

CB-BEITRAG

Dr. Helmut Janssen, LL.M., RA

Schadensersatz wegen Verletzung des Kartellrechts – Auswirkungen der neuen EU-Richtlinie

Der folgende Beitrag gibt einen Überblick über einige wichtige Aspekte der kürzlich in Kraft getretenen EU-Richtlinie zum Kartellschadensersatz. Dazu wird zunächst die zunehmende Bedeutung des Kartellschadensersatzes herausgestellt (I.) und deutlich gemacht, welche Ziele die Richtlinie verfolgt (II.). Genauer betrachtet werden die Regelungen über den Zugang zu Beweismitteln (III.) und die gesamtschuldnerische Haftung (IV.). Außerdem wird die Frage erörtert, welche Auswirkungen die Richtlinie auf die Klagekultur haben könnte (V.).

I. Bedeutung des Kartellschadensersatzes

Die EU-Richtlinie zum Kartellschadensersatz¹ ist Ende Dezember 2014 in Kraft getreten und muss von den Mitgliedstaaten bis zum 27.12.2016² umgesetzt werden. Die Europäische Kommission hat für ihren Zuständigkeitsbereich bereits Anpassungen angekündigt und eine Konsultation eingeleitet.³

Unternehmen, die gegen das Kartellrecht verstoßen, müssen Schadensersatz leisten – das ist in Deutschland nicht neu.⁴ Ein wesentliches Hindernis für Kläger hat der Gesetzgeber vor knapp zehn Jahren beseitigt.⁵ Seitdem ist nicht nur die Anzahl der Klagen gestiegen. Auch die geforderten Beträge erreichen mittlerweile Höhen, die selbst horrenden Bußgelder der Kartellbehörden in den Schatten stellen.⁶ Aktuelle Beispiele sind:

- 1,2 Mrd. Euro (nebst 500 Mio. Euro Zinsen) – dies ist der Betrag, den die Deutsche Bahn in ihrer Ende November 2014 beim Landgericht Köln eingereichten Klage von der Lufthansa und anderen Fluggesellschaften wegen überhöhter Frachtpreise verlangt.⁷
- 176 Mio. Euro (nebst Zinsen, die die Hauptforderung mittlerweile übersteigen dürften) klagt Cartel Damage Claims („CDC“) seit August 2005 vor dem Landgericht Düsseldorf gegen sechs Zementhersteller ein.⁸
- 150 Mio. Euro soll Thyssen-Krupp an die Deutsche Bahn gezahlt haben, um damit Schadensersatzansprüche wegen überteuerter Schienen abzuwenden, 50 Mio. Euro soll Voestalpine wegen des gleichen Vorwurfs gezahlt haben („Schienenfreunde“).⁹

Dies sind Beispiele aus Deutschland. Andere EU-Mitgliedstaaten, aus denen häufiger Schadensersatzklagen für Kartellrechtsverstöße bekannt werden, sind die Niederlande und das Vereinigte Königreich.¹⁰ Beklagte sind große börsennotierte Unternehmen ebenso wie Mittelständler. Bei der Auswahl der Beklagten spielt für den Kläger – wie immer bei der Entscheidung, Schadensersatzansprüche geltend zu machen – auch hier eine Rolle, ob der Gegner zahlungsfähig und

1 Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, EU ABI. L 349/1 v. 5.12.2014 (im Folgenden „RL“).

2 Art. 21 Abs. 1 S. 1 der RL.

3 Abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_regulation_773_2004/index_en.html (Abruf: 12.1.2015). Eingaben sind bis zum 25.3.2015 möglich.

4 So bezifferte das Bundeskartellamt die bei ihm erfassten Urteile deutscher Zivilgerichte des Jahres 2004, die „pekuniären Schadensersatz zum Gegenstand“ hatten, auf 38; BKartA, Private Kartellrechtsdurchsetzung, Stand, Probleme, Perspektiven, Diskussionspapier 2005, Seite 5, zu finden unter www.bundeskartellamt.de. Diese Urteile ergingen, bevor (!) die 7. GWB-Novelle Klagen entscheidend erleichterte. Die deutschen Gerichte informieren das Bundeskartellamt über kartellrechtliche Streitigkeiten und lassen der Europäischen Kommission Entscheidungen über solche Streitigkeiten zukommen, §§ 90, 90a GWB.

5 § 33 GWB a. F. setzte für den Schadensersatzanspruch voraus, dass die verletzte Norm oder die kartellbehördliche Verfügung den „Schutz eines anderen bezweckt“. Das allgemeine Verständnis dieser Formulierung erschwerte den Nachweis der Anspruchsberechtigung erheblich. Seit dem 1.7.2005 gilt jedoch die Fassung der 7. GWB-Novelle, die – bewusst weit formuliert – dem „Betroffenen“ den Schadensersatzanspruch gewährt, § 33 Abs. 1, 3 GWB.

6 Vgl. Janssen, in: Wecker/Ohl, Compliance in der Unternehmerpraxis, 3. Aufl. 2013, S. 189 ff.

7 Pressemitteilung der Deutschen Bahn vom 1.12.2014, abrufbar unter www.deutschebahn.com/de/presse/presseinformationen/pi_k/8563522/h20141201.html?start=0&itemsPerPage=20 (Abruf: 12.1.2015).

8 34 O (Kart) 147/05; abrufbar unter www.carteldamageclaims.com/portfolios/cdc-german-cement-cartel/ (Abruf: 12.1.2015).

