

# Kartellrechtliche Schadensersatzklagen

Herausgegeben von

**Prof. Dr. Fabian Stancke**

Brunswick European Law School  
der Hochschule Braunschweig/Wolfenbüttel

**Dr. Georg Weidenbach**

Rechtsanwalt, Frankfurt am Main

**Prof. Dr. Rüdiger Lahme**

Rechtsanwalt, Hamburg und Stuttgart

Mit Beiträgen von

Dr. Stefan Bartz; Robert Bäuerle; Dennis Bloch; Dr. Sascha Dethof;  
Dr. Felix Dörfelt; Anne Frantzmänn; Dr. René Grafunder;  
Dr. Josef Hainz; Dr. Solvei Hartmannsberger;  
Dr. Sebastian Max Hauser; Nils von Hinten-Reed;  
Dr. Norman Hölzel; Dr. Jörg Karenfort; Dr. Tobias Kruis;  
Dr. Tilman Makatsch; Dr. Andreas Ruster; Immo Schuler;  
Dr. Malte Stübinger; Dr. Frederick Wandschneider; Dr. Sung-Kyung Yi

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

**Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.de> abrufbar.

I SBN 978-3-8005-1549-3

**dfv** Mediengruppe

© 2018 Deutscher Fachverlag GmbH, Fachmedien Recht und Wirtschaft,  
Frankfurt am Main

Der Verlag im Internet: [www.ruw.de](http://www.ruw.de)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satzkonvertierung: Lichtsatz Michael Glaese GmbH, 69502 Hemsbach

Druck und Verarbeitung: Appel & Klinger, Druck und Medien GmbH, 96277 Schneckelohe

Printed in Germany

# Kapitel A

## Einleitung

### Übersicht

Rn.	Rn.
I. Der privatrechtliche Geltungsanspruch des Kartellrechts . . . . . 1	III. Gesetzeshistorie . . . . . 9
II. Praktische Relevanz kartellrechtlicher Schadensersatzklagen. . . . . 6	

### I. Der privatrechtliche Geltungsanspruch des Kartellrechts

Die Wettbewerbsregeln des deutschen und europäischen, aber auch des außereuropäischen, Kartellrechts betreffen ganz überwiegend Rechtsverhältnisse auf der Ebene des Privatrechts.<sup>1</sup> Der privatrechtliche Geltungsanspruch, der **neben** die Sanktionskompetenzen der Wettbewerbsbehörden tritt,<sup>2</sup> bedarf daher einer rechtlichen Absicherung. Das gilt zum einen für die Gewährung materieller Ansprüche bei Rechtsverstößen, zum anderen aber auch hinsichtlich der Regelung der Zuständigkeiten und Verfahren zur Durchsetzung privatrechtlicher Rechtsfolgen.

Das europäische Wettbewerbsrecht als maßgeblicher Orientierungspunkt des Kartellrechts hält dabei nur wenige direkt anwendbare Regelungen bereit. Die materiell-rechtliche Anordnung der Nichtigkeit wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nach Art. 101 Abs. 2 AEUV ist die einzige direkt anwendbare privatrechtliche Regelung für die Anwendung der Wettbewerbsregeln.<sup>3</sup> Die Zuständigkeit der mitgliedstaatlichen Gerichte zur Anwendung der Wettbewerbsregeln ist in Art. 6 VO 1/2003 normiert. Weiter untermauert hat diesen unionsprivatrechtlichen Geltungsanspruch die Rechtsprechung des EuGH, der in seinen berühmten Entscheidungen in den Rechtssachen „Courage“<sup>4</sup> und „Manfredi“<sup>5</sup> postuliert hat, dass „Jedermann“ nach nationalem Recht die Möglichkeit haben muss, einen Schadensersatzanspruch effektiv geltend zu machen, der sich aus einem Verstoß gegen EU-Wettbewerbsrecht ergibt.<sup>6</sup> Das Verfahren zur

1 Entsprechend: *Mestmäcker/Schweitzer*, in: *Mestmäcker/Schweitzer*, § 23 Rn. 1.  
2 Nach deutschem und europäischem Kartellrecht ist somit sowohl eine behördliche Sanktionierung als auch eine Verurteilung zu zivilrechtlichem Schadensersatz aufgrund desselben Kartellsachverhalts möglich.  
3 *Mestmäcker/Schweitzer*, in: *Mestmäcker/Schweitzer*, § 23 Rn. 1.  
4 EuGH, 20.9.2001, Rs. C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 – Courage.  
5 EuGH, 13.7.2006, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461 – Manfredi.  
6 Vgl. dazu *Bunte/Stancke*, Kartellrecht, S. 431.

