



BUCERIUS LAW SCHOOL

PRESS

BAND II/29

Fabian Grossmann

DIE KARTELLRECHTLICHE HAFTUNG FÜR
PREISSCHIRMSCHÄDEN



BUCERIUS LAW SCHOOL

PRESS

Schriften der Bucerius Law School

Herausgegeben von

Professor Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt

Professor Dr. Thomas Rönau

Professor Dr. Michael Fehling

Band II/29

Fabian Grossmann

Die kartellrechtliche Haftung für Preisschirmschäden

Verlag:

Bucerius Law School Press, Jungiusstr. 6, 20355 Hamburg

Autor:

Fabian Grossmann

Herausgeber:

Professor Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt, Professor Dr. Thomas Rönna, Professor Dr. Michael Fehling

1. Auflage 2017

Herstellung und Auslieferung:

trdition GmbH, Hamburg

ISBN: 978-3-86381-095-5

Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk, einschließlich seiner Teile, ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages und des Autors unzulässig. Dies gilt insbesondere für die elektronische oder sonstige Vervielfältigung, Übersetzung, Verbreitung und öffentliche Zugänglichmachung.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

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

DIE BUCERIUS
LAW SCHOOL IST EINE
GRÜNDUNG DER



Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Dezember 2016 von der Bucerius Law School als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis Anfang Februar 2017 berücksichtigt.

Besonderer Dank gilt meinem persönlich und fachlich hoch geschätzten Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt. Seine stetige Unterstützung und der wissenschaftliche Austausch bescherten mir eine erfüllende Promotionszeit.

Herrn Dr. Horst Satzky möchte ich nicht nur für die hervorragende Mitbetreuung der Arbeit, sondern auch für die rasche und präzise Erstellung des Zweitgutachtens danken. Auch Herrn Prof. Dr. Michael Fehling, Herrn Prof. Dr. Hans-Bernd Schäfer und Herrn Prof. Dr. Christian Osterrieth danke ich für den fachlichen Diskurs. Alle standen mir mit Rat und Tat zur Seite und manövrierten mich aus so manch ausweglos erscheinender Situation heraus.

Besondere Dankbarkeit und Wertschätzung bringe ich Frau Lucca Katharina Schlager entgegen, die sich der Endkorrektur der vorliegenden Arbeit angenommen hat.

Dem Arbeitskreis Wirtschaft und Recht danke ich ganz herzlich für die großzügige finanzielle Unterstützung meines Promotionsvorhabens. Auch meinem Mentor, Herrn Arne Wittig, möchte ich an dieser Stelle danken. Seine Einschätzungen als Praktiker waren stets ein wertvoller Zugewinn.

Ebenso danke ich dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, für den Zugriff auf ihren Bibliotheksbestand.

Nur durch die ausnahmslose und andauernde Unterstützung meiner Eltern konnte ich meinem Studium und diesem Promotionsvorhaben nachgehen.

In großer Dankbarkeit ist ihnen die Arbeit gewidmet.

Hamburg, im Februar 2017

Fabian Grossmann

Inhalt

Vorwort

Einleitung

- I. Einleitung
 1. Ausgangspunkt der Arbeit
 2. Themenabgrenzung
 3. Zweck der Arbeit
 4. Gang der Untersuchung
- II. Die Haftung von Kartellanten für Preisschirmeffekte – Das Kone-Urteil des EuGH
 1. Einleitung
 2. Sachverhalt und Prozessverlauf
 - a. Hintergrund
 - b. Instanzenzug
 - aa. Erste Instanz
 - bb. Zweite Instanz
 - cc. Dritte Instanz
 - dd. Vorabentscheidungsverfahren
 - c. Das Kone-Urteil des Europäischen Gerichtshofs
 - aa. Die zivilrechtliche Haftung von Kartellanten für Preisschirmeffekte - ein unionsrechtliches Problem?
 - bb. Unionsrechtliche Anforderungen an die Feststellung der Kausalität
 - (1) Vorhersehbarkeit der auf Preisschirmeffekten beruhenden Schäden
 - (a) Allgemeine Maßstäbe
 - (b) Ansicht OGH Wien
 - (c) Ansicht des EuGH und der Generalanwältin Kokott
 - (d) Stellungnahme

