis anerkannt werden (Art. 9 Abs. 2). Wird Schadensersatz wegen eines Verstoßes gegen das Verbot von Hardcore-Kartellen<sup>59</sup> geltend gemacht, so wird gemäß Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie widerleglich vermutet, dass das Kartell einen Schaden verursacht hat. Die deutsche Rechtsprechung hat in solchen Fällen bislang einen Anscheinsbeweis anerkannt.<sup>60</sup> Die Vermutung bezieht sich nur auf das „Ob“ eines Schadens, nicht auf dessen Höhe.<sup>61</sup>

Der Nachweis der Schadenshöhe gehört zu den größten Herausforderungen im privaten Kartell-Schadensersatzprozess.<sup>62</sup> Grundsätzlich ergibt sich der Preishöhenschaden eines direkten wie auch eines mittelbaren Abnehmers von Kartellprodukten aus der Differenz zwischen dem tatsächlich gezahlten Preis und dem hypothetischen Wettbewerbspreis über die Dauer des Kartells hinweg, zuzüglich des Zinsschadens. Gem. Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie dürfen die Anforderungen an den Nachweis der Schadenshöhe nicht so hoch angesetzt werden, dass die Durchsetzung des Schadensersatz dadurch übermäßig erschwert oder praktisch unmöglich gemacht wird. Nationale Gerichte müssen befugt sein, die Höhe des Schadens zu schätzen. Im deutschen Recht ist diese Möglichkeit bereits in § 287 ZPO vorgesehen.<sup>63</sup> Allerdings muss auch die Schadensschätzung stets auf einem substantiierten Vortrag und ggfs. Beweis der verfügbaren Fakten beruhen. Aus Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie

<sup>59</sup> Siehe für die Definition eines Kartells Art. 2 Nr. 14 der Richtlinie.

<sup>60</sup> KG, Urteil v. 1.10.2009 – 2 U 10/03 (Kart.), WuW/E DE-R 2773 ff., insbes. Rn. 38 ff. – *Berliner Transportbeton*.

<sup>61</sup> Siehe auch Begründungserwägung 47.

<sup>62</sup> Siehe dazu Kommission, Mitteilung zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 oder 102 AEUV, ABl. 2013 Nr. C 167/19; Kommission, Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen, 2013. Ausführlich auch: *Hüschelrath/Leheyda/Müller/Veith (Hrsg.)*, Schadensermittlung und Schadensersatz bei Hardcore-Kartellen, 2012.

<sup>63</sup> Näher: *Schweitzer*, in: *Hüschelrath/Leheyda/Müller/Veith (Hrsg.)*, Schadensermittlung und Schadensersatz bei Hardcore-Kartellen, 2012, S. 39, 55 f.

folgt, dass hieran keine überzogenen Anforderungen gestellt werden dürfen.

Der beklagte Kartellteilnehmer, der auf Ersatz eines kartellbedingten Preishöhenschaden in Anspruch genommen ist, kann sich sodann auf die sog. „passing-on defense“ berufen (Art. 13) und geltend machen, dass der kartellbedingten Preisaufschlag ganz oder teilweise auf die nachfolgende Marktstufe weitergewälzt wurde. Die Beweislast dafür, dass bzw. in welchem Umfang eine Weiterwälzung tatsächlich stattgefunden hat, obliegt dem beklagten Kartellteilnehmer.

Der BGH hat den Weiterwälzungseinwand des beklagten Kartellanten in *ORWI* ebenfalls anerkannt, allerdings an erschwerende Bedingungen geknüpft. Dogmatisch sei die „passing-on defense“ nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung zu beurteilen (Rn. 57). Sie könne nur durchgreifen, wenn die Preiserhöhung des Geschädigten auf dem nachgelagerten Markt in adäquatem Kausalzusammenhang mit dem kartellbedingten Preisaufschlag stehe – dies müsse anhand der ökonomischen Gegebenheiten auf den Anschlussmärkten beurteilt werden (Rn. 59). Fälle, in denen die Abwälzung des Kartellpreises nur auf Grund besonderer kaufmännischer Leistungen oder Anstrengungen möglich war, seien vom Weiterwälzungseinwand nicht erfasst (Rn. 60). Eine schadensmindernde Berücksichtigung der Weiterwälzung komme ferner nur in Betracht, insoweit die Berücksichtigung dem Geschädigten zumutbar sei und den Schädiger nicht unangemessen entlaste (Rn. 58). Eine unangemessene Entlastung drohe, wenn der Geschädigte den Preisaufschlag zwar an die nächste Marktstufe weiterwälze, hierdurch aber einen Nachfragerückgang erleide. Unter Billigkeitsgesichtspunkten könne der Schädiger mit dem Weiterwälzungseinwand daher nur durchdringen, wenn er dartun und ggfs. nachweisen könne, dass der Weitergabe des Preisaufschlags kein Nachfragerückgang gegenüberstehe, durch den die Preiserhöhung ganz oder teilweise kompensiert worden sei (Rn. 69). In Anerkennung des modellhaft typischen Zusammenhangs von Preiserhöhung und Mengeneffekt wurde damit dem Kläger der praktisch schwierige Nachweis eines entgangenen Gewinns erspart und die Darlegungs- und Beweislast für dessen Vorliegen de facto umgekehrt. Zugleich sollte diese Beweislastverteilung nach dem *ORWI*-Urteil streng gehandhabt werden. Der Schädiger sollte sich nur in engen Grenzen auf eine sekundäre Darlegungslast des Geschädigten berufen können. Sorgfältig sei abzuwägen, inwieweit dem Geschädigten eine Darlegung zu wettbewerblich relevanten Umständen abverlangt werden könne, an deren Geheimhaltung er ein schützenswertes Interesse habe. Die Annahme einer sekundären Darlegungslast des Geschädigten dürfe ferner nicht zur

Gefährdung einer effektiven Durchsetzung privater Schadensersatzansprüche führen (Rn. 70 f.). Nach diesen Grundsätzen schien eine erfolgreiche Berufung von Kartellteilnehmern auf die „passing-on defense“ regelmäßig unwahrscheinlich.<sup>64</sup> Für direkte Abnehmer stiegen damit die Klageanreize.

Mit der Richtlinie ist diese Rechtsprechung überholt. Art. 13 verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Gewährleistung eines Weiterwälzungseinwandes, der unabhängig davon geltend gemacht werden kann, ob der dem Abnehmer aus der Weitergabe des Preisaufschlags an die nächste Marktstufe resultierende Vorteil durch einen Nachfragerückgang ganz oder teilweise kompensiert worden ist. Der Schaden aus entgangenem Gewinn soll als eigenständiger Schadensposten geltend gemacht werden (Art. 12 Abs. 3). Die „passing-on-defense“ des Art. 13 muss angesichts des Verbots der Überkompensation in Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie wirksam ausgestaltet werden.

Auch die vom BGH nahegelegte strikte Eingrenzung der Grundsätze der sekundären Darlegungslast übernimmt die Richtlinie daher nicht. Der Schädiger, der sich auf die „passing-on defense“ beruft, kann gemäß Art. 13 S. 2 der Richtlinie vom Kläger oder von Dritten nach den Vorgaben des Art. 5 in zumutbarem Umfang Offenlegung der für den Nachweis der Weiterwälzung benötigten Beweismittel verlangen. Dies gebiete der Grundsatz der Waffengleichheit.<sup>65</sup> Vertraulichkeitsinteressen rechtfertigen dabei zwar besondere Schutzvorkehrungen, nicht aber den Ausschluss der Offenlegung (Art. 5 Abs. 5).

Mit der Richtlinie wird der Weiterwälzungseinwand im deutschen Recht damit eine viel weiterreichende praktische Bedeutung erlangen, als sie ihm vom BGH nach dem *ORWI*-Urteil zgedacht war. Für den Nachweis eines „pass-on“ wird sich der beklagte Kartellant zunächst auf ökonomische Gutachten stützen müssen, die insbesondere die Reichweite des Kartells, die Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt, die Art der vom Kartell betroffenen Kosten sowie das Preissetzungsverhalten der betroffenen Unternehmen in den Blick nehmen werden.<sup>66</sup> Bei

<sup>64</sup> In Betracht kam eine erfolgreiche „passing-on defense“ auch nach den *ORWI*-Grundsätzen ausnahmsweise bei den im Bausektor verbreiteten „Cost-Plus“-Vertragsmodellen, bei denen ein Auftragnehmer, der seine Kalkulation offenlegt, einen bestimmten Prozentsatz auf die Kosten erhält. Der Auftragnehmer wälzt danach einen etwaigen Preisaufschlag kartellbeteiligter Lieferanten vollständig ab. Gleichzeitig erleidet er infolge der Preiserhöhung regelmäßig keinen Nachfragerückgang. Im Ergebnis schlägt der Preis der einzelnen Leistungen zu geringfügig auf den Gesamtpreis des Baus durch, als dass dies die Nachfrage beeinflussen würde.