## Kap. A Einleitung

Durchsetzung dieser Rechte unterliegt – in den allgemeinen Grenzen des Unionsrechts (insbesondere **Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz**) – dem nationalen Recht, da es im Unionsrecht keine besondere Regelung gibt.<sup>7</sup> Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz bedeutet: Die dafür maßgeblichen Bedingungen dürfen nicht ungünstiger ausgestaltet sein als für gleichartige Klagen des innerstaatlichen Rechts und sie dürfen den Schutz der unionsrechtlich gewährten Rechte des Einzelnen nicht erschweren oder unmöglich machen.<sup>8</sup>

- 3 Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich im Anwendungsbereich des Unionsrechts eine weitgehende Verpflichtung der Mitgliedstaaten, ihr materielles Recht und ihr Prozessrecht so auszugestalten, dass es zur praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts beiträgt und sie nicht etwa behindert.<sup>9</sup> Damit verbunden ist nicht zwingend ein Anspruch auf Strafschadensersatz, etwa um die Abschreckungswirkung von Art. 101 AEUV zu erhöhen. Ein solcher Anspruch ist nach dem Äquivalenzprinzip nur dann begründet, wenn das mitgliedstaatliche Recht bei Verstößen gegen das nationale Recht eine entsprechende Sanktion vorsieht. Begrenzend gilt der Grundsatz, dass die gemeinschaftsrechtlich gewährleisteten Rechte nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Anspruchsberechtigten führen dürfen.<sup>10</sup>
- 4 Der privatrechtliche Geltungsanspruch des Kartellrechts im nationalen Recht ergibt sich aus den jeweils anwendbaren deliktischen oder sonstigen Anspruchsnormen. Genannt seien hier § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 1, 19 ff. GWB bzw.

7 EuGH, 20.9.2001, Rs. C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 Rn. 29 – Courage; EuGH, 13.7.2006, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461 Rn. 62–64 – Manfredi; *Grave/Nyberg*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, Art. 101 AEUV Rn. 48. Vgl. nun aber 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 („Kartellschadensersatzrichtlinie“), ABl. L 349/1 v. 5.12.2014.

8 Grundlegend: EuGH, 16.12.1976, Rs. 33–76, ECLI:EU:C:1976:188 Rn. 5 – Rewe/Landwirtschaftskammer Saarland; EuGH, 14.12.1995, verb. Rs. C-430/93 u. C-431/93, ECLI:EU:C:1995:441 Rn. 17 – van Schijndel und van Veen. Für den Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz in Schadensersatzsachen: EuGH, 20.9.2001, Rs. C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 Rn. 29 – Courage; EuGH, 13.7.2006, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461 Rn. 62 – Manfredi. Aus diesen Prinzipien folgt auch, dass aus einem Verstoß gegen Art. 101 AEUV resultierende Ansprüche von den mitgliedstaatlichen Gerichten auch dann von Amts wegen zu prüfen sind, wenn sich Parteien darauf nicht berufen haben. Das gilt immer dann, wenn eine solche Verpflichtung oder eine solche Möglichkeit für entsprechende Normen des innerstaatlichen Rechts besteht (EuGH, 14.12.1995, verb. Rs. C-430/93 u. C-431/93, ECLI:EU:C:1995:441 Rn. 15 – van Schijndel und van Veen).

9 *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Mestmäcker/Schweitzer, § 23 Rn. 3.