(2) Vereinbarkeit mit den unionsrechtlichen Wettbewerbsregeln

cc. Zwischenergebnis

III. Der Umgang mit dem Problem der kartellrechtlichen Haftung für Preisschirmeffekte im U.S.-amerikanischen Rechtsraum

1. Fehlende höchstrichterliche Rechtsprechung
2. Gerichtsurteile - contra Aktivlegitimation
3. Gerichtsurteile - pro Aktivlegitimation
4. Zusammenfassung

IV. Juristische und ökonomische Analyse

1. Das Entstehen von Preisschirmeffekten und deren Folgen
 - a. Marktbedingungen für Preisschirmeffekte nach *Blair* und *Maurer*
 - aa. Modellannahmen - *Blair* und *Maurer*
 - bb. Handlungsvarianten
 1. Variante: Kartellaußenseiter als reine „*price taker*“
 2. Variante: Ausweitung der eigenen Angebotsmenge unter Inkaufnahme steigender Grenzkosten
 3. Variante: Kombination aus Preisangleichung und Ausweitung der Angebotsmenge
 - b. Alternative Marktbedingungen für Preisschirmeffekte?
 - aa. Randwettbewerb
 - bb. Homogenes Produkt
 - (1) Die Kreuzpreiselastizität und der SSNIP-Test als Instrumente zur Bestimmung der Produkthomogenität
 - (2) Kritik
 - (3) Zwischenergebnis
 - cc. Produzieren unter steigenden Grenzkosten
 - dd. Nichtkartellanten als Preisnehmer
 - ee. Ergebnis
 - c. „*Sekundäre Preisschirmeffekte*“

- aa. Keine Substitutionsbeziehung
 - bb. Begrenzte Substitutionsmöglichkeiten
 - d. Preisschirmeffekte und ihre Folgen
 - aa. Direkte Folgen von Preisschirmeffekten
 - bb. Folgen von Preisschirmeffekten bei fehlender Substitutionsbeziehung
 - cc. Folgen von Preisschirmeffekten bei begrenzter Substitutionsmöglichkeit
2. Der Kreis der Anspruchsberechtigten gem. § 33 Abs. 3 GWB
- a. Schutzgesetzkriterium
 - b. Zwischen Schutzgesetzkriterium und individueller Betroffenheit
 - c. „*Betroffener*“ i.S.d. § 33 Abs. 3 GWB
 - aa. Ausgangspunkt
 - bb. Rechtliche Analyse
 - (1) Problemeinführung
 - (2) Preisschirmkläger als Aktivlegitimierte
 - (a) Wortlaut
 - (b) Telos der Norm
 - (aa) Kompensation
 - (bb) Die Aktivlegitimation von Preisschirmklägern und deren Auswirkungen auf das Kronzeugenprogramm
 - (cc) Prävention
 - (dd) Ergebnis
 - (c) Systematik
 - (d) Historie
 - d. Europarechtskonforme Auslegung
 - e. Ergebnis
3. Die Zurechenbarkeit von Preisschirmschäden
- a. Kausalität