<sup>65</sup> Begründungserwägung 14 der Richtlinie.

<sup>66</sup> Siehe z.B. *OXERA*, Agenda January 2014: Passing game: the ongoing debate about pass-on in damages actions; *Haus/Serafimova*, BB 2014, 2883, 2884; *Thomas/Inderst*, Zu den Prinzipien der Ermittlung von Schadensersatz bei Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht, WuW 2014, 667.

marktabdeckenden Kartellen kommt ein „pass-on“ eher in Betracht als in Fällen, in denen Direktabnehmer des Kartells mit Unternehmen konkurrieren, die ihre Waren auf nicht kartellierten Märkten beziehen. Selbst wenn alle Unternehmen auf dem nachgelagerten Markt dem Kartell ausgesetzt sind, bleiben Ob und Umfang des „pass-on“ aber abhängig von der Wettbewerbsintensität auf dem nachgelagerten Markt.<sup>67</sup> So geht die ökonomische Theorie davon aus, dass bei vollständigem Wettbewerb zwischen den vom Kartell betroffenen Abnehmern eine vollständige Kostenweiterwälzung stattfinden wird. Je wettbewerbtlicher der Markt, desto höher das wahrscheinliche „pass-on“. Ist auf der Abnehmerstufe ein Monopolist tätig, so wird er über die Weiterwälzung des kartellbedingten Preisaufschlags nach Maßgabe des Kriteriums der Gewinnmaximierung entscheiden. Eine Faustregel besagt, dass in einem typisierten Szenario etwa 50 % des Preisaufschlags weitergewälzt würden. In oligopolistischen Märkten sagt die ökonomische Theorie eine Weiterwälzung von 50-100 % des Preisaufschlags voraus. Jedoch muss im Einzelfall ebenso berücksichtigt werden, welche Kostenart vom Preisaufschlag betroffen ist. Fixkosten eignen sich weniger für eine Weiterwälzung als variable Kosten. Ferner spielen Erkenntnisse über das typische Preissetzungsverhalten der Abnehmer eine Rolle, das sich von Industrie zu Industrie unterscheiden kann. In Situationen, in denen ein „pass-on“ ökonomisch naheliegt, der Abnehmer dieses aber bestreitet, wird der Kartellant nach Art. 13 S. 2 i.V.m. Art. 5 im Ergebnis aber auch Offenlegung der Kosten und der Preiskalkulation durch den Abnehmer verlangen können. Auf die Unangemessenheit der Offenlegung wird sich der klagende Abnehmer nach der Systematik der Richtlinie nicht ohne weiteres berufen können. Ein Direktabnehmer, der derartige Konstellationen voraussieht, wird von einer Geltendmachung des Preishöhenschadens unter Umständen von vornherein absehen.

#### b) Schadensersatzklagen indirekter Abnehmer

Die Schwächung der Klageanreize direkter Abnehmer könnte durch die in der Richtlinie vorgesehene Begünstigung indirekter Abnehmer aufgewogen

---

<sup>67</sup> Siehe Kommission, Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 oder Art. 102 AEUV, 2013, Rn. 170: Bei vollständigem Wettbewerb ist von einer 100%igen Weiterwälzung auszugehen, denn dann entspricht der Preis den Grenzkosten, und jeder Preisanstieg beim Input wird direkt weitergegeben. Bei unvollständigem Wettbewerb wird der Preisaufschlag wahrscheinlich nicht zu 100 %, aber jedenfalls teilweise weitergewälzt. Merkmale, die die Höhe der Weiterwälzung beeinflussen können, umfassen die Preiselastizität der Nachfrage; eine Veränderung der Grenzkosten bei veränderten Produktionsmengen (wenn die Grenzkosten bei Produktionsdrosselung erheblich sinken, wird eher nicht weitergewälzt); die Dauer der Zuwiderhandlung (je länger, desto wahrscheinlicher wird die Weiterwälzung) u.a.

werden. Nach dem *ORWI*-Urteil sahen sich indirekte Abnehmer, wenn sie kartellbedingte Preishöhenschäden geltend machen wollten, vor erhebliche praktische Herausforderungen gestellt. Für den Nachweis des Wettbewerbsverstoßes konnten sie sich – wie die Direktabnehmer – auf die Bindungswirkung der kartellbehördlichen Feststellungsentscheidung stützen (§ 33 Abs. 4 GWB). Sie mussten aber einen adäquat kausalen Zusammenhang zwischen dem Kartell und dem ihnen selbst entstandenen Vermögensnachteil nachweisen (Rn. 44). Eine Vermutung, dass eine im zeitlichen Zusammenhang mit dem Kartell auftretende Preiserhöhung auf den Anschlussmärkten kausal auf dem Kartell beruhe, lehnte der BGH unter Hinweis auf die Vielfalt relevanter Preisbildungsfaktoren ab. Zu prüfen seien die konkreten Marktgegebenheiten, darunter die Preiselastizität von Angebot und Nachfrage, die Dauer des Kartellverstoßes und die Intensität des Wettbewerbs auf den relevanten Marktstufen. Wenn die meisten der Direktabnehmer den Kartellpreis zahlen müssten und auf der nachgelagerten Marktstufe keine oder nur geringe Ausweichmöglichkeiten bestünden, könne – bei ansonsten funktionsfähigen Wettbewerb auf dem Anschlussmarkt – ein Anscheinsbeweis für eine Weiterwälzung des kartellbedingten Preisaufschlags angenommen werden (Rn. 47). Mangels adäquater Kausalität des Kartellverstoßes sei aber ein ersatzfähiger Schaden mittelbarer Abnehmer etwa zu verneinen, wenn der Preissetzungsspielraum des Direktabnehmers auf eigener kaufmännischer Leistung beruhe (Rn. 47). Der Nachweis der Kausalität des Kartells für den vom mittelbaren Geschädigten gezahlten Preisaufschlag wurde folglich mit jeder Marktstufe schwieriger.

Die Richtlinie 2014/104/EU geht von einem anderen Ansatz aus: Art. 14 Abs. 2 normiert eine widerlegliche Vermutung der Schadensweiterwälzung auf mittelbare Abnehmer über alle Marktstufen hinweg, wenn der Wettbewerbsverstoß und ein kartellbedingter Preisaufschlag im Verhältnis zum Direktabnehmer nachgewiesen sind und der klagende mittelbare Abnehmer kartellbefangene Waren oder Dienstleistungen erworben hat. Weder aus der Formulierung des Art. 14 Abs. 2 noch aus den Begründungserwägungen der Richtlinie<sup>68</sup> geht klar hervor, ob sich die Weiterwälzungsvermutung allein auf das „Ob“ eines „pass-on“ oder auch auf dessen Umfang beziehen soll.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> Begründungserwägung 41 der Richtlinie.

<sup>69</sup> Gegen eine widerlegliche Vermutung, dass der Preisaufschlag in vollem Umfang weitergewälzt wurde, spricht die Formulierung in Art. 14 Abs. 2 der Richtlinie, wo nur von einer Vermutung bzgl. des „Ob“ einer Weiterwälzung die Rede ist („shall be deemed to have proven that a passing-on to him occurred“), während in