10 EuGH, 13.7.2006, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461 Rn. 99 – Manfredi; *Mestmäcker/Schweitzer*, in: Mestmäcker/Schweitzer, § 23 Rn. 8.

## II. Praktische Relevanz kartellrechtlicher Schadensersatzklagen **Kap. A**

Art. 101, 102 AEUV bzw. – nach der 9. GWB-Novelle<sup>11</sup> – § 33a Abs. 1 GWB. Verbunden damit sind materiell-rechtliche Spezialnormen in den §§ 33a ff. GWB. Hinsichtlich des Prozessrechts ist die Lex fori und damit – in Deutschland – das deutsche Zivilverfahrensrecht, insbesondere die ZPO, anwendbar. Zu beachten sind aber auch Sonderregelungen für das Kartellschadensersatzverfahren, insbesondere die §§ 33b, 33g (die materiell-rechtlich ausgestaltet sind) sowie die §§ 87 bis 89e GWB n. F. Jenseits dieser Spezialregelungen sind die allgemeinen Regelungen des deutschen Schadensersatz- und Zivilverfahrensrechts zu beachten. Anders als in den USA mit der Möglichkeit der „punitive damages“ haben Verurteilungen zu Schadensersatzzahlungen in Deutschland keinen Strafcharakter. Leitmotiv ist hier allein das **Kompensationsprinzip** und damit ein kalkulatorischer Ausgleich tatsächlich erlittener Schäden.<sup>12</sup>

Mit der Anordnung einer Ersatzpflicht bei Kartellverstößen verfolgt der Gesetzgeber letztlich aber einen doppelten Zweck.<sup>13</sup> Durch die möglichst weitgehende Verpflichtung der „Kartellsünder“ zum Ersatz von Schäden soll zugleich im öffentlichen Interesse die Durchsetzung des Kartellrechts gefördert werden, weil die betroffenen Dritten immer noch „die besten Kartellwächter sind“. Die privatrechtlichen Sanktionen ergänzen insofern die kartellbehördlichen Sanktionen.<sup>14</sup> Diese funktionale Sichtweise darf aber nicht dazu führen, den gesetzesmäßigen Fokus des Kartellschadensersatzverfahrens aus den Augen zu verlieren, der allein auf die Kompensation erlittener Schäden gerichtet ist. **5**

## II. Praktische Relevanz kartellrechtlicher Schadensersatzklagen

Es entsprach lange der allgemeinen Wahrnehmung, dass die zivilgerichtliche Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen im Nachgang von Kartellrechtsverstößen in Deutschland wenig entwickelt sei.<sup>15</sup> Die von der Kommission beauftragte Anwaltskanzlei Ashurst legte 2004 eine umfangreiche Studie über die mitgliedstaatliche Rechtspraxis bei der Gewährung von Schadensersatz für Kartellverstöße vor,<sup>16</sup> die zu dem Ergebnis kam, dass dieser Rechtsbereich in den Mitgliedstaaten völlig unterentwickelt sei. Das BKartA hat diesen Befund in seinem Diskussionspapier „Private Kartellrechtsdurchsetzung“ im Jahr 2005 zu **6**

11 Vgl. BGBl. I v. 8.6.2017, S. 1416 ff.

12 *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, § 33 Rn. 2.

13 *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht: Privatrechtliche Sanktionsinstrumente zum Schutz individueller und überindividueller Interessen im Wettbewerb, S. 299 ff.

14 *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, § 33 GWB Rn. 2.

15 *Lübbig*, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 2, § 33 Rn. 6.

16 Abzurufen unter <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/study.html> (zuletzt aufgerufen am 3.7.2017).

## Kap. A Einleitung

Recht als für Deutschland in dieser Pauschalität unzutreffend kritisiert und darauf hingewiesen, dass zum damaligen Zeitpunkt lediglich Ansprüche von Opfern von Hardcore-Kartellen nur einmal erfolgreich eingeklagt worden seien.<sup>17</sup> Nicht falsch ist es jedenfalls festzustellen, dass sich die zivilgerichtliche Durchsetzung des Kartellrechts ursprünglich auf die Vorschriften zum Marktmissbrauch und zu Vertikalvereinbarungen konzentrierte.