- aa. Allgemeiner Maßstab
- bb. Übertragung auf kartellrechtliche Sachverhalte
- cc. Bewertung - Kausalität als „Grobfilter“
- b. Adäquanz
 - aa. Allgemeiner Maßstab
 - bb. Übertragung auf kartellrechtliche Sachverhalte
 - cc. Bewertung
 - dd. Sonderfall - verspäteter Marktzutritt
 - (1) Einleitung
 - (2) Das Schienenkartell
 - (3) Juristische Aufarbeitung
 - (4) Stellungnahme
 - ee. Zusammenfassung
- c. Schutzzweck der Norm
 - aa. Funktion und Bedeutung
 - bb. Schutzzweck des § 33 GWB
 - cc. Teleologische Auslegung des § 33 Abs. 3 GWB - Zurechenbarkeit von Preisschirmschäden?
- d. Eigenverantwortliches Dazwischentreten Dritter
 - aa. Allgemeiner Maßstab
 - bb. Die Preisanpassung von Nichtkartellanten als eigenverantwortliches Dazwischentreten?
 - (1) Die Preisanpassung als autonomes Verhalten
 - (2) Kein eigenverantwortliches Dazwischentreten
 - (3) Zwischenergebnis
- e. Grenzen der Zurechnung
 - aa. Einführung in die Problematik
 - bb. Fiktives Beispiel
 - (1) Grundfall
 - (2) Erste Abwandlung

- (3) Zweite Abwandlung
- (4) Schlussfolgerungen und Ergebnis
- cc. Die Verantwortung am Markt - ökonomische Grenzen der Zurechnung
 - (1) Die grundsätzliche Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden
 - (2) Die Ersatzfähigkeit von Streuschäden
 - (3) Prozessrechtliche Herausforderungen
 - (4) Alternative Lösungsansätze
- 4. Kartellbeteiligter als Passivlegitimierter
 - a. Kartellrechtliche Koordinierungsformen
 - b. Anforderungen an ein „*aufeinander abgestimmtes Verhalten*“ i.S.v. § 1 GWB
 - aa. Abgrenzungsprobleme
 - (1) Nichtkartellant als Kartellbeteiligter? - Maßstäbe zur Abgrenzung
 - (a) Reduzierung des Marktrisikos
 - (b) Kommunikationselement
 - (c) Spieltheoretische Überlegungen
 - (aa) Spieltheoretisches Beispiel
 - (bb) Vergleich zum „*prisoner's dilemma*“
 - (cc) „*Cartel's dilemma*“
 - (dd) Modifikation des spieltheoretischen Ansatzes des „*cartel's dilemma*“
 - (2) Ergebnis
 - bb. Notwendigkeit strengerer Verhaltensanforderungen in Sonderfällen - Bedarf es einer Meldepflicht?
 - (1) Eingangsbeispiel
 - (2) Sensibilisierung und Problemeinführung
 - (3) Verhaltensmaßstäbe
 - (a) „*MP3-Player*“ *Entscheidung*

- (b) Transfer der Verhaltensmaßstäbe
 - (4) Bewertung und rechtliche Zulässigkeit
 - cc. Sonderkonstellation: Das Kartell neben dem Kartell
 - 5. Die Bezifferung von Kartellschäden
 - a. Das Problem
 - b. Schadensberechnungsmethoden
 - aa. Der Preisunterbietungsansatz
 - bb. Die Vergleichsmarktmethode
 - (1) Zeitlicher Vergleichsmarkt
 - (a) Allgemeines
 - (b) Nachteile und Herausforderungen
 - (c) Zusammenfassung
 - (2) Räumlicher Vergleichsmarkt
 - (a) Allgemeines
 - (b) Sonderfall: Preisschirmeffekte
 - (c) Zusammenfassung
 - (3) Sachlicher Vergleichsmarkt
 - (a) Allgemeines
 - (b) Sonderfall: Substitutionsprodukte
 - c. Zusammenfassung

V. Rechtsvergleichende Analyse - Das U.S.-amerikanische Antitrustrecht als Inspirationsquelle?

- 1. Rechtslage in den USA
 - a. Treble damages
 - aa. Einführung
 - bb. Kritik am Rechtsinstitut
 - cc. Vorteile des Rechtsinstituts
 - dd. Benischs kritische Haltung zum Rechtsinstitut
 - ee. Mögliche Einfallstore für das U.S.-amerikanische Recht und die Sicht der deutschen Rechtsprechung