In der Literatur zur Richtlinie wird diese Frage nicht eindeutig behandelt.<sup>70</sup> In Anbetracht der Formulierung des Art. 14 Abs. 2 mag man auf den ersten Blick von einer widerleglichen Vermutung zugunsten einer vollständigen Weiterwälzung des Schadens über alle Marktstufen hinweg ausgehen.<sup>71</sup> Der beklagte Kartellant müsste dann – zunächst erneut unter Heranziehung ökonomischer Evidenz – aufzeigen, dass ein vollständiges oder teilweises „pass-on“ unwahrscheinlich ist. Wird dieser Nachweis geführt, so würde die Beweislast für das Ob bzw. den Umfang des „pass-on“ an die klagenden indirekten Abnehmer zurückfallen. Art. 14 Abs. 2 der Richtlinie würde damit allerdings eine sehr weitreichende Vermutung zugunsten indirekter Abnehmer statuieren, für die in dieser Allgemeinheit kein Anscheinsbeweis spricht: Sowohl das Ob als auch der Grad des „pass-on“ hängen von der Gesamtheit der Merkmale des in Rede stehenden Marktes ab (s.o.).<sup>72</sup> Einen typischen Geschehensablauf, auf den ein Anscheinsbeweis gestützt werden könnte, gibt es nicht.<sup>73</sup> Das kann dafür sprechen, dem Art. 14 Abs. 2 lediglich eine widerlegliche Vermutung zu entnehmen, dass der Schaden überhaupt weitergewälzt wurde.<sup>74</sup> So sprechen sowohl Art. 12 Abs. 5, der den nationalen Gerichten die Befugnis überträgt, die Höhe der Schadensweiterwälzung zu schätzen, als auch Art. 16, der die Kommission zur Veröffentlichung von Leitlinien verpflichtet, die nationalen Gerichten bei der Schätzung des Umfangs der Weiterwälzung helfen sollen,<sup>75</sup> dafür, dass sich die Vermutung auf das „Ob“ eines „pass-on“ beschränkt. Auch die Formulierung des Art. 14 Abs. 1 legt nahe, dass die Beweislast für den Grad der Weiterwälzung beim Kläger verbleiben soll, wobei ihm ggfs. die Ansprüche auf Offenlegung von Informationen

---

Art. 14 Abs. 1 noch vom Ob und vom Umfang des „pass-on“ die Rede ist („... the burden of proving the existence and scope of such pass on shall rest with the claimant“).

<sup>70</sup> *Calisti/Haasbeek/Kubik*, NZKart 2014, 466, 468: Um dem Grundsatz der vollständigen Kompensation gerecht zu werden, obliegt es dem Richter die Schätzung, zu welchem Grad der Schaden weitergewälzt wurde, nachdem der indirekte Abnehmer das Vorliegen der Schadensweiterwälzung mithilfe der Beweiserleichterung bewiesen hat. Genauso: *Howard*, ECLR 2014, 51, 53.

<sup>71</sup> In der Begründungserwägung 41 heißt es, die Weiterwälzungsvermutung rechtfertige sich durch die Schwierigkeiten mittelbarer Abnehmer, den Umfang des Schadens zu beweisen. Auch soll nach dem Wortlaut des Art. 14 Abs. 2 S. 2 die Darlegungs- und Beweiserleichterung des Art. 14 Abs. 2 S. 1 nicht gelten, wenn „the defendant can demonstrate to the satisfaction of the court that the overcharge was not, or not entirely, passed on to the direct purchaser.“ Dem ließe sich u.U. zunächst die Vermutung entnehmen (Abs. 1, Abs. 2 S. 1), dass der Kartellschaden vollständig weitergewälzt wurde. Diese Vermutung könnte aber gem. Art. 14 Abs.2 dadurch erschüttert werden, dass der Beklagte darlegt, die Preisdifferenz entweder gar nicht oder nicht vollständig an den indirekten Abnehmer weitergegeben wurde. Gelänge dies, bliebe es dann (Art. 14 Abs. 1 aE) bei der Darlegungs- und Beweislast des Klägers hinsichtlich der Höhe seines Schadens.

<sup>72</sup> Kommission, Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 oder Art. 102 AEUV, 2013, Rn. 168.

<sup>73</sup> So aber *Vollrath*, NZKart 2013, 434, 442.

<sup>74</sup> So wohl auch *Mederer*, der – ohne weitere Erläuterung – die Betonung auf „eine“ Schadensabwälzung legt: EuZW 2013, 847, 851.

<sup>75</sup> Siehe auch Begründungserwägung 43, 44 der Richtlinie.

nach Art. 5 der Richtlinie zur Verfügung stehen. Liest man Art. 14 Abs. 1 und Abs. 2 der Richtlinie zusammen, so ergibt sich daher im Ergebnis folgendes Regime: Der mittelbare Abnehmer profitiert hinsichtlich des „Ob“ des Schadensweiterwälzung von der Beweiserleichterung des Art. 14 Abs. 2, wonach er nur nachweisen muss, dass ein Preisaufschlag gegenüber dem unmittelbaren Abnehmer stattgefunden hat. Sofern danach vermutet wird, dass „ein“ Schaden an den mittelbaren Abnehmer weitergegeben wurde, muss dieser dann aber im Rahmen der Beweisanforderungen des Art. 14 Abs. 1 Anknüpfungstatsachen darlegen, die es dem Gericht ermöglichen, den Umfang der Weiterwälzung gem Art. 12 Abs. 5 zu schätzen.<sup>76</sup> Über das Vorliegen eines Preisaufschlags hinaus muss der Kläger also zumindest solche Tatsachen vortragen, die hinreichende Anhaltspunkte für die Größenordnung liefern, in der der Preisaufschlag weitergegeben wurde.

Offen ist, ob der so interpretierte Art. 14 Abs. 2 tatsächlich die Wirkung entfalten wird, die dieser Beweiserleichterung zugeordnet ist. Indirekte Abnehmer sollen durch Art. 14 Abs. 2 zusätzliche Klageanreize erhalten. Es ist aber keineswegs eindeutig, dass selbst eine so weitreichende Vermutung starke Klageanreize für indirekte Abnehmer schafft. Zwar scheinen die Voraussetzungen, an welche Art. 14 Abs. 2 die widerlegliche Vermutung des „pass-on“ bindet, zunächst nicht hoch.<sup>77</sup> Für den Nachweis der Zuwiderhandlung kann sich der indirekte Abnehmer ggfs. auf die bestandskräftige Entscheidung einer Wettbewerbsbehörde stützen. Unklar ist, ob für den ebenfalls geforderten Nachweis, dass die Zuwiderhandlung einen Preisaufschlag für den unmittelbaren Abnehmer zur Folge hatte, die Vermutung des Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie greift. Selbst wenn sie greift, muss der indirekte Abnehmer für die Substantiierung seines Schadensersatzanspruchs ggfs. den Nachweis des Umfangs des Preisaufschlags gegenüber dem Direktabnehmer führen. Hierfür werden dem indirekten Abnehmer häufig die erforderlichen Informationen fehlen. Er wird auf eine Offenlegungsanordnung gegenüber dem beklagten Kartellanten vertrauen müssen. Dass der indirekte Abnehmer die Offenlegung von direkten Abnehmern verlangen wird oder kann, ist unwahrscheinlich. An die Verhältnismäßigkeit einer solchen Anordnung wären hohe Anforderungen zu stellen. Auch wird der indirekte Abnehmer regelmäßig seine geschäftlichen Beziehungen zu den Lieferanten wahren wollen. Dies erschwert auch den nach Art. 14 Abs. 2 weiter verlangten Nachweis, dass es sich bei den vom mittelbaren Abnehmer bezogenen

---

<sup>76</sup> Im Richtlinienvorschlag COM(2013) 404 final enthielt Art. 14 Abs. 2 selbst noch einen mit Art. 12 Abs. 5 wortgleichen Satz 2 zur Schätzungsbefugnis der nationalen Gerichte, vgl. Fiedler BB 2013, 2179, 2181.

<sup>77</sup> So auch *Makatsch/Mir* EuZW 2015, 7, 12.

Waren tatsächlich um kartellbefangene Waren oder Dienstleistungen handelt.

In dem Maße allerdings, in dem sich die Vermutung des Art. 14 Abs. 2 – ggfs. auch zugunsten mehrerer Marktstufen – als tatsächlich wirksam erweist, entsteht ein Konflikt mit dem in Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie aufgeführten Verbot der Überkompensation bzw. Mehrfachentschädigung.<sup>78</sup> Die Instrumente, welche die Richtlinie zur Auflösung dieses Konflikts in Art. 15 vorsieht, sind ungenügend.

c) Schlussfolgerungen zur konkreten Ausgestaltung der Ansprüche direkter und indirekter Abnehmer in der Richtlinie 2014/104/EU

Zu befürchten ist, dass die Richtlinie die tatsächlichen Kosten und Schwierigkeiten des Nachweises eines Schadensersatzanspruchs unterschätzt und die Erkenntnismöglichkeiten von Gerichten überschätzt. Denkbar ist, dass infolge der Richtlinie die Klageanreize der Direktabnehmer sinken, dies aber nicht durch höhere Klageanreize von indirekten Abnehmern ausgeglichen wird.