- 7 Übersichten zur Entwicklung von Schadensersatzklagen nach Kartellverstößen gibt es kaum. Nach den statistischen Erhebungen des BKartA ergingen in Deutschland allein im Jahre 2004 38 Gerichtsentscheidungen, in denen kartellrechtlicher Schadensersatz gegebenenfalls neben anderen Ansprüchen in Rede stand. 19 dieser Klageverfahren waren erfolgreich.<sup>18</sup> Schwierig ist die Lage allerdings bei echten „Follow-on-Klagen“ zu erfassen. Eine Übersicht der Beratungsfirma econ-da aus dem Jahre 2015 – mit Update aus dem Jahre 2016 – bestätigt, dass im Vereinigten Königreich, in den Niederlanden und in Deutschland europaweit am häufigsten Klage infolge behördlicher Bußgeldfälle eingereicht wird und dass rechtskräftige Urteile, in denen Schaden zugesprochen wird, äußerst selten sind. Außerdem führen größere Verfahren gemessen am Bußgeld signifikant häufiger zu Klagen.<sup>19</sup> Aus den erhobenen Daten zu Follow-on-Klagen ergibt sich folgendes Bild: Etwas über die Hälfte aller Klagen laufen noch oder der Ausgang kann nicht bestimmt werden. Nur in einem unteren einstelligen Bereich wurde bisher rechtskräftig Schadensersatz durch ein Gericht zugesprochen. Mehr als die Hälfte der Klagen, die im Vereinigten Königreich zugelassen wurden, sind verglichen worden. In Deutschland sind es nur ca. ein Fünftel.
- 8 In der Praxis stellt Deutschland neben dem Vereinigten Königreich und dem Königreich der Niederlande die für Kläger anscheinend attraktivste Rechtsordnung für die Durchsetzung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche. Treiber im Bereich des Kartellschadensersatzes ist die Tätigkeit der Cartel Damage Claims NV, deren Geschäftsmodell darin besteht, Schadensersatzforderungen von Abnehmern eines Kartells aufzukaufen und diese im eigenen Namen gerichtlich geltend zu machen, und ähnlicher Klägerinstitutionen. Zudem haben Klägerkanzleien wie Hausfeld oder Quinn Emmanuel mittlerweile den deutschen Markt entdeckt. So hat sich im Laufe der letzten Jahre die klageweise Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen der Abnehmer kartellbefangener Produkte stark intensiviert. Dies ist vor allem darauf zurückzuführen, dass die aus ihrer

17 *Ollerdifßen*, in: Wiedemann, Kartellrecht, § 60 Rn. 62.

18 *Böge/Ost*, ECLR 2006, 197; *Lübbig*, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 2, § 33 Rn. 6.

19 Vgl. *Sailer*, „Follow-on Klagen nach Kartellverfahren – die Entwicklung seit 2000 in Zahlen“, abzurufen unter <http://kartellblog.de/2015/03/02/katharina-sailer-follow-on-klagen-nach-kartellverfahren-die-entwicklung-seit-2000-in-zahlen/> (zuletzt aufgerufen am 3.7.2017), und *Sailer*, „Update on development of follow-on damages claims: 2000-2015“, abzurufen unter <http://www.econ-da.com/post/2016/3/2/update-on-development-of-follow-on-damages-claims-2000-2015> (zuletzt aufgerufen am 3.7.2017).

Sicht Geschädigten eines Kartells – jedenfalls wenn sie als Kapitalgesellschaften organisiert sind – wegen der Vermögensfürsorgepflichten der Vorstände bzw. Geschäftsführungsmitglieder in der Regel verpflichtet sein können, greifbare Ansprüche auch durchzusetzen.<sup>20</sup> Viele dieser Fälle werden allerdings letztlich außergerichtlich beigelegt. Es ist zu erwarten, dass die außergerichtliche und gerichtliche Geltendmachung kartellbedingter Schäden in naher Zukunft noch erheblich zunehmen wird. Dies hängt nicht zuletzt mit der jüngsten Gesetzesentwicklung zusammen.