9 Süddeutsche Zeitung vom 19.11.2013 abrufbar unter www.sueddeutsche.de/wirtschaft/schienenkartell-thyssen-krupp-zahlt-mehr-als-millionen-euro-schadensersatz-1.1822726 (Abruf: 12.1.2015).

10 Europäische Kommission, Impact Assessment Report, Damages actions for the breach of the EU antitrust rules, SWD (2013) 203 final, Rn. 53. Außerhalb der EU sind die USA zu nennen, wo wegen des dreifachen Schadensersatzes und anwaltlicher Erfolgshonorare seit vielen Jahren lebhaft geklagt wird; Janssen, in: Wecker/Ohl, Compliance in der Unternehmerpraxis, 3. Aufl. 2013, S. 194 ff.

-kräftig sein wird. Angesichts der Höhe der geforderten Beträge werden daher in aller Regel nur Unternehmen und nicht natürliche Personen verklagt. Allerdings können auch natürliche Personen erfolgreich in Anspruch genommen werden.¹¹ Die Chancen des Klägers, den geschuldeten Betrag zu erhalten, sind relativ hoch, weil mehrere Kartelltäter als Gesamtschuldner haften.¹² Längst nicht alle Ansprüche werden klageweise geltend gemacht – außergerichtlich können sie z. B. auch Teil jährlicher Preisverhandlungen werden; auch Vergleiche sind üblich, teils unter Einschaltung von Schiedsgerichten oder kartellrechtlichen Gütestellen.¹³ Während Preiskartelle im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit stehen, darf der Blick nicht auf sie verengt werden. Schadensersatz muss nämlich nach deutschem Recht für jeden Verstoß (in der EU-Terminologie „Zuwiderhandlung“) gegen kartellrechtliche Vorschriften geleistet werden. Ein solcher Verstoß kann bei einem horizontalen Kartell vorliegen (Preis-, Gebiets-, Kunden-, Bezugsquellen-Absprache), aber auch bei einem vertikalen Verstoß gegen das Kartellverbot (Doppelpreissystem¹⁴, Lieferverweigerung¹⁵ etc.) und bei einem Missbrauch einer starken Marktstellung¹⁶.¹⁷ Auch besteht der Schaden nicht allein in der vom Täter unmittelbar verursachten Vermögenseinbuße – also etwa dem von seinem Abnehmer gezahlten überhöhten Kaufpreis –, sondern auch in der adäquat-kausal verursachten Preiserhöhung, die ein nicht am Kartell beteiligtes Unternehmen im Windschatten des Kartells beim Abnehmer durchsetzen konnte („Preisschirm-Effekt“),¹⁸ sowie dem entgangenen Gewinn. Steigert die Richtlinie die Risiko-Exposition von Kartelltätern nun noch weiter?

II. Ziele der Richtlinie

Die Arbeiten an der Richtlinie begannen mit dem Ziel, die Durchsetzung des Kartellrechts durch Private zu fördern. Ausgangspunkt war das *Courage*-Urteil des Europäischen Gerichtshofs aus dem Jahr 2001,¹⁹ das die Europäische Kommission als Arbeitsauftrag verstand. 2005 legte sie ein Grünbuch vor,²⁰ 2008 ein Weißbuch²¹. Seit 2009 kursierte ein unveröffentlichter Entwurf einer Richtlinie. Die ersten Arbeiten der Kommission waren u. a. davon beeinflusst, dass in den USA das Kartellrecht in einem starken Maße mit Zivilklagen durchgesetzt wird, während in Europa nach Wahrnehmung der Kommission diese Aufgabe hauptsächlich bei den Behörden lag. 2011 brachte die Rechtsprechung einen wesentlichen neuen Aspekt in die Vorbereitung der Richtlinie: Im *Pfleiderer*-Urteil²² stellte der EuGH fest, dass zu einer effizienten Kartellrechtsdurchsetzung die Einsicht in die Ermittlungsakten der Kartellbehörden für durch einen Kartellverstoß möglicherweise Geschädigten gehöre. Dies schockierte die Kommission und die nationalen Kartellbehörden. Sie befürchteten, ihr schärfstes Schwert – die Kronzeugenregelung – könnte stumpf werden. Kartelltäter würden möglicherweise davon abgehalten, Kronzeugenanträge zu stellen, wenn sie sich damit gleichzeitig der Gefahr aussetzten, dem Schadensersatzkläger die Argumente gleichsam auf dem Präsentierteller in die Büros der Kartellbehörden zu legen.²³ Deswegen ergänzte die Europäische Kommission ihren Richtlinienentwurf um Regelungen zur Offenlegung von Beweismitteln, die nicht darauf gerichtet sind, den Zugang zu Beweisen für Kartellkläger möglichst weitgehend zu öffnen, sondern die Kronzeugenprogramme zu schützen und weiterhin attraktiv zu halten. Die seit 2008 von der Europäischen Kommission und nationalen Kartellbehörden eingeführten Settlement-Verfahren werden von der Richtlinie ebenfalls geschützt, ohne dass die Geschädigten

ein Interesse an der Einschränkung der Offenlegungsansprüche haben.