- ff. Zusammenfassung und Beurteilung und der Analyseergebnisse
- b. Pre-trial-discovery
 - aa. Einführung
 - bb. Die Missbrauchsanfälligkeit der pre-trial-discovery
 - cc. Zweifelhafte Mehrwert für das deutsche Rechtssystem
 - dd. Haltung des Bundesverfassungsgerichts
 - ee. Zusammenfassung und Ausblick
- c. Class action
 - aa. Einführung und allgemeine Hinweise
 - bb. Die Zwecke einer Sammelklage
 - cc. Die ungewisse Zukunft der class action im deutschen Kartellrecht
 - dd. Die Haltung des Bundesverfassungsgerichts und des OLG Düsseldorf
 - ee. Zusammenfassung und Ergebnis

2. Fazit

VI. Die Umsetzung der kartellrechtlichen Schadensersatzrichtlinie

1. Was lange währt, wird endlich gut? - Die europäische Richtlinie zum kartellrechtlichen Schadensersatz
 - a. Ziele, Entstehungsgeschichte und Zustandekommen der Richtlinie
 - b. Die Richtlinie im Überblick
 - c. Bewertung der Richtlinie
2. Die deutsche Umsetzung der Richtlinie
 - a. Die Geltendmachung privater Schadensersatzklagen - Eine Bestandsaufnahme
 - b. Die Geltendmachung privater Schadensersatzklagen nach nationaler Umsetzung der Richtlinie
 - aa. Tatbestandliche Reichweite der Schadensvermutung

- bb. Die zu erwartenden Fortschritte im Rahmen der Richtlinienumsetzung
- c. Die konkrete Schadensbeziehung als Problem der Beweislast
 - aa. Einführung in die Problematik
 - bb. Einfluss des § 287 ZPO
 - (1) Ineinandergreifen von gesetzlicher Schadensvermutung und § 287 ZPO
 - (a) Reichweite der europäischen Pflicht zur Richtlinienkonformität nationaler Gesetze
 - (b) Richtlinienkonformität des § 287 ZPO
 - (2) Zwischenergebnis
- d. Einführung einer konkreten Schadensvermutung - de lege ferenda im Rahmen der Richtlinienumsetzung
 - aa. Wortlaut
 - bb. Telos
 - cc. Systematik
 - dd. Historie
 - ee. Zwischenergebnis
- e. Die Einführung einer konkreten Schadensvermutung - de lege ferenda nach abgeschlossener Richtlinienumsetzung
 - aa. Einleitung
 - bb. Die Vermutung einer konkreten Schadenshöhe
 - (1) Die Notwendigkeit einer erweiterten Schadensvermutungen - das „Ob“
 - (2) Die Bestimmung einer konkreten Schadenshöhe - das „Wieviel“
 - (a) Einführung in die Problematik
 - (b) Ungarische 10 %-Vermutung
 - (c) Ökonomische Studien
 - (d) Zwischenergebnis

- (e) Kritik
 - (aa) Kein Nutzen bei überdurchschnittlich hohen Schäden
 - (bb) Kritik an Datengrundlage
 - (cc) Schadensvermutung auch für Preisschirmgeschädigte nützlich?
 - (dd) Die Schadensvermutung und das Kronzeugenprogramm
 - (ee) Zusammenfassung
- (3) Vergleich zu pauschalisiertem Schadensersatz
 - (a) Schadenshöhe
 - (aa) Gesetzliche Grundlage
 - (bb) Rechtsprechung
 - (b) Möglichkeit des Gegenbeweises
- (4) Ergebnis