### III. Gesetzeshistorie

Vorläufer des heutigen § 33a GWB war der § 35 von 1957. Danach war insbesondere schadensersatzpflichtig, wer schuldhaft gegen eine Vorschrift des GWB verstieß, die den Schutz eines anderen bezweckt (§ 35 Abs. 1 GWB von 1957), wobei die Bundesregierung als Beispiele für Schutzgesetze ausdrücklich die (heutigen) §§ 1, 20 und 21 GWB genannt hatte. § 35 Abs. 1 Satz 2 GWB von 1957 sah außerdem bei Verstößen gegen § 27 GWB von 1957 (= § 20 Abs. 5 n. F.) die Möglichkeit des Ersatzes des immateriellen Schadens vor. § 35 Abs. 2 GWB von 1980 enthielt eine Regelung zur Schließung der sog. Sanktions- oder Schutzlücke bei Verstößen gegen die früher allein möglichen Verfügungen der Kartellbehörden aufgrund des Missbrauchsverbots des § 22 GWB von 1957.<sup>21</sup>

Durch die 6. GWB-Novelle sind die beiden zuletzt genannten Vorschriften (§ 35 Abs. 1 Satz 2 von 1957 und § 35 Abs. 2 GWB von 1980) gestrichen worden. Gestrichen wurde außerdem § 37 von 1957 über die gesamtschuldnerische Haftung von Kartellmitgliedern, weil sich diese Haftung bereits aus den allgemeinen Vorschriften des BGB (§§ 830, 840 BGB) ergebe.<sup>22</sup> § 33 Satz 1 GWB von 1998 bestimmte seitdem, dass jeder, der gegen eine Vorschrift des GWB oder eine Verfügung der Kartellbehörde verstößt, einem anderen zur Unterlassung verpflichtet ist, sofern die Vorschrift oder die Verfügung den Schutz dieses anderen bezweckte; bei Verschulden konnte der Geschützte außerdem Schadensersatz verlangen. § 33 Satz 2 GWB von 1998 regelte ergänzend eine Verbandsklagemöglichkeit.

Bedeutende Erweiterungen zum kartellrechtlichen Schadensersatz brachte dann im Jahre 2005 die 7. GWB-Novelle. Sie bildete den wirklichen Initialimpuls für die Entwicklung des Kartellschadensersatzrechts in Deutschland in Wissenschaft und Praxis. Der im Rahmen der Novelle neugestaltete § 33 GWB beinhaltet

<sup>20</sup> Lübbig, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, § 33 Rn. 6; vertiefend: Stancke, WuW 2015, 822, 824 ff.; vgl. dazu auch unten Rn. 34 ff.

<sup>21</sup> Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, § 33 GWB Rn. 5 m. w. N.

<sup>22</sup> Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, § 33 GWB Rn. 6 m. w. N.

## Kap. A Einleitung

tete vor allem die Ausdehnung der Vorschrift auf die Wettbewerbsregeln des AEUV und die Streichung des sog. „Schutzgesetzfordernisses“ (in der Literatur und Rechtsprechung wurde der individualschützende Charakter des § 1 GWB teilweise bestritten). Einer der Beweggründe für die Förderung der zivilrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts war es, zum Ausgleich für die vermeidliche Verminderung der behördlichen Kontrolldichte aufgrund des Übergangs zu dem System der Legalausnahme durch die europäische Kartellverfahrensordnung VO 1/2003<sup>23</sup> die zivilrechtlichen Sanktionen bei Kartellrechtsverstößen auszuweiten.<sup>24</sup> Bei Kartellverstößen müssten deshalb in den Schutzbereich des Gesetzes auch die Abnehmer und Lieferanten einbezogen werden, selbst wenn sich die Kartellabsprache nicht gezielt gegen sie richte.<sup>25</sup> Als wichtige Neuerung wurde die Feststellungswirkung von Entscheidungen der Kartellbehörden für sog. Follow-on-Klagen eingeführt (§ 33 Abs. 4 GWB von 2005). Zudem wurde eine Hemmung der Verjährung für die Laufzeit des Behördenverfahrens eingeführt (§ 33 Abs. 5 GWB von 2005) sowie eine Verzinsungspflicht (§ 33 Abs. 3 Satz 4 GWB von 2005) und die Möglichkeit der Schadensschätzung unter Berücksichtigung des sog. „Kartellantengewinns“ (§ 33 Abs. 3 Satz 3 GWB von 2005). Außerdem enthielt § 33 Abs. 3 Satz 2 GWB von 2005 eine Regelung zum Pass-on, die im Sinne einer Vorteilsausgleichung geregelt wurde (Schaden ist durch eine Weiterveräußerung nicht ausgeschlossen).