Der EU fehlt die Kompetenz zur Regelung rein innerstaatlicher Fälle. Daher beschränkt sich die Richtlinie auf Verstöße gegen die Art. 101 und 102 AEUV und vergleichbare nationale Rechtsnormen, soweit sie parallel mit den EU-Vorschriften zur Anwendung kommen (denn dann erfassen diese nationalen Vorschriften auch grenzüberschreitende bzw. unionsrechtlich relevante Sachverhalte).²⁴ Es ist aber davon auszugehen, dass jeder Mitgliedstaat zwischen rein nationalen und grenzüberschreitenden Sachverhalten nicht unterscheiden wird. Zwischen den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten kann es jedoch bei der Umsetzung der Richtlinie Unterschiede geben. Denn eine EU-weite Harmonisierung kann die Richtlinie nicht vorseheben, sondern nur einen EU-weiten Mindeststandard vorsehen. Auch verpflichtet die Richtlinie nur die Mitgliedstaaten und nicht die Europäische Kommission. Die Kommission hat die Regelungen über die Offenlegung von Beweismitteln jedoch so geformt, dass auch sie sich nach ihnen richten kann und will.

III. Offenlegung und Verwendung von Beweismitteln

Einem Geschädigten obliegt es nach den allgemeinen Regeln der Beweislastverteilung, den Verstoß gegen das Kartellrecht, den Schaden und die kausale Verbindung zwischen beiden zu beweisen. Selbst wenn in einer kartellbehördlichen Entscheidung der Verstoß bereits festgestellt worden sein sollte,²⁵ ist die Informationsasymmetrie zwischen den Parteien eine beachtliche Hürde. Die Richtlinie will daher dem Geschädigten Zugriff auf Unterlagen ermöglichen,

11 S. OLG Düsseldorf, 13.11.2013 – VI-U (Kart) 11/13 – Dornbracht, das einen Geschäftsführer gesamtschuldnerisch mit dem Unternehmen zu Schadensersatz wegen eines Verstoßes gegen Art. 101 AEUV und § 1 GWB verurteilt hat.

12 §§ 421 ff., 830, 840 Abs. 1 BGB.

13 Auf Kartellrecht spezialisierte Gütestellen finden sich z. B. auf www.luther-lawfirm.com: *Helmut Janssen, Thomas Kapp, Anne Wegner*.

14 OLG Düsseldorf, 13.11.2013 – VI-U (Kart) 11/13 – Dornbracht.

15 Zu solchen Praktiken, insbesondere in der Internetökonomie s. *Janssen*, in: Oelschlägel/Scholz, Handbuch Versandhandelsrecht, 2013, S. 590 ff.

16 OLG Düsseldorf, 30.9.2009 – VI-U (Kart) 17/08 (V) („Postkonsolidierer“), WuW DE-R 2763.

17 S. Wortlaut des § 33 Abs. 1 GWB: Wer „gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes, gegen Art. 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder eine Verfügung der Kartellbehörde verstößt“.

18 EuGH, 5.6.2014 – C-557/12 – Kone u. a.; dazu *Lettl*, WuW 2014, 1032 ff.

19 EuGH, 20.9.2001 – C-453/99, WRP 2001, 1280, Slg. I-6314 – *Courage/Crehan*.

20 Kommission, Grünbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM (2005) 627 final, 19.12.2005.

21 Kommission, Weißbuch, Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM (2008) 165 final, 2.4.2008.

22 EuGH, 14.6.2011 – C-360/09.

23 Dies findet sich nunmehr in Erwägungsgrund 26 der RL; zu den seinerzeit diskutierten Folgen des *Pfleiderer*-Urteils s. *Janssen*, *Einsicht in Kronzeugenakten – Was bedeutet das Pfleiderer-Urteil in der Praxis?*, in: *Schwerpunkte des Kartellrechts*, 2011, FIW-Schriftenreihe, S. 19 ff.

24 Erwägungsgrund 10 der RL.

25 Nach deutschem Recht ist eine solche behördliche Entscheidung für den Zivilrichter bindend, § 33 Abs. 4 GWB; Art. 9 der RL schreibt dies nun für alle Mitgliedstaaten vor.

die den Schadensersatzanspruch beweisen.²⁶ Zugleich will sie die Offenlegung so beschränken, dass die Kronzeugenprogramme und Vergleichsverfahren der Kartellbehörden keinen Schaden nehmen. Die Vorschriften zur „Offenlegung von Beweismitteln“²⁷ sind auf diese Weise das längste Kapitel der Richtlinie geworden.

1. Substanziierter Antrag

Das Gericht ordnet die Offenlegung von Beweismitteln auf substanziierten Antrag einer Prozesspartei an.²⁸ Stellt der Geschädigte den Antrag, hat er „auf der Grundlage von ihm mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Tatsachen“²⁹ plausibel zu machen, dass er einen vom Beklagten verursachten Schaden erlitten hat. Demjenigen, der mit der Offenlegung belastet wird, ist vor der Anordnung rechtliches Gehör zu gewähren.