Wenn sich die Hürden einer wirksamen Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen als zu hoch erweisen, kann die angestrebte Gerechtigkeit im Ausgleich kartellbedingter Schäden schnell zu einer ungewollten Begünstigung der Kartellbeteiligten führen. In welchem Maße das System der Offenlegung nach Art. 5 der Richtlinie in Zukunft in den verschiedenen Mitgliedstaaten dazu beiträgt, die allgegenwärtigen Informationsasymmetrien zwischen Kläger und Beklagtem zu überwinden, bleibt abzuwarten. Anzunehmen ist, dass die Anordnung der Offenlegung von den Gerichten verschiedener Mitgliedstaaten auch in Zukunft unterschiedlich gehandhabt werden wird.<sup>79</sup>

2. Voraussetzungen, unter denen private Kartellschadensersatzklagen auch unter der Richtlinie 2014/104/EU zu einer wirksamen Durchsetzung der Wettbewerbsregeln beitragen können

Droht das in der Richtlinie 2014/104/EU angelegte Modell perfekter Kompensation die private Durchsetzung der Wettbewerbsregeln erheblich zu schwächen,<sup>80</sup> so ist über Gegenmaßnahmen nachzudenken. Um diesem

<sup>78</sup> Ebenso *Bues/Fritzsche* BB 2014, 2881, 2882; *Fiedler* BB 2014, 2179, 2185; *Kersting*, ZWeR 2008, 252, 261.

<sup>79</sup> Die unterschiedliche Handhabung ist nicht zuletzt auf die national geprägte Denkweise der Richter zurückzuführen, *Howard*, ECLR 2014, 35(2), 51, 53.

<sup>80</sup> Siehe dazu bereits *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 345; *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7, 13.

Effekt entgegenzuwirken, müssten zwei Voraussetzungen erfüllt sein: In dem Maße, in dem die Geltendmachung der „passing-on defense“ durch kartellbeteiligte Unternehmen erleichtert wird, muss

- 1) ein wirksames Instrument für die Geltendmachung von Kollektivklagen geschaffen werden.
- 2) die Geltendmachung von entgangenem Gewinn durch geschädigte Direkt- und Zwischenabnehmer erleichtert werden.

Für keine dieser beiden Herausforderungen zeichnet die Richtlinie Lösungen vor.

Kollektivklagen werden dort wichtig, wo ein „pass-on“ tatsächlich in erheblichem Umfang stattfindet und der Preishöhenaufschlag des Kartells im Ergebnis von den Endabnehmern getragen wird. Auf Endabnehmerstufe liegen aber häufig Streuschäden vor. Nur ein attraktives System von Kollektivklagen stellt dann die Klageanreize wieder her. Zur Stärkung kollektiver Schadensersatzklagen hat die Kommission parallel zum Entwurf der Kartellschadensersatz-Richtlinie eine Empfehlung zu „Gemeinsamen Grundsätzen für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten“ vorgelegt.<sup>81</sup> Die Empfehlung sieht die Einführung von sog. „Opt-in“-Kollektivklagen in allen Mitgliedstaaten vor. Die Erfahrungen mit diesem Modell in Großbritannien<sup>82</sup> waren ernüchternd. Nachdem auf der Grundlage der dort im Jahr 2003 eingeführten Regelung nur ein einziger Kartellschadensersatzprozess anhängig gemacht wurde und zu unbefriedigenden Ergebnissen führte,<sup>83</sup> gilt das „Opt-in“-Modell in Großbritannien weithin als gescheitert. Im Rahmen der Verabschiedung eines Consumer Rights Bill wird für private Kartellschadensersatzklagen aktuell ein „Opt-out“-Modell angestrebt.<sup>84</sup> Die Frage, ob dieses Modell auch für private Verbraucher-Schadensersatzklagen in anderen Mitgliedstaaten erstrebenswert wäre, ist damit nicht beantwortet.<sup>85</sup> Dieser Frage soll hier nicht weiter nachgegangen werden.

Nachgegangen werden soll demgegenüber der Frage, welche Anforderungen an die Substantiierung eines entgangenen Gewinns zu stellen sind. Auf dessen effektive Geltendmachung muss in einem System,

---

<sup>81</sup> ABl. 2013 Nr. L 201/60.

<sup>82</sup> Section 47B of the Competition Act 1998, introduced by the Enterprise Act 2002.

<sup>83</sup> Siehe Case no. 1078/7/9/07, *The Consumers' Association v JJB Sports Plc*.

<sup>84</sup> Siehe den First Draft of the Consumer Rights Bill, formally presented to Parliament on 23 January 2014. Für den aktuellen Gesetzgebungsstatus siehe <http://services.parliament.uk/bills/2014-15/consumerrights.html>.

<sup>85</sup> Für eine Diskussion der Modelle siehe *Bien*, NZKart 2013, 12 ff.

in dem die „passing-on defense“ hohe Wirksamkeit erlangt, großes Gewicht gelegt werden.<sup>86</sup>

Die Richtlinie 2014/104/EU leistet hierzu keinen Beitrag. In Wiedergabe der Rechtsprechung des EuGH<sup>87</sup> wird die Möglichkeit, als Teil des Schadens auch den entgangenen Gewinn einzuklagen, lediglich erwähnt (Art. 3 Abs. 2; Art. 12 Abs. 3). Anders als nach der Rechtsprechung des BGH in ORWI wird der entgangene Gewinn nicht per Vermutungsregel mit der Weiterwälzung des Preisaufschlags verknüpft, sondern soll als eigenständiger Schadensposten geltend gemacht und nachgewiesen werden. Ausgangspunkt ist auch hier die Differenzhypothese: Zu ersetzen sind alle Vermögensvorteile, die dem Geschädigten ohne das schädigende Ereignis zugeflossen wären.<sup>88</sup> Im Praktischen Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs stellt die Kommission fest, dass ein Kläger mit Hilfe der Vergleichsmarktanalysen, die auch für die Ermittlung des Preisaufschlages herangezogen werden, „nützliche Anhaltspunkte für die Ermittlung seiner Absatz- und Gewinneinbußen finden“ könne.<sup>89</sup> Das allerdings greift zu kurz: Mit Hilfe von Vergleichsmarktanalysen mag die Größenordnung des Mengeneffekts im Markt ermittelbar sein. Aus diesem lässt sich jedoch nicht auf den hypothetischen Markterfolg eines individuellen Wettbewerbers schließen.

Auch Ökonomen weisen daher auf die besonderen Schwierigkeiten hin, die mit der ökonomischen Substantiierung eines Anspruchs auf entgangenen Gewinn verbunden sind:<sup>90</sup> Zunächst wäre – wie bei der Ermittlung des Preishöhenschadens – der hypothetische Wettbewerbspreis zu ermitteln; in einem nächsten Schritt wäre zu ermitteln, wie sich der Absatz entwickelt hätte, wäre der Wettbewerbspreis verlangt worden. Hierfür müsste die Preiselastizität im gesamten Markt ermittelt werden. Schließlich wäre zu fragen, wie sich die Kosten des Klägers entwickelt hätten, hätte er eine größere Menge abgesetzt. Die Schwierigkeiten, die bereits bei der Ermittlung des hypothetischen Wettbewerbspreises begegnen, setzen sich bei den dann folgenden hypothetischen Ermittlungen fort.

<sup>86</sup> Siehe auch *Maier-Rigaud*, Toward a European Directive on Damages Actions, 2014 Journal of Competition L & E 10(2), 341, 345 f.

<sup>87</sup> EuGH, Urteil v. 13.7.2006, Rs. C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006 I 6619 Rn. 63 – *Manfredi*.

<sup>88</sup> Siehe z.B. OLG Düsseldorf, Urteil v. 9.4.2014 – VI-U (Kart.) 10/12 (WuW/E DE-R 4394, 4407) Rn. 102 – *Lottogesellschaft*.

<sup>89</sup> Kommission, Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 oder Art. 102 AEUV, 2013, Rn. 178: Auf der Grundlage eines zeitlichen oder räumlichen Vergleichsmarktkonzepts könne der Direktabnehmer das zuwiderhandlungsfreie Absatzvolumen rekonstruieren. Auf dieselbe Weise könne die hypothetische Gewinnspanne im zuwiderhandlungsfreien Szenario ermittelt werden.

<sup>90</sup> *Maier-Rigaud*, 2014 Journal of Competition L & E 10(2), 341, 348 ff.