- 12 Erneute Änderungen brachte die 8. GWB-Novelle von 2013. In § 33 Abs. 2 Nr. 2 GWB von 2013 wurde die noch in der 7. GWB-Novelle gestrichene Aktivlegitimation der Verbraucherverbände vorgesehen, ebenso der Verbände der Marktgegenseite. Die Verbraucherverbände sollten einen Unterlassungsanspruch, aber vor allem auch einen Anspruch auf Vorteilsabschöpfung für den Fall von Massen- oder Streuschäden haben. Einen eigenen schadensersatzrechtlichen Durchsetzungsanspruch erhielten die Verbände aber nach wie vor nicht. Zudem wurden die Vorschriften zur Verjährung und Hemmung der Verjährung (§ 33 Abs. 5 GWB von 2013) neu gefasst und präzisiert.<sup>26</sup>
- 13 Ein weiterer Meilenstein in der Entwicklung des Kartellschadensersatzrechts wurde durch die Kommission im Jahr 2014 mit der Kartellschadensersatzrichtlinie gelegt. Ausdrückliches Ziel dieser Richtlinie war, die zivilrechtliche Durchsetzung der europäischen Wettbewerbsregeln zu fördern. Sie ist am 5.12.2014 in Kraft getreten und war von den EU-Mitgliedstaaten innerhalb von zwei Jahren

23 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln („VO 1/2003“), ABl. Nr. L 1 Seite 1, zuletzt geändert durch Anh. I ÄndVO (EG) 487/2009 vom 25.5.2009, ABl. Nr. L 148 Seite 1.

24 Bunte, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, Vorb. zu §§ 32 ff. Rn. 8.

25 Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, § 33 GWB Rn. 7 m. w. N.

26 Bunte, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, Vorb. zu §§ 32 ff. Rn. 12.



in nationales Recht umzusetzen.<sup>27</sup> Nach Art. 22 Abs. 1 und 2 RL 2014/104/EU sollen die nationalen Gesetze zur Umsetzung der Richtlinie hinsichtlich materiell-rechtlicher Rechtsnormen nicht rückwirkend und hinsichtlich sonstiger Normen nicht für Schadensersatzklagen gelten, die vor dem 26.12.2014 bei einem nationalen Gericht erhoben wurden. Im Einzelnen enthält die Richtlinie im Wesentlichen folgende Regelungsbereiche:<sup>28</sup>

Die Richtlinie verpflichtet mitgliedstaatliche Gerichte, abschließende Verbotsentscheidungen von Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten zumindest als **Prima-facie-Beweis** eines Kartellverstoßes zuzulassen, während die abschließenden Entscheidungen von Wettbewerbsbehörden des Staates, in dem der Schadensersatzanspruch geltend gemacht wird, **Bindungswirkung** entfalten (Art. 9 Kartellschadensersatzrichtlinie). Richtlinienkonform sehen die Rechtsordnungen einiger Mitgliedstaaten – u. a. Deutschlands – weitergehend eine Bindungswirkung sämtlicher rechtskräftiger Entscheidungen der Behörden der Mitgliedstaaten vor. Ein weiterer wichtiger Aspekt ist die **Offenlegung von Beweismitteln** und **Zugang zu Verfahrensakten** der Wettbewerbsbehörden: Nationale Gerichte sollen nach der Richtlinie unter der Voraussetzung einer substantiierten Begründung (Art. 5 Abs. 1 Kartellschadensersatzrichtlinie) und unter Berücksichtigung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 Abs. 3 Kartellschadensersatzrichtlinie) die Offenlegung von bestimmten Beweismitteln oder relevanten Kategorien von Beweismitteln anordnen können (Art. 5 Abs. 2 Kartellschadensersatzrichtlinie). Im deutschen Recht ist bislang schon eine Anordnung zur Urkundenvorlegung nach § 142 Abs. 1 ZPO möglich, allerdings unter der Voraussetzung der konkreten Bezeichnung der fraglichen Urkunde und ihrer Prozessrelevanz. Der in der Richtlinie festgelegte Begriff der relevanten Kategorien von Beweismitteln hingegen ist sehr unbestimmt und wird vor den Gerichten zu erheblichen Kontroversen führen.