2. Verhältnismäßigkeit

Zum anderen muss die Offenlegung verhältnismäßig sein. Hierfür nennt die Richtlinie folgende Kriterien.³⁰ Das Gericht muss berücksichtigen, inwieweit die Klage oder die Klageerwiderung durch zugängliche Tatsachen und Beweismittel gestützt wird, die den Antrag auf Offenlegung rechtfertigen. Auch der Umfang der Offenlegung ist in die Abwägung einzubeziehen. Dadurch sollen Ausforschungen („*fishing expeditions*“) verhindert werden. Insbesondere wenn die Offenlegung von Unterlagen Dritter beantragt wird, sind die dem zur Offenlegung Verpflichteten entstehenden Kosten in die Abwägung einzubeziehen. Schließlich muss das Gericht abwägen, ob die offenzulegenden Beweismittel vertrauliche Informationen enthalten und wie diese Informationen zu schützen sind. Die Richtlinie schließt die Heranziehung vertraulicher Informationen damit nicht gänzlich aus, überlässt aber den nationalen Gesetzgebern Vorkehrungen zum Schutz dieser Informationen. Das Interesse des Kartelltäters, keinen Schadensersatzansprüchen ausgesetzt zu werden, ist jedenfalls nicht schutzwürdig.³¹

3. Offenlegungspflicht Dritter

Hervorzuheben ist, dass das Gericht nicht nur die andere Prozesspartei zur Offenlegung verpflichten kann, sondern auch Dritte und Wettbewerbsbehörden. Mit der Anordnung gegen Dritte soll indirekten Abnehmern die Beweisführung erleichtert werden. Denn sie können so die Offenlegung von Informationen direkter Abnehmer beantragen, die näher am Kartellgeschehen waren.

4. Kategorien von Beweismitteln

Zudem ist beachtenswert, dass sich der Anspruch des Geschädigten nicht auf ein bestimmtes Beweismittel beschränkt. Vielmehr kann er Kategorien von Beweismitteln benennen. Wird die Offenlegung einer Kategorie von Beweismitteln beantragt, muss der Antragssteller die gemeinsamen Merkmale der wesentlichen Elemente der Unterlagen bezeichnen, wie etwa Art, Gegenstand oder Inhalt und Zeitraum, in dem die Unterlagen erstellt wurden.

5. Behördenakten und Verwertungsverbote

Das Spannungsverhältnis zwischen dem Recht des Geschädigten auf vollständige Kompensation und der Befürchtung, Kronzeugenprogramme zu entwerten, versucht die Richtlinie durch besondere Regelungen zur Offenlegung von Beweismitteln in Behördenakten und Beweisverwertungsverbote zu regeln.³²

Wird ein Antrag auf Offenlegung von Beweismitteln gestellt, die sich in Behördenakten befinden (sollen), haben die Gerichte nach der

Richtlinie zu berücksichtigen, ob der Antrag hinreichend spezifisch ist. Ebenso ist die Wirksamkeit der öffentlichen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts zu wahren.³³ Die Offenlegung von Beweismitteln aus Behördenakten soll das Gericht zudem nur dann anordnen, wenn die Beweismittel nicht mit zumutbarem Aufwand auch von einer anderen Partei oder Dritten erlangt werden können. Bestimmte Informationen sollen ohnehin nur nach Abschluss eines behördlichen Verfahrens offengelegt werden müssen. Dabei handelt es sich um Informationen, die eigens für das behördliche Verfahren erstellt oder von der Behörde an die Parteien während des Verfahrens übermittelt wurden, und um zurückgenommene Vergleichsausführungen.³⁴ Kronzeugenerklärungen³⁵ und Vergleichsausführungen³⁶ sollen überdies vollständig dem Zugriff des Geschädigten entzogen sein. Allerdings kann das Gericht prüfen, ob es sich bei den Unterlagen tatsächlich um Kronzeugenerklärungen oder Vergleichsausführungen handelt. Ebenfalls von der Offenlegung ausgenommen sind behördeninterne Unterlagen sowie der Schriftverkehr zwischen den Kartellbehörden.

Werden Kronzeugenerklärungen und Vergleichserklärungen durch Einsicht in die Behördenakte erlangt, sind die so erhaltenen Informationen im Schadensersatzprozess nicht verwertbar. Dasselbe gilt für Informationen, die während des Verfahrens der Kartellbehörde geschützt sind (aber nur für die Dauer des Verfahrens).³⁷ Zudem dürfen Informationen nur von derjenigen Partei verwendet werden, die sie erhalten hat. Somit soll ein Handel mit Informationen unterbunden werden.

6. Änderungen des deutschen Rechts

Nach deutschem Recht kann bereits heute eine Prozesspartei die Offenlegung von Beweismitteln verlangen³⁸ und das Gericht das Bundeskartellamt um Auskunft ersuchen,³⁹ sodass die Regelungen der Richtlinie für den deutschen Gesetzgeber kein vollständiges Neuland sind. Die Voraussetzungen des deutschen Zivilprozessrechts sind jedoch strenger als die nun durch die Richtlinie vorgesehenen. In Zukunft dürften Kläger in Deutschland also mehr Informationen erhalten als bisher, insbesondere vom Schädiger. So muss der Geschädigte bislang das offenzulegende Dokument (unabhängig davon, ob es sich in den Händen des Kartelltäters, des Bundeskartellamtes oder eines Dritten befindet) genau bezeichnen; eine Bezeichnung einer Kategorie von Beweismitteln genügt nicht. Zudem ist das Gericht

26 Wenn der Beklagte vorträgt, der klagende Schädiger habe einen Teil des Schadens abgewälzt (passing on), kann auch er zum Beweis dieser Tatsache die Offenlegung von Informationen beantragen, Art. 13 S. 2 der RL; grundsätzlich Art. 5 Abs. 1 S. 2 der RL, der insofern „Waffengleichheit“ zwischen Kläger und Beklagten herstellen will, Erwägungsgrund 15 der RL.