Deutsche Gerichte haben allerdings die besonderen Schwierigkeiten im Nachweis eines entgangenen Gewinns stets in Rechnung gestellt. Eine Beweiserleichterung enthält bereits § 252 S. 2 BGB.<sup>91</sup> Danach gilt derjenige Gewinn als entgangen, der „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen [...] mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte“. Eröffnet wird damit die Möglichkeit einer abstrakten Schadensberechnung: Der Geschädigte muss nicht nachweisen, dass er durch die schädigende Handlung an der Durchführung bestimmter Geschäfte gehindert worden ist und dass ihm wegen der Nichtdurchführbarkeit dieser Geschäfte Gewinn entgangen ist. Vielmehr genügt der Nachweis einer „gewissen Wahrscheinlichkeit“ eines entgangenen Gewinns, ausgehend von dem regelmäßigen Verlauf im Geschäftsverkehr.<sup>92</sup>

Soweit zwischen den Parteien eines Rechtsstreits Uneinigkeit über die Schadenshöhe besteht, entscheidet das zuständige Gericht nach freier Überzeugung. Voraussetzung für eine Schadensschätzung ist allerdings die substantiierte Darlegung und ggfs. der Beweis konkreter Anknüpfungstatsachen, die die behauptete Gewinnerwartung wahrscheinlich machen.<sup>93</sup> Eine „völlig abstrakte Berechnung eines Erwerbsschadens“ lassen die § 252 S. 2 BGB i.V.m. § 287 Abs. 1 ZPO nicht zu.<sup>94</sup> Es müssen Anhaltspunkte für den regelmäßigen Geschäftsverlauf vorgelegt werden. Gleichzeitig dürfen insbesondere dann, wenn ein selbständig Tätiger oder ein Unternehmen einen entgangenen Gewinn geltend macht, keine zu strengen Maßstäbe an die Darlegung der hypothetischen Entwicklung des Geschäftsbetriebs angelegt werden.<sup>95</sup> Für die Schadensschätzung wird grundsätzlich eine Anknüpfung an die Geschäftsentwicklung und die Geschäftsergebnisse der letzten Jahre zugelassen.<sup>96</sup> Diese Grundsätze haben deutsche Gerichte auch

<sup>91</sup> Siehe u.a. OLG Düsseldorf, Urteil v. 29.1.2014 – VI-U (Kart) 7/13 (WuW/E DE-R 4477 ff.) Rn. 80 – *Intertemporales Verjährungsrecht*: „Diese Vorschrift enthält eine Beweismaßerleichterung dahingehend, dass es (nur) auf eine (deutlich) überwiegende, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit (vgl. BGH, Urteil v. 18.3.2004 -IX ZR 255/00, NJW 2004, 1521 [1522], Rz. 24 bei juris) ankommt“. Siehe auch OLG Düsseldorf, Urteil v. 9.4.2014 – VI-U (Kart.) 10/12 (WuW/E DE-R 4394, 4407) Rn. 102 – *Lottogesellschaft*: „Für die Darlegung und den Nachweis eines entgangenen Gewinns gewährt § 252 S. 2 BGB dem Verletzten eine § 287 ZPO ergänzende Beweiserleichterung in Form einer widerlegbaren Vermutung: Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte“.

<sup>92</sup> OLG Düsseldorf, Urteil v. 9.4.2014 – VI-U (Kart.) 10/12 (WuW/E DE-R 4394, 4407) Rn. 102 – *Lottogesellschaft*.

<sup>93</sup> BGH NJW 2004, 1945, 1946; BGH NJW 2010, 1532, 1533; speziell im kartellrechtlichen Kontext: OLG Düsseldorf, Urteil v. 13.11.2013 – VI-U (Kart) 11/13 (NZKart 2014, 68 ff. = WuW/E DE-R 4117 ff.) Rn. 99 – *Badarmaturen*.

<sup>94</sup> BGH NJW 2004, 1945, 1946.

<sup>95</sup> Für den kartellrechtlichen Kontext siehe OLG Düsseldorf, Urteil v. 13.11.2013 – VI-U (Kart) 11/13 (NZKart 2014, 68 ff. = WuW/E DE-R 4117 ff.) Rn. 99 – *Badarmaturen*.

<sup>96</sup> Siehe BGH NJW 2004, 1945, 1947: Verdienstausschlag eines selbständig Tätigen infolge eines Unfalls.

bereits im wettbewerbsrechtlichen Kontext angewandt: Eine Klägerin, die einen Schaden wegen entgangenen Gewinns als Folge einer gegen Art. 102 AEUV verstoßenden Preis-Kosten-Schere („margin squeeze“) geltend machte, bekam vom OLG Düsseldorf jedenfalls dem Grunde nach Recht:<sup>97</sup> Der Verstoß gegen Art. 102 AEUV war von der Kommission und den Unionsgerichten bindend festgestellt. Die Klägerin, die auf dem Endkundenmarkt für Telekommunikationsdienstleistungen als Wettbewerberin des wettbewerbswidrig handelnden Unternehmens tätig war und an dieses Vorleistungsentgelte zahlen musste, hatte dargetan, dass sie, wäre die Preis-Kosten-Schere nicht praktiziert worden, höhere Anschlussentgelte von ihren Kunden verlangt hätte: Sie hätte sich bei ihrem Markteintritt dann an dem entsprechend höheren Preisniveau des marktbeherrschenden Unternehmens orientiert. Das OLG Düsseldorf ließ dies als substantiierten Vortrag für das „Ob“ eines entgangenen Gewinns genügen (Rn. 89). Dass die Klägerin sich in Abwesenheit einer Preis-Kosten-Schere an dem dann höheren Preis des Marktbeherrschers orientiert hätte, entspreche dem Grundsatz kaufmännisch vernünftigen Verhaltens und daher der allgemeinen Lebenserfahrung (Rn. 89/90). Zur Substantiierung des klägerischen Vortrages bedürfe es daher nicht der Vorlage von Analysen, Studien oder Businessplänen. Für den Nachweis des „Ob“ eines Schadens gelte im Übrigen nicht der strenge Beweismaßstab des § 286 ZPO. Vielmehr greife die Beweismaßerleichterung des § 287 ZPO (Rn. 81).<sup>98</sup>

Im Verfahren *Lottogesellschaft*<sup>99</sup> hatte die Klägerin zur Substantiierung ihres entgangenen Gewinns auf der Grundlage einer abstrakten Berechnungsmethode eine vor dem gerichtlich festgestellten Kartellverstoß angefertigte Marktanalyse einer Investmentbank mit Prognosen für die dann vom Kartellverstoß betroffenen Jahre und eine eigene Geschäftsplanung aus demselben Jahr vorgelegt. Das OLG Düsseldorf hielt diese Prognosen für belastbar. Auf der Grundlage einer Ermittlung der Differenz zu den während der Kartellzeit tatsächlich erzielten Gewinnen schätzte das OLG den entgangenen Gewinn.

Für nicht hinreichend substantiiert hat das OLG Düsseldorf den geltend gemachten Anspruch auf Ersatz von entgangenem Gewinn im Fall *Badarmaturen* gehalten.<sup>100</sup> In diesem Fall hatte ein Online-Händler geltend

<sup>97</sup> OLG Düsseldorf, Urteil v. 29.1.2014 – VI-U (Kart) 7/13 (WuW/E DE-R 4477 ff.) – *Intertemporales Verjährungsrecht*.

<sup>98</sup> Siehe auch OLG Düsseldorf, Urteil v. 9.4.2014 – VI-U (Kart.) 10/12 (WuW/E DE-R 4394, 4407) Rn. 102 – *Lottogesellschaft*.

<sup>99</sup> OLG Düsseldorf, Urteil v. 9.4.2014 – VI-U (Kart.) 10/12 (WuW/E DE-R 4394) – *Lottogesellschaft*.

<sup>100</sup> OLG Düsseldorf, Urteil v. 13.11.2013 – VI-U (Kart) 11/13 (NZKart 2014, 68 ff. = WuW/E DE-R 4117 ff.) – *Badarmaturen*.

gemacht, ihm seien infolge höherer Einkaufspreise der Großhändler für die Produkte des Herstellers D Margenverluste im Verkauf dieses Produkts entstanden. Die höheren Einkaufspreise waren infolge einer kartellrechtswidrigen sog. „Fachhandelsvereinbarung“ zwischen dem Hersteller D und den Großhändlern entstanden, mit denen der Hersteller den Fachhandel gegenüber dem Internethandel begünstigen wollte. Die Großhändler hatten daraufhin den Online-Händlern geringere Rabatte auf den Herstellerpreis eingeräumt. Der Kläger versuchte, den entgangenen Gewinn durch Verweis auf die Entwicklung der Umsatzzahlen mit konkurrierenden Produkten der Firma H nachzuweisen. Das OLG Düsseldorf wies diese Darlegung als unsubstantiiert zurück. Der gewählte Vergleichsmaßstab sei ungeeignet. Die Produkte der Marke H und der Marke D seien nur in engen Teilbereichen vergleichbar. Umsatzeinbrüche im Vertrieb des Produktes der Marke D ließen sich überdies auch durch andere Ursachen erklären (Großbrand im Lager des Klägers, Finanzkrise 2009 u.a.).