Die **Verjährung** kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche soll nach der Richtlinie mindestens fünf Jahre betragen (Art. 10 Abs. 3 Kartellschadensersatzrichtlinie). Die Richtlinie legt fest, dass die Untersuchung durch eine Wettbewerbsbehörde die Verjährung hemmt oder, je nach nationalem Recht, unterbricht und frühestens ein Jahr nach Ende einer solchen Untersuchung abläuft (Art. 10 Abs. 4 Kartellschadensersatzrichtlinie). Diese Regelungen bewirken für Deutschland Änderungen der Fristen. Bisher beträgt die Verjährungsfrist drei Jahre; die **Hemmung** endet sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Beendigung des eingeleiteten Verfahrens. Daneben wird in Deutschland auch in Zukunft – kenntnisunabhängig – die Verjährung binnen 10 Jahren ab Anspruchsentstehung bzw. 30 Jahren ab dem schadensauslösenden Ereignis eintreten (§ 199 Abs. 3 BGB).

<sup>27</sup> Art. 21 Abs. 1 RL 2014/104/EU.

<sup>28</sup> Vgl. auch *Bunte/Stancke*, Kartellrecht, S. 435 ff.

## Kap. A Einleitung

- 16 Unternehmen, die durch eine gemeinsame Zuwiderhandlung gegen das Kartellrecht verstoßen haben, sollen nach der Richtlinie im Außenverhältnis gesamtschuldnerisch und im Innenverhältnis nach dem Verursachungsgrad für den gesamten Schaden haften (Art. 11 Abs. 1 Kartellschadensersatzrichtlinie). Das deutsche Recht sieht eine **gesamtschuldnerische Haftung** Kartellbeteiligter bereits jetzt vor, ohne jedoch, wie von der Richtlinie vorgesehen, Kronzeugen dieser Haftung zu entziehen.
- 17 EU-Mitgliedstaaten müssen nach der Richtlinie zukünftig zudem sicherstellen, dass Schadensersatzansprüche auf allen Ebenen der **Wertschöpfungskette** geltend gemacht werden können. Den **mittelbaren Abnehmern** wird dabei der Schadensnachweis erleichtert – er hat zu beweisen, dass der Beklagte eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht begangen hat, die Zuwiderhandlung einen Preisaufschlag für den unmittelbaren Abnehmer des Beklagten zur Folge hatte und der mittelbare Abnehmer Waren oder Dienstleistungen erworben hat, die Gegenstand der Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht waren, oder Waren oder Dienstleistungen erworben hat, die aus solchen hervorgehen oder sie enthielten (Art. 14 Abs. 2 Kartellschadensersatzrichtlinie). Im Gegenzug wird aber die **Passing-on-Defence** EU-weit eingeführt (Art. 13 Kartellschadensersatzrichtlinie). Der Beklagte kann dann die Einrede erheben, dass der Preisaufschlag an die nachgelagerten Ebenen der Wertschöpfungskette abgewälzt wurde, so dass beim direkten Käufer kein oder nur ein geringerer Schaden entstanden ist. Die Beweislast für die Weitergabe des Preisaufschlages liegt bei der beklagten Partei, welche hierbei Offenlegungen des Klägers bzw. von Dritten verlangen kann (Art. 13 Kartellschadensersatzrichtlinie). Bei Zuwiderhandlungen in Form von Kartellen gilt zukünftig EU-weit die widerlegbare **Vermutung**, dass die Zuwiderhandlung einen Schaden verursacht hat (Art. 17 Abs. 2 Kartellschadensersatzrichtlinie).<sup>29</sup> Die Gerichte sollen den Schadensumfang zudem schätzen dürfen. Zudem enthält die Richtlinie Anreize für einvernehmliche Streitbelegungen.
- 18 Der deutsche Gesetzgeber hat die Richtlinie mit der 9. GWB-Novelle umgesetzt, die am 9.6.2017 in Kraft getreten ist.<sup>30</sup> Diese Novelle hat die §§ 33 ff. GWB und §§ 89b ff. GWB n. F. umfassend im Sinne der Kartellschadensersatzrichtlinie neu gestaltet. Die Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie ist dabei komplett im GWB erfolgt (§§ 33 ff. und §§ 89b ff. GWB n. F.). § 33a GWB n. F. lautet nunmehr wie folgt: „(1) Wer einen Verstoß nach § 33 Absatz 1 vorsätzlich oder fahr-