27 Art. 5 bis 8 der RL.

28 Art. 5 der RL.

29 Erwägungsgrund 16 der RL.

30 Art. 5 Abs. 3 der RL.

31 Art. 5 Abs. 5 der RL.

32 Art. 6 bis 8 und Erwägungsgründe 25 ff. der RL.

33 Art. 6 Abs. 4 lit. c) der RL.

34 Art. 6 Abs. 5 der RL.

35 Definition in Art. 2 Ziff. 16 der RL.

36 Definition in Art. 2 Ziff. 18 der RL.

37 Art. 7 der RL.

38 § 142 Abs. 1 ZPO, §§ 421, 425 ZPO i. V. m. § 242 BGB. S. von Dietze/Janssen, Kartellrecht in der anwaltlichen Praxis, 5. Aufl. 2015, Rn. 668; Heinichen, NZ-Kart 2014, 83.

39 § 432 ZPO.

nicht zur Anordnung der Offenlegung verpflichtet; dies steht vielmehr in seinem Ermessen. Demgegenüber gibt die Richtlinie dem Antragsteller einen Anspruch. Damit unterliegt eine Entscheidung des Gerichts der Überprüfung durch die Rechtsmittelinstanz.

Vor dem Hintergrund des Urteils des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache DonauChemie⁴⁰ überrascht es, dass die Richtlinie den absoluten Schutz von Kronzeugenerklärungen vorsieht. Denn der Gerichtshof hatte festgestellt, dass eine starre Regelung die wirksame Anwendung des Kartellrechts beeinträchtigen kann. Die Frage, ob die Richtlinie insoweit rechtmäßig ist, wird sicherlich eines Tages dem EuGH vorgelegt werden.

IV. Gesamtschuld

1. Grundsatz: Gesamtschuld aller Kartelltäter

Die Richtlinie will, dass grundsätzlich alle an einem Kartellrechtsverstoß Beteiligten als Gesamtschuldner haften.⁴¹ Dies ist im deutschen Schadensersatzrecht ohnehin seit jeher der Fall.⁴² Gesamtschuld bedeutet, dass jeder Kartelltäter nach außen jedem Geschädigten zum vollständigen Ersatz seines Schadens verpflichtet ist, unabhängig davon, welchen Anteil der Kartelltäter tatsächlich zu tragen hat. Zahlt der in Anspruch genommene Kartelltäter dabei mehr als er selbst verursacht hat, kann er die Differenz von den anderen Kartelltätern verlangen, trägt dabei aber z. B. das Insolvenzrisiko.

2. Ausnahme für kleine und mittlere Unternehmen

Ein Novum der Richtlinie ist hingegen die Privilegierung von kleinen und mittleren Unternehmen („KMU“). Ein KMU⁴³ soll nach der Richtlinie nur seinen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern haften.⁴⁴ Diese Privilegierung greift dann, wenn das KMU nicht bereits einen (gerichtlich oder behördlich festgestellten) Verstoß gegen das Kartellrecht begangen hat, sein Marktanteil unter 5% liegt, es weder Anführer des Kartells war noch andere zur Beteiligung gezwungen hat. Zudem müsste die Anwendung der „normalen Regeln“⁴⁵ der gesamtschuldnerischen Haftung die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des KMU unwiderbringlich gefährden und seine Aktiva jeglichen Werts berauben.⁴⁶

Deutschland und andere Mitgliedstaaten beanstandeten im Gesetzgebungsverfahren die Privilegierung von KMU, da dadurch die Möglichkeit der Geschädigten eingeschränkt werde, in voller Höhe Schadensersatz zu erlangen,⁴⁷ konnten sich aber nicht durchsetzen. Verteidigt sich ein Kartelltäter mit dem Vortrag, er sei i. S. d. Richtlinie privilegiert und hafte daher nicht gesamtschuldnerisch, wird sich das Gericht mit der Marktabgrenzung beschäftigen und für die gesamte Dauer des Rechtsverstoßes entscheiden müssen, ob der Marktanteil zumindest zeitweise unter der 5%-Schwelle lag. Das mag einen Schadensersatzprozess, insbesondere wenn Marktgutachten erstellt werden müssen, erheblich verlängern und verteuern. Geschädigte dürften daher, wenn dies aussichtsreich ist, nur solche Täter verklagen, die sich nicht auf die KMU-Privilegierung berufen können.

3. Ausnahme für Kronzeugen

Auch Kronzeugen, denen von Wettbewerbsbehörden das Bußgeld vollständig erlassen wurde, will die Richtlinie privilegieren.⁴⁸ Ein solcher Kronzeuge soll im Außenverhältnis nur gegenüber seinen unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern⁴⁹ mit anderen Kartelltätern gesamtschuldnerisch haften.⁵⁰ Gegenüber anderen Geschädigten haftet der Kronzeuge nur dann gesamtschuldnerisch, wenn die

anderen Kartelltäter nicht zum Ausgleich des vollständigen Schadens in der Lage sind.

Beispiel: Kronzeuge K hat mit T1 Preise abgesprochen. Die Geschädigte G hat überteuerte Waren gekauft und klagt nun auf Schadensersatz. Hat G direkt oder indirekt Ware von K gekauft, kann sie K und T1 als Gesamtschuldner in Anspruch nehmen. Hat G Ware von T1 gekauft, kann sie K nur dann als Gesamtschuldner in Anspruch nehmen, wenn sie nachweist, dass T1 nicht zur vollständigen Zahlung in der Lage ist.