Legt man diese in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zugrunde, so sind von den Anforderungen, die an eine ökonomisch stringente Beweisführung bzgl. eines entgangenen Gewinns zu stellen wären, erhebliche Abstriche zu machen. Für die Ermittlung des entgangenen Gewinns muss nicht auf die kartellbedingte Preiserhöhung, den damit unter Berücksichtigung der Preiselastizität verbundenen Mengeneffekt und die Veränderungen der Kosten des Geschädigten durch die Verschiebung der Absatzmenge abgestellt werden. Vielmehr lässt die Rechtsprechung – jedenfalls bei einer zeitlich begrenzten Kartelldauer von wenigen Jahren – einen Vorher-Nachher-Vergleich für eine substantiierte Darlegung genügen.<sup>101</sup> Ein solcher scheint auch bei längerer Kartelldauer nicht ausgeschlossen – jedenfalls dann, wenn der Geschädigte nachweisen kann, dass sich die Marktanteile zwischen ihm und den auf gleicher Ebene tätigen übrigen Geschädigten nicht nachhaltig zu seinem Nachteil verschoben haben. Auf diese Weise kann der Geschädigte den schwierigen Nachweis der marktweiten Preiselastizität seiner Abnehmer vermeiden. Den Nachweis, dass ein substantiiert dargelegter Gewinneinbruch des Geschädigten in zeitlichem Zusammenhang mit der kartellbedingten Preiserhöhung nicht auf dieser, sondern auf anderen Faktoren beruht, muss dann der Schädiger erbringen. Eine so konzipierte Beweislastumkehr bleibt hinter der *ORWI*-Vermutung, dass eine Weiterwälzung des Preisaufschlags zu einem entgangenen Gewinn in entsprechender Höhe führt, deutlich zurück; gleichwohl wird es bei solchermaßen reduzierten Anforderungen an den Nachweis eines entgangenen Gewinns realistisch,

---

<sup>101</sup> Weitere Anhaltspunkte für die Schadensermittlung bei *Haus/Serafimova*, BB 2014, 2883, 2884.

dass direkte Abnehmer, die einen vollständigen oder teilweisen „pass-on“ praktiziert haben, vor Gerichten mit Erfolg einen Anspruch auf entgangenen Gewinn durchsetzen können. Die Klageanreize direkter Abnehmer, die durch die starke Ausgestaltung der „passing-on defense“ in der Richtlinie erheblich geschwächt werden, würden hierdurch erheblich gestärkt.

#### IV. Die Angleichung der Bedingungen privater Durchsetzung in den Mitgliedstaaten

Wie die Begründungserwägungen zur Richtlinie 2014/104/EU zu Recht feststellen,<sup>102</sup> bestehen in den Mitgliedstaaten gegenwärtig große Unterschiede hinsichtlich privater Schadensersatzklagen zur Kompensation der durch Wettbewerbsverstöße erlittenen Schäden. Kartellschadensersatzklagen sind in den vergangenen Jahren ganz überwiegend in England, Deutschland, den Niederlanden, Österreich und Finnland anhängig gemacht worden.<sup>103</sup> In anderen Mitgliedstaaten hat eine entsprechende private Durchsetzung de facto nicht stattgefunden. Die Richtlinie soll die Bedingungen der privaten Durchsetzung durch Schadensersatzklagen vereinheitlichen. Die bestehenden Unterschiede zwischen den nationalen Vorschriften könnten – so die Begründungserwägungen – den Wettbewerb auf den Märkten beeinträchtigen (Erwägungsgrund 7).

In bestimmten Hinsichten wird die Richtlinie tatsächlich zu einer Angleichung führen. Von weitreichender praktischer Bedeutung ist, dass über die Richtlinie der Unternehmensbegriff des europäischen Wettbewerbsrechts in das nationale Recht des privaten Kartellschadensersatzes Einzug halten kann.<sup>104</sup> Gemäß Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie gewährleisten die Mitgliedstaaten, dass „Unternehmen, die durch gemeinschaftliches Handeln gegen das Wettbewerbsrecht verstoßen haben, gesamtschuldnerisch für den durch diese Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht verursachten Schaden haften“. Zwar ist der Unternehmensbegriff in der Richtlinie nicht eigens definiert. In den Begriffsbestimmungen des Art. 2 wird aber als „Rechtsverletzer“ dasjenige Unternehmen oder die Unternehmensvereinigung bezeichnet, „das bzw. die die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht begangen hat“ (Art. 2 Nr. 2). Der Gleichlauf der privatrechtlichen Haftung mit dem

<sup>102</sup> Siehe Begründungserwägung 7.

<sup>103</sup> Siehe *Rodgers*, Competition Law, Comparative Private Enforcement and Collective Redress Across the EU, 2014, S. 121 ff.

<sup>104</sup> Siehe dazu insbes. *Kersting*, WuW 2014, 564, 566; *ders.*, Der Konzern 2011, 445, 457; auch *Makatsch*, EuZW 2015, 7, 8; *Haus/Serafimova* BB 2014, 2883, 2884. A.A.: *Stauber/Schaper*, NZKart 2014, 346, 347.

materiellen Wettbewerbsrecht ist damit durch die Richtlinie vorgegeben.<sup>105</sup> Auch der Vereinheitlichung grundlegender Vermutungsregeln (s.o.), der Verjährungsfristen und von Grundprinzipien der Offenlegung von Beweismitteln im gerichtlichen Verfahren kommt gewiss praktische Bedeutung zu.

Die Vorstellung, dass daraus eine tatsächliche Angleichung der Bedingungen für private Schadensersatzklagen folgen wird, ist mit gleicher Gewissheit eine Illusion. Diese Annahme vernachlässigt die fundamentale Bedeutung der unverändert verschiedenen faktischen Gegebenheiten in den Mitgliedstaaten. Die Unterschiede beginnen mit der unterschiedlichen Ausgestaltung und Ausstattung der Gerichtssysteme. Jedes Gerichtssystem muss auf der Grundlage der verfügbaren Ressourcen und des jeweiligen nationalen Prozessrechts ein eigenes Gleichgewicht zwischen dem Gebot einer effektiven Durchsetzung der Wettbewerbsregeln und dem Ziel einer „perfekten Kompensation“ finden. Während in England auf der Basis eines aufwendigen gerichtlichen Verfahrens mit umfangreicher Beweiserhebung und „disclosure“ unter Einbeziehung ökonomischen Sachverständs viel Zeit und Kosten in das Bemühen fließen, den vom Kläger erlittenen Schaden möglichst präzise beziffern zu können, arbeitet das deutsche System deutlich stärker mit dem Instrument der Beweislastverteilung und mit der Schätzungsbefugnis des Gerichts (§ 287 ZPO). Andere Gerichtssysteme haben ihre eigenen Besonderheiten. Angesichts dieser nationalen Eigenheiten ist trotz der mit der Richtlinie 2014/104/EU nunmehr gegebenen Vorlagemöglichkeit zum EuGH nicht zu erwarten, dass die Vorschriften des Art. 5 zur Offenlegung von Beweismitteln in den Mitgliedstaaten künftig gleichmäßig gehandhabt werden. Da diese Regeln maßgeblich auf eine Einzelfallabwägung abstellen, wird eine Angleichung faktisch kaum – oder jedenfalls nur auf lange Frist – zu erzielen sein. Dasselbe gilt für die Ermittlung des Schadensumfangs. Die Mitteilung der Kommission zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen die Wettbewerbsregeln<sup>106</sup> wie auch der begleitende praktische Leitfaden<sup>107</sup> werden nichts daran ändern, dass nationale Gerichte unterschiedliche Anforderungen an den Grad an Substantiierung des Schadensumfangs stellen und von ihrer Schätzungsbefugnis in unterschiedlicher Weise Gebrauch machen werden. Die Vorstellung, dass mit der Mindestharmonisierung einzelner – wenngleich durchaus

---

<sup>105</sup> Schon vor Erlass der Richtlinie ablehnend gegenüber einem Gleichlauf der zivil- und bußgeldrechtlichen Haftung *Scheidtmann*, WRP 2010, 499, 503.

<sup>106</sup> ABl. 2013 Nr. C 167/19.