VII. Zusammenfassung in Thesen

1. Grundsätzliches zum Entstehen von Preisschirmeffekten
2. Der Kreis der Aktivlegitimierten und die Frage der Schadenszurechnung
3. Nichtkartellanten als Kartellbeitretende und der Bedarf nach neuen Regeln
4. Methoden zur Berechnung von Kartellschäden
5. Rechtsvergleichende Analyse - Das U.S.-amerikanische Antitrustrecht
6. Die Richtlinienumsetzung - Gelingt die Stärkung des privaten Rechtsschutzes?
7. Gesetzgebungsvorschlag

Literaturverzeichnis

Dokumente

Einleitung

I. Einleitung

1. Ausgangspunkt der Arbeit

Der Aphorismus „*A rising tide lifts all boats*“, der - anders als viele meinen - in seinem Ursprung nicht auf den ehemaligen U.S. Präsidenten John F. Kennedy zurückgeht, sondern in der regionalen Handelskammer im Rat von New England geprägt wurde, beschreibt die Verflochtenheit und gegenseitige Abhängigkeit im Wirtschaftssystem.¹ Obwohl jener Ausspruch primär wirtschaftsökonomische Zusammenhänge betont, lässt er sich ebenso gut auf das in dieser Arbeit behandelte Phänomen der Preisschirmeffekte übertragen. Versteht man die „*tide*“ als kartellrechtswidrige Absprache und qualifiziert die „*boats*“ als das auf dem Markt vorherrschende Preisniveau, so beschreibt der Aphorismus die Wirkungsweise einer Kartellabsprache besonders anschaulich.²

Das Thema der Arbeit besticht durch seinen Facettenreichtum. Obwohl die zugrundeliegende Fragestellung auf den ersten Blick rein kartellrechtsspezifisch anmuten mag, werden allgemeine schadensrechtliche Zurechnungsfragen des Zivilrechts, sowie europarechtliche Probleme der Richtlinienumsetzung für die Ausarbeitung von Bedeutung sein. Dieses Nebeneinander verschiedener Rechtsbereiche stellte sich als besonders reizvoll dar. Dass der Aufsehen erregenden „*Kone*“-Entscheidung des EuGH³ nur nach wenigen Wochen die neue Richtlinie für wettbewerbsrechtliche Schadensersatzklagen⁴ folgte, verlieh der Problematik noch größere Relevanz und ließ das Dissertationsthema um eine zusätzlich interessante Komponente wachsen.⁵

2. Themenabgrenzung

Obwohl das private enforcement in Gänze, sowohl in Deutschland als auch in anderen Staaten, an Bedeutung gewonnen hat,⁶ wird sich die vorliegende Arbeit ausschließlich, dafür aber um so differenzierter, dem Thema der Haftung von Kartellanten für Preisschirmschäden widmen. Sie ist - ganz bewusst - eng auf diese Materie und die damit einhergehenden Probleme zugeschnitten. Allgemeine schadensrechtliche Fragen sollen, sofern möglich, insbesondere im Hinblick auf die Preisschirmproblematik untersucht werden. Seitdem der EuGH die Haftung von Kartelltätern für Preisschirmschäden anerkannt hat,⁷ ist das allgemeine Haftungsrisiko für Kartelldelinquenten enorm gestiegen. Kartellbeteiligten droht zukünftig nicht nur eine schadensrechtliche Inanspruchnahme durch ihre eigenen direkten und indirekten Abnehmer, sondern auch durch Kunden ihrer Wettbewerber.⁸ Eine differenzierte und kritische Aufarbeitung dieser Rechtsprechung war notwendig und von der Praxis erwünscht.⁹ Dieses Bedürfnis war Anstoß und Motivation für die Ausarbeitung der zugrundeliegenden Arbeit.

3. Zweck der Arbeit

Die Fallzahlen anhängiger kartellrechtlicher Schadensersatzklagen sind in den letzten Jahren stetig gestiegen und dennoch ist das private dem public enforcement immer noch unterlegen. Regelmäßig werden (zu) hohe Beweisanforderungen für Schadensersatzbegehrende als Grund hierfür vorgebracht. In der vorliegenden Arbeit sollen diese