Der Rückgriff auf den Kronzeugen bei Zahlungsunfähigkeit der anderen Kartelltäter stellt sicher, dass die Privilegierung des Kronzeugen nicht zu Lasten der Geschädigten geht.⁵¹ Die Richtlinie lässt jedoch offen, wann die Ausfallhaftung greift. Ob die Privilegierung durch die bloße Weigerung eines Kartelltäters, einen erfolglosen Vollstreckungsversuch, die Insolvenz des Kartelltäters oder die Verjährung eines Anspruchs entfällt, müssen die Mitgliedstaaten festlegen.

Positiv zu bewerten ist, dass Unternehmen, die durch ihre Kronzeugenanträge die Aufdeckung von Kartellen ermöglicht haben, honoriert werden. Richtig erscheint es darüber hinaus, lediglich den vollständig bußgeldbefreiten Kronzeugen zu privilegieren. Bei einer weitergehenden Privilegierung im zivilrechtlichen Schadensersatzrecht besteht die Gefahr, dass dies auf Kosten der Geschädigten geht. Der in Kauf zu nehmende Nachteil ist allerdings, dass der Geschädigte nicht die gesamtschuldnerische uneingeschränkte Wahlmöglichkeit zwischen den Kartelltätern hat.

4. Verhältnis zwischen den Kartelltätern

Die Höhe des Ausgleichs im Innenverhältnis zwischen den Kartelltätern bemisst die Richtlinie nach dem Anteil der Verantwortung des jeweiligen Kartelltäters am Schaden.⁵² Die Richtlinie legt keine Kriterien (wie bspw. Umsatz, Marktanteil, Rolle bei der Begehung des Verstoßes etc.) für die Ermittlung der relativen Verantwortung fest, sondern überlässt dies den Mitgliedstaaten.⁵³ Die Privilegierung des Kronzeugen setzt sich im Innenverhältnis aber fort; er haftet nur in Höhe des Schadens, der seinen direkten oder indirekten Abnehmern entstanden ist.⁵⁴

40 EuGH, 6.6.2013 – C-536/11, BB 2013, 402 m. BB-Komm. *Kapp*.

41 Art. 11 Abs. 1 der RL.

42 §§ 421 ff., 830, 840 Abs. 1 BGB.

43 Zur Definition eines kleinen und mittleren Unternehmens verweist die RL auf die Empfehlung 2003/361/EG der Kommission.

44 Art. 11 Abs. 2 und 3 der RL.

45 Art. 11 Abs. 2 b der RL.

46 Die Formulierung wurde Rn. 35 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gem. Art. 23 Abs. 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 entnommen.

47 Erklärung der polnischen, der slowenischen und der deutschen Delegation zum Vorschlag für eine RL des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union vom 3.11.2014.

48 *Vollrath*, NZKart 2013, 434, 443.

49 Das gilt auch für die unmittelbaren oder mittelbaren Lieferanten des Kronzeugen.

50 Art. 11 Abs. 4 der RL.

51 *Vollrath*, NZKart 2013, 434, 443.

52 Art. 11 Abs. 5 der RL.

53 S. Erwägungsgrund 37 der RL.

54 Art. 11 Abs. 5 S. 2 der RL.

Beispiel: K, T1, T2 und T3 waren in gleichem Maß an einem Verstoß beteiligt und sind gesamtschuldnerisch zur Zahlung von 100 verurteilt worden. T1 hat die 100 an G gezahlt und verlangt nun von K, T2 und T3 je 25. Hatte G nur wenige Waren bei K gekauft und betrug der durch K verursachte Schaden nur 10, kann T1 von K nicht mehr als 10 verlangen.

5. Änderungen des deutschen Rechts

Auch wenn der Grundsatz der Gesamtschuld bereits im deutschen Recht verankert ist, so muss das Gesetz geändert werden, um der Privilegierung von KMU und Kronzeugen Rechnung zu tragen. Der Kronzeuge wird – wie bisher – im verwaltungsrechtlichen Verfahren belohnt und – das ist neu – auch im Schadensersatzrecht. Zwar wird er nicht gänzlich von der Haftung befreit, sie wird aber zumindest auf seine eigene Abnehmer- und Lieferkette begrenzt.⁵⁵ Dadurch wird den Geschädigten der Anreiz genommen, Kronzeugen als erstes in die Haftung zu nehmen, obwohl der Bescheid der Kartellbehörde gegen ihn im Vergleich zu den anderen Kartelltätern oft zuerst bestandskräftig wird.⁵⁶ Die Richtlinie schützt folglich nicht nur das Kronzeugenprogramm, sie fördert es sogar. Denn für einen Kartell-täter wird es noch attraktiver, als erster einen Kronzeugenantrag zu stellen.