<sup>107</sup> Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 oder Art. 102 AEUV, 2013.

bedeutender – Vorschriften eine Vereinheitlichung der Kartellschadensersatzpraxis in den Mitgliedstaaten erzielt werden kann, die letztlich ein integraler Bestandteil der allgemeinen und weiterhin sehr unterschiedlichen nationalen Deliktsrechtssysteme bleibt, übersieht die praktische Bedeutung unterschiedlicher nationaler Prozessordnungen und Gerichtssysteme.

Zu fragen bleibt, ob die auch in Zukunft zu erwartenden Unterschiede in der privaten Durchsetzung tatsächlich, wie von der Richtlinie 2014/104/EU angenommen, zu einer Wettbewerbsverfälschung zwischen Unternehmen führen und Unternehmen von der Ausübung der Grundfreiheiten abhalten.<sup>108</sup>

Die Antwort auf diese Frage hängt unmittelbar mit den Regeln des internationalen Privatrechts für Kartellschadensersatzklagen zusammen und kann hier nur angedeutet werden:<sup>109</sup> Wettbewerbsverfälschungen durch unterschiedliche Bedingungen in der Durchsetzung privater Schadensersatzansprüche wären jedenfalls nur dann zu erwarten, wenn der Gerichtsstand eines kartellbeteiligten Unternehmens durch seinen Sitz bestimmt und eine Gerichtsstandswahl durch den geschädigten Kläger damit weitgehend ausgeschlossen wäre. Für unerlaubte Handlungen sieht Art. 5 Nr. 3 der Brüssel-I-Verordnung<sup>110</sup> jedoch eine besondere Zuständigkeit vor: Wer eine unerlaubte Handlung begangen und im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats seinen Wohnsitz hat, kann nicht nur am Ort seines Wohnsitzes, sondern auch in allen anderen Mitgliedstaaten verklagt werden, in denen „das schädigende Ereignis eingetreten ist“ – d.h. am Ort des für den Schaden ursächlichen Geschehens und an allen Orten, an denen sich der Schaden realisiert hat. Bei Kartellabsprachen kann insbesondere der Handlungsort an einer Vielzahl von Orten gelegen sein.<sup>111</sup> Für den durch eine unerlaubte Handlung Geschädigten kann damit ein u.U. weites Wahlrecht zwischen verschiedenen Gerichtsständen folgen. Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten hinsichtlich der Bedingungen und der Effektivität der Durchsetzung privater

---

<sup>108</sup> So die Begründungserwägungen 7 und 8 der Richtlinie 2014/104/EU. Die Begründungserwägung steht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Begründung, warum die Richtlinie nicht ausschließlich auf Art. 103 AEUV, sondern außerdem auf Art. 114 AEUV gestützt wird. Die Heranziehung von Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage entsprach einer Forderung des Europäischen Parlaments, das so die vollen Mitwirkungsbefugnisse erlangte.

<sup>109</sup> Näher: *Wurmnest*, Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei grenzüberschreitenden Kartelldelikten, EuZW 2012, 933; speziell zum Gerichtsstand des Sachzusammenhangs (Art. 6 Nr. 1 EuGVVO) bei kartellrechtlichen Schadensersatzklagen – Eine Analyse der neueren Rechtsprechung des EuGH: *Harms*, EuZW 2014, 129.

<sup>110</sup> Verordnung Nr. 44/2001/EG des Rates v. 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. 2001 Nr. L 12/1.

<sup>111</sup> *Wurmnest*, EuZW 2012, 933, 934 f.

Kartellschadensersatzansprüche könnten durch eine solche Ermächtigung zum „forum shopping“ ausgeglichen werden.

Die Auslegung dieser Vorschrift im Zusammenhang mit privaten Kartellschadensersatzverfahren ist gegenwärtig Gegenstand eines Vorlageverfahrens vor dem EuGH.<sup>112</sup> In seinen Schlussanträgen v. 11.12.2014 hat GA Jääskinen unter Berufung auf den Sinn und Zweck der Brüssel-I-Verordnung, aber auch auf das Ziel, die volle Wirksamkeit der europäischen Wettbewerbsregeln zu gewährleisten, eine enge Auslegung von Art. 5 Nr. 3 vertreten: Die Vorschrift solle nicht auf private Kartellschadensersatzansprüche angewandt werden – jedenfalls nicht auf Schäden, die aus horizontalen Kartellvereinbarungen folgten (Schlussanträge, Rn. 47). Vorschriften, die von dem Grundsatz der Zuständigkeit der Gerichte am Wohnsitz des Beklagten abweichen, seien eng auszulegen, um ein „forum shopping“ zu vermeiden (Rn. 44). Zwischen dem Rechtsstreit und dem Gericht des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist, müsse stets eine besonders enge Beziehung bestehen (Rn. 45). Es solle die Zuständigkeit desjenigen Gerichts begründet werden, das objektiv am besten in der Lage sei, das Vorliegen der Haftungsvoraussetzungen zu überprüfen (Rn. 45). Eine Anwendung des Art. 5 Nr. 3 auch auf private Kartellschadensersatzklagen könne kartellbeteiligte Unternehmen dazu verleiten, negative Feststellungsklagen in Mitgliedstaaten zu erheben, die für eine besonders lange Verfahrensdauer bekannt seien (sog. Torpedoklagen) (Rn. 51).

„Forum shopping“ kann in regulierten Sektoren zu einem unerwünschten Wettbewerb der Rechtsordnungen und einem „race to the bottom“ führen. Bei Geltung einheitlicher europäischer Wettbewerbsregeln in allen Mitgliedstaaten ist dies allerdings nicht zu befürchten. Seit dem Inkrafttreten der Rom II-Verordnung<sup>113</sup> richtet sich auch die Anwendbarkeit einer nationalen Rechtsordnung im Kartellprivatrecht nach einem einheitlichen Rechtsrahmen. Private Schadensersatzklagen werden regelmäßig von Geschädigten erhoben, die sich den aus ihrer Sicht effektivsten Gerichtsstand aussuchen können. Es entsteht damit ein – bei erwünschter privater Durchsetzung grundsätzlich positiver – Wettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten um die besten Regeln und Gerichtssysteme zur Gewährleistung wirksamen Schadensersatzes.<sup>114</sup> Die von GA Jääskinen erwähnten sog. Torpedoklagen haben sich im Bereich des

---

<sup>112</sup> Rs. C-352/13 – CDC.

<sup>113</sup> Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11. 7.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl. 2007 Nr. L 199/40.

<sup>114</sup> AA: Howard, ECLR 2014, 35(2), 51, 52.

Kartellschadensersatzes bislang nicht als wirksames Instrument erwiesen, der privaten Haftung zu entkommen.

Wie gravierend das Problem von Wettbewerbsverfälschungen durch unterschiedliche Systeme der Durchsetzung privater Kartellschadensersatzansprüche in den Mitgliedstaaten tatsächlich ist, wird damit maßgeblich von der Entscheidung des EuGH in der Sache *CDC* abhängen.

**Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht der  
Universität Bonn**

Center for European Economic Law, University of Bonn  
Centre de droit Economique Européen de l'Université de Bonn

Leitung: Prof. Dr. Moritz Brinkmann, LL.M.  
Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Everling  
Prof. Dr. Meinhard Heinze †  
Prof. Dr. Matthias Herdegen  
Prof. Dr. Ulrich Huber  
Prof. Dr. Rainer Hüttemann, Dipl.-Volksw.  
Prof. Dr. Jens Koch  
Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.  
Prof. Dr. Matthias Leistner, LL.M.  
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter  
Prof. Dr. Wulf-Henning Roth, LL.M. (Sprecher)  
Prof. Dr. Dres. h.c. Karsten Schmidt  
Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M.  
Prof. Dr. Daniel Zimmer, LL.M.

Anschrift: Adenauerallee 24-42, D - 53113 Bonn  
Telefon: 0228 / 73 95 59  
Telefax: 0228 / 73 70 78  
E-Mail: [zew@uni-bonn.de](mailto:zew@uni-bonn.de)  
URL: [www.zew.uni-bonn.de](http://www.zew.uni-bonn.de)  
URL: [www.zew.uni-bonn.de](http://www.zew.uni-bonn.de)

[...]