29 Vgl. auch zuvor schon die Rspr., insb. BGH, 28.6.2011, KZR 75/10, WuW/E DE-R 3431 Rn. 26 – ORWI, mit Hinweis auf EuGH 7.1.2004, ECLI:EU:C:2006:6 Rn. 53 – Aalborg Portland u. a./Kommission; LG Berlin, 6.8.2013, 13 O 193/11 Kart, WuW/E DE-R 4456 – Fahrtreppen; OLG Karlsruhe, 31.7.2013, 6 U 51/12 (Kart), BWGZ 2013, 1011, 1013 f. – Kartellabsprache.

30 BGBl. I v. 8.6.2017, S. 1416 ff.

lässig begeht, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.“ Nach Abs. 2 wird widerleglich vermutet, dass ein Kartell einen Schaden verursacht. Ein Kartell ist danach „eine Absprache oder abgestimmte Verhaltensweise zwischen zwei oder mehr Wettbewerbern“. Es gibt hinsichtlich der Passivlegitimation keine explizite Übernahme des europäischen Unternehmensbegriffs. Die Auslegung, ob auch Obergesellschaften von Kartellanten automatisch schadensersatzverpflichtet sind, wird der Rechtsprechung überlassen. Die Passing-on-Defence wurde in Umsetzung der Art. 12–15 der Kartellschadensersatzrichtlinie in § 33c GWB n.F. dahingehend geregelt, dass der Beklagte die Beweislast für die Schadensabwälzung trägt und Offenlegung vom Kläger/Dritten verlangen kann. Zugunsten des Klägers im Fall eines möglichen indirekten Schadens spricht eine Vermutung für das Vorliegen einer Schadensabwälzung. Der Beklagte hat die Möglichkeit, diese Vermutung durch Glaubhaftmachung zu widerlegen, dass keine (vollständige) Schadensabwälzung auf den Kläger stattgefunden hat. In § 33d GWB n.F. werden Regelungen zum Gesamtschuldverhältnis getroffen und § 33e GWB n.F. enthält eine Privilegierung des Kronzeugen. Die Offenlegung von Beweismitteln ist in einem neuen § 33g GWB geregelt worden. In dem neuen § 89c GWB ist die Offenlegung aus der Behördenakte dergestalt geregelt, dass die Herausgabe von Beweismitteln aus den Akten der Kartellbehörde an das Gericht oder den Anspruchssteller subsidiär erfolgt. Außerdem wurde die Verjährungsdauer auf fünf Jahre heraufgesetzt. Weiter sollen die Kosten der Nebenintervention begrenzt werden. Einzelheiten zu den (insbesondere auch: neuen) Inhalten der kartellrechtlichen Schadensersatzregeln finden sich in den einzelnen Kapiteln dieses Handbuchs.