V. Klagekultur⁵⁷

In Deutschland scheint es üblich zu sein, dass Kartellgeschädigte alleine klagen (darüber hinaus gibt es das bekannte Modell von Cartel Damage Claims (CDC)). Auch die Richtlinie geht grundsätzlich von einem Allein-Kläger aus. Sie enthält jedenfalls keine kollektiven Schadensersatzregeln. Auch andere Regelungen, die es mehreren Klägern erleichtern würden, ihre Ansprüche zu bündeln, finden sich in der Richtlinie nicht. Insbesondere ist keine Verbraucherschutzklage vorgesehen. Im 13. Erwägungsgrund wird vielmehr ausgeführt: „Mit dieser Richtlinie sollten die Mitgliedstaaten nicht dazu verpflichtet werden, Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes für die Durchsetzung der Art. 101 und 102 AEUV einzuführen.“ Weitergehende Pläne der Kommission sind zunächst in einer unverbindlichen Empfehlung und einer Mitteilung versendet.⁵⁸

Zu Beginn der gesetzgeberischen Arbeiten erschienen der Kommission einige Aspekte der Klagekultur in den USA offensichtlich attraktiv. Die Gründe, weshalb in den USA die private Kartellrechtsdurchsetzung einen anderen Stellenwert hat, sind vielfältig. Ganz offensichtlich ist, dass die Möglichkeit des Strafschadensersatzes, der bis zur dreifachen Höhe des tatsächlich eingetretenen Schadens betragen kann, für die Kläger einen großen wirtschaftlichen Anreiz schafft. Ein anderer Grund ist das geringe Kostenrisiko für Kläger aufgrund von Erfolgshonoraren der Anwälte. Überdies sind Sammelklagen in den USA wesentlich leichter umzusetzen und für die Anwälte lukrativer als in Deutschland. In den USA existiert somit ein Geschäftsmodell für Berater, das in Deutschland nicht besteht. Die „Sammelklagen“ von CDC und Bemühungen anderer Unternehmen, Klagen auf sich zu vereinigen, sind für Verbraucherklagen nicht geeignet.⁵⁹ Selbst wenn in Deutschland eine Verbraucherschutzorganisation klagt, darf sie den Schadensersatz nicht behalten, sondern hat diesen an den Bundeshaushalt abzuführen.⁶⁰

Eine Änderung im Klägerverhalten könnte durch die Regelungen zur Abwälzung des Preisaufschlags, dem sog. „passing-on“, eintreten. Nach einem Urteil des Bundesgerichtshofs⁶¹ muss der Beklagte beweisen, dass der Kläger die Preiserhöhung auf die nachgelagerte

Marktstufe abgewälzt hat. Zudem muss er beweisen, dass dem Kläger kein Schaden durch entgangenen Gewinn entstanden ist, der Kläger also wegen der erhöhten Preise nicht weniger Ware verkaufte. Dies widerspricht Art. 13 der Richtlinie, nach dem es für den erfolgreichen Einwand des passing-on genügt, wenn der Beklagte die Weiterwälzung beweist. Der Kläger muss, will er keine Schmälerung seines Schadensersatzes riskieren, den entgangenen Gewinn künftig, wie in Art. 12 Abs. 3 der Richtlinie vorgesehen, als separate Schadensposition geltend machen und diesen beweisen. Es wird für den Kartell-täter damit einfacher, erfolgreich den passing-on-Einwand zu erheben. Für den direkten Abnehmer sind die Aussichten auf eine erfolgreiche Klage hingegen schlechter. Dies entspricht dem Konzept der Richtlinie, Klagen und Ansprüche dort anzusiedeln, wo der wirtschaftliche Schaden tatsächlich eingetreten ist. Man könnte die These aufstellen, in funktionierenden Märkten erleide den Schaden im Ergebnis immer der Endverbraucher. Wenn dem so ist, hätte die Richtlinie Anreize für Klagen von Verbrauchern schaffen müssen. Dies hat sie nicht getan. Mit der Richtlinie sind Ansprüche indirekter Abnehmer leichter zu beweisen als nach bisheriger deutscher Rechtslage. Gelingt dem indirekten Abnehmer der Beweis einer kartellbedingten Preiserhöhung, sieht die Richtlinie eine (widerlegbare) Vermutung vor, dass der direkte Abnehmer diese Preiserhöhung an seine Kunden abgewälzt hat.⁶² Konsequenz wäre es gewesen, darüber hinaus auch prozessuale Anreize für die gerichtliche Durchsetzung des Anspruchs zu setzen. Denn je weiter unten in der Distributionskette der Kläger steht, desto schwieriger wird es für ihn, nicht nur den notwendigen Beweis zu erbringen. Vielmehr wird auch der wirtschaftliche Anreiz mit zunehmender Entfernung zum Kartellverstoß geringer, da die Schadenshöhe abnimmt. Dies gilt insbesondere für Schäden, die eine Vielzahl von Verbrauchern treffen, letztlich aber bei jedem einzelnen nur Cent-Beträge ausmachen. Stehen Kostenrisiko und zu erwartender Schadenersatz aber nicht in einem angemessenen Verhältnis, werden auch materielle Beweiserleichterungen nicht zu einem Anstieg der Klägerzahlen führen.

In der Praxis werden in Deutschland die Klagen auf der Ebene der direkten Abnehmer konzentriert. Und zwar auch dann, wenn der Schaden wirtschaftlich dort nicht verblieben ist, sondern weitergereicht wurde. Es lässt sich daher prognostizieren, dass es nach der Umsetzung der Richtlinie zwar in der Theorie zu mehr Klagen indirekter Abnehmer kommen kann. Mangels kollektiven Rechtsschutzes und

55 *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 344.

56 S. Erwägungsgrund 37 der RL.

57 Nicht behandelt werden hier insbesondere die Regelungen zur Schadenshöhe, Verjährung, Bindung behördlicher Entscheidungen für den Zivilprozess und zu Zinsen. Zu diesen Themen s. von *Dietze/Janssen*, Kartellrecht in der anwaltlichen Praxis, 5. Aufl. 2015, Rn. 712 ff; und *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7 ff.