**Die Gesamtliste aller Veröffentlichungen dieser Schriftreihe ist sowohl auf der Internetpräsenz als auch im ZEW erhältlich.**

- Nr. 150     Sammelband: Symposion zu Ehren von Ulrich Everling „Die Entwicklung einer europäischen Grundrechtsarchitektur“, 2005, mit Beiträgen von Vassilios Skouris, Matthias Herdegen, Thomas Oppermann, Jürgen Schwarze, Ulrich Everling (vergriffen)
- Nr. 151     Jan M. Smits, *European Private Law*, 2006
- Nr. 152     Juliane Kokott, *Anwältin des Rechts – Zur Rolle der Generalanwälte beim Europäischen Gerichtshof*, 2006
- Nr. 153     Martin Nettesheim, *Grundfreiheiten und Grundrechte in der Europäischen Union – Auf dem Wege zur Verschmelzung?*, 2006
- Nr. 154     Sammelband: Festsymposion zu Ehren von Bruno Kropff „40 Jahre Aktiengesetz“, 2005, mit Beiträgen von Marcus Lutter, Mathias Habersack, Holger Fleischer, Johannes Semler, Bruno Kropff
- Nr. 155     Christian Waldhoff, *Rückwirkung von EuGH-Entscheidungen*, 2006; vergriffen
- Nr. 156     W. Rainer Walz, *Non-Profit-Organisationen im europarechtlichen Zugwind*, 2006
- Nr. 157     Theodor Baums, *Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht*, 2007
- Nr. 158     Christian Tomuschat, *Die Europäische Union und ihre völkerrechtliche Bindung*, 2007
- Nr. 159     Ansgar Staudinger, *Stand und Zukunft des Europäischen Verbraucherrechts*, 2007
- Nr. 160     Christian Calliess, *Die Dienstleistungsrichtlinie*, 2007

- Nr. 161 Corinna Ullrich, Die Richtlinie zu der grenzüberschreitenden Ausübung von Aktionärsrechten, 2007
- Nr. 162 Klaus Kinkel, Quo vadis Europa?, 2007
- Nr. 163 Peter Hommelhoff, Die „Europäische Privatgesellschaft“ am Beginn ihrer Normierung, 2008
- Nr. 164 Robert Rebhahn, Aktuelle Entwicklungen des europäischen Arbeitsrechts, 2008
- Nr. 165 Martin Böse, Die strafrechtliche Zusammenarbeit in Europa – Stand und Perspektiven, 2008
- Nr. 166 Thomas von Danwitz, Rechtsschutz im Bereich polizeilicher und justizieller Zusammenarbeit der Europäischen Union, 2008
- Nr. 167 Matthias Leistner, Konsolidierung und Entwicklungsperspektive des Europäischen Urheberrechts, 2008
- Nr. 168 Peter Hemeling, Die Societas Europaea (SE) in der praktischen Anwendung, 2008
- Nr. 169 Ulrich Immenga, Leitlinien als Instrument europäischer Wettbewerbspolitik, 2008
- Nr. 170 Rupert Scholz, Nach Lissabon und Dublin: Die Europäische Union am Scheideweg, 2008
- Nr. 171 Hanno Kube, EuGH-Rechtsprechung zum direkten Steuerrecht - Stand und Perspektiven, 2009
- Nr. 172 Piet Jan Slot, Recent Developments in EC State Aid Law, 2009
- Nr. 173 Stefan Leible, Rom I und Rom II: Neue Perspektiven im Europäischen Kollisionsrecht, 2009
- Nr. 174 Herbert Kronke, Transnationales Handelsrecht in der Reifeprüfung: Die UNIDROIT-Arbeiten 1998 – 2008, 2009
- Nr. 175 Stefan Bechtold, Optionsmodelle und private Rechtsetzung im Urheberrecht am Beispiel von Google Book Search, 2010
- Nr. 176 Claus Dörr, Perspektiven des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruches, 2010

- Nr. 177 Ulrich Tödtmann, Persönliche Beteiligung von Vorstandsmitgliedern am Verlust der Aktiengesellschaft, 2010
- Nr. 178 Carsten Grave, Banken-Fusionskontrolle in der Finanzkrise, 2010
- Nr. 179 Fabian Amtenbrink, Ratings in Europa: Kritische Anmerkungen zum europäischen Regulierungsansatz, 2010
- Nr. 180 Wolfgang Durner, Verfassungsrechtliche Grenzen richtlinienkonformer Rechtsfortbildung, 2010
- Nr. 181 Laurens Jan Brinkhorst, Staatliche Souveränität innerhalb der EU ?, 2010
- Nr. 182 Alfred Dittrich, Geldbußen im Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, 2010
- Nr. 183 Marc Amstutz, Die soziale Verantwortung von Unternehmen im europäischen Recht, 2010
- Nr. 184 Joachim Hennrichs – Wienand Schruff, Stand und Perspektiven des Europäischen Bilanzrechts – aus Sicht von Wissenschaft und Praxis, 2011
- Nr. 185 Verica Trstenjak, Internetverträge in der Rechtsprechung des EuGH im Bereich des Verbraucherschutzes, 2011
- Nr. 186 Michel Fromont, Souveränität, Verfassung und Europa: Ein Vergleich der deutschen und französischen Perspektive, 2011
- Nr. 187 Joachim Schindler, Aktuelle Überlegungen zu Fraud und Illegal Acts im Rahmen der Jahresabschlussprüfung unter besonderer Berücksichtigung der in der EU geltenden Prüfungsgrundsätze, 2011
- Nr. 188 Lubos Tichy, Die Überwindung des Territorialitätsprinzips im EU-Kartellrecht, 2011
- Nr. 189 21. Europa-Symposium zu den Rechtsfragen des Europäischen Finanzraumes, 2011
- Nr. 190 Jan Ceysens, Die neue europäische Aufsichtsarchitektur im Finanzbereich, 2011
- Nr. 191 Christoph G. Paulus, Genügen vertragsrechtliche Behelfe, um künftige Staatenkrisen in den Griff zu bekommen?, 2012

- Nr. 192 Christian Armbrüster, Das Unisex-Urteil des EuGH (Test-Achats) und seine Auswirkungen, 2012
- Nr. 193 Daniela Weber-Rey, Corporate Governance in Europa – Die Initiativen der Kommission, 2012
- Nr. 194 Peter Mankowski, Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten - Fragen des anwendbaren Rechts und der internationalen Zuständigkeit, 2012
- Nr. 195 Christian Waldhoff, Steuerhoheit für die Europäische Union ?, 2012
- Nr. 196 Nils Jansen, Revision des Verbraucher-acquis ?, 2012
- Nr. 197 Norbert Herzig, Gemeinsame konsolidierte Körperschaftssteuerbemessungsgrundlage (GKKB), 2012
- Nr. 198 Marc-Philippe Weller - Dieter Leuring, Sitzverlegungen in Europa: rechtliche und praktische Probleme, 2012
- Nr. 199 Udo di Fabio, Grenzen der Rechtsfortbildung, 2012
- Nr. 200 Sammelband: 22. Europa-Symposium – Zwanzig Jahre Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Grundfragen der Europäischen Union, 2012
- Nr. 200/1 Thym/Daniel, Becker/Ulrich, Tichý/Luboš  
Die Entwicklung der Union zu einem „sozialen Europa“
- Nr. 200/2 Schieman/Konrad, Grabenwarter/Christoph,  
Breitenmoser/Stephan  
Das Zusammenspiel der Grundrechtsordnungen (EMRK, Grundrechte-Charta, Allgemeine Rechtsgrundsätze) und ihre Interpretation
- Nr. 200/3 Neumann/Manfred, Stark/Jürgen, Seidel/Martin  
Die Zukunft der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion
- Nr. 201 Robert Rebhahn, Entwicklung im Arbeitsrecht der EU, 2012
- Nr. 202 Peter-Christian Müller-Graff, Drittwirkung der Grundfreiheiten und Grundrechte im Recht der Europäischen Union, 2012
- Nr. 203 Walter Bayer, Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht, 2012

- Nr.204 Torsten Körber, Europäisches Kartellverfahren in der rechtspolitischen Kritik, 2013
- Nr. 205 Ulrich Schlie, Europa als Sicherheitspartner der Vereinigten Staaten - Perspektiven für NATO und EU sowie innerstaatliche Konsequenzen für politisches Handeln in Deutschland, 2012
- Nr. 206 Rüdiger Stotz, Effektiver Rechtsschutz in der Europäischen Union, 2013
- Nr. 207 Viktoria Kicking, Die fabel - hafte Welt des Aufsichtsrats, 2013
- Nr. 208 Jürgen Schwarze, Die Wahrung des Rechts durch den Gerichtshof der Europäischen Union, 2014
- Nr. 209 Peter Hilpold, Die Unionsbürgerschaft- Entwicklung und Probleme
- Nr. 210 Robert Rebhahn, Arbeitnehmerschutz à la européenne
- Nr. 211 Winfried Tilmann, Das EU-Patent und das einheitliche Patentgericht, Meilensteine in der Entwicklung des Europäischen Rechts des geistigen Eigentums