58 Empfehlung der Kommission vom 11.6.2013: Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten, ABl. L 201/60 v. 26.6.2013; Mitteilung der Kommission: „Auf dem Weg zu einem allgemeinen europäischen Rahmen für den kollektiven Rechtsschutz“ abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/civil/files/com_2013_401_de.pdf (Abruf: 12.1.2015).

59 Selbst das CDC-Modell ist nach dem Urteil des LG Düsseldorf vom 17.12.2013 – 37 O 200/09 (Kart) U– immer noch nicht gerichtsfest.

60 § 34a Abs. 4 S. 3 GWB.

61 BGH, 28.6.2011 – KZR 75/10 – ORWI.

62 Art. 14 Abs. 2 der RL.

fehlender Mittel sowie eines geringeren wirtschaftlichen Interesses dieser indirekten Abnehmer dürfte die Richtlinie aus Sicht der privaten Rechtsetzung jedoch ein Rückschritt gegenüber der derzeitigen Rechtslage in Deutschland sein. Für die Unternehmen bedeutet dies: Wer Produkte als Glied einer langen Lieferkette verkauft, die letztlich an eine Vielzahl Endverbraucher weiterverkauft und damit auf der letzten Stufe lediglich Streuschäden verursacht, hat vermutlich ein geringeres Schadensersatzrisiko als derjenige, der an eine überschaubare Anzahl an Kunden liefert. Zudem wird der passing-on-Einwand in Zukunft leichter geltend gemacht werden können als nach bisherigem Recht.

Bei alledem sollte man jedoch die anderen Mitgliedstaaten nicht aus den Augen verlieren. Denn es ist durchaus möglich, dass Schadensersatzklagen – insbesondere in den Ländern, die starken kollektiven Rechtsschutz anbieten⁶³ oder in denen bisher kaum Ansprüche geltend gemacht wurden – durch die Richtlinie als Forum attraktiver werden und es dadurch europaweit, zu mehr Klagen kommt als bisher.

VI. Zusammenfassung

- Das in der Richtlinie den Mitgliedstaaten auferlegte Verbot, die Offenlegung von Kronzeugenerklärungen anzuordnen, schützt die Kronzeugenprogramme der Kartellbehörden und nicht die Kartellgeschädigten. Allerdings wird so gesichert, dass es auch weiterhin Kronzeugenanträge, darauf beruhend Bußgeldverfahren und somit auch kartellbehördliche Entscheidungen geben wird, die ja in aller Regel den Klägern nützen (follow-on-Klagen). Ob durch die mögliche Offenlegung die Gefahr eines Rückgangs von Kronzeugenanträgen tatsächlich bestand, ist nie eruiert worden. Verständlicherweise wollte die Europäische Kommission dies aber auch nicht dem Prinzip „Versuch und Irrtum“ überlassen. Ob ihr Konzept rechtlich haltbar ist, wird sicherlich in den nächsten Jahren vom Europäischen Gerichtshof geklärt.
- Der Schutz von Kronzeugen gegen eine Inanspruchnahme als Gesamtschuldner erhöht die Attraktivität des Kronzeugen-Status weiter.
- Denkbar ist, dass die Regeln der Richtlinie zum passing-on Einwand in Deutschland in einigen Fällen Klagen verhindern. Denn versucht man, wie die Richtlinie dies will, den Anspruch nur dem zu geben, der den Schaden erlitten hat, kann am Ende möglicherweise nur derjenige klagen, der nicht klagen wird, weil es ihm an wirtschaftlichem Anreiz dazu fehlt.

- Die Klagekultur in Deutschland steckt seit einigen Jahren in einem Veränderungsprozess: Schadensersatz wegen Kartellrechtsverstößen wird hierzulande immer häufiger und immer höher eingefordert. Die Entwicklung hat vor einigen Jahren Fahrt aufgenommen und trifft Unternehmen mittlerweile mit teils existenzbedrohender Wucht. Dies würde auch ohne die Richtlinie weitergehen. Die Umsetzung der EU-Vorgaben dürfte diese Entwicklung aber generell befördern.
- Wie sehr Klagen in anderen EU-Mitgliedstaaten befördert werden, lässt sich zurzeit nicht abschätzen. Gefährlich wird es für Kartelltäter sicherlich in den Rechtsordnungen, die ausreichend Anreize zur Geltendmachung von Streuschäden setzen.
- Kartellrechts-Compliance zielte schon immer auf die Vermeidung oder Verringerung von Geldbußen. Mehr als jemals zuvor zielt sie nun aber auch auf die Verringerung von Schadensersatzansprüchen.

AUTOR



Dr. Helmut Janssen, LL.M., RA, ist Partner der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft in Brüssel und Düsseldorf. Er berät Unternehmen im Kartellrecht. Dazu zählen insbesondere die präventive Beratung (Compliance) und die Verteidigung gegen Kartell-Vorwürfe und Schadensersatzklagen, das Prüfen und Gestalten von Vertriebssystem und Kooperationen zwischen Wettbewerbern sowie die Durchführung von Fusionskontrollverfahren im In- und Ausland. Darüber hinaus betreut Janssen ein breites Spektrum an Subventions-Fällen (EU-Beihilfenrecht). Er ist Co-Autor des den Buchs „Kartellrecht in der anwaltlichen Praxis“ und Autor zahlreicher Fachbeiträge zum Thema Kartellrecht.

63 Zu Entwicklungen in Großbritannien und den Niederlanden siehe *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 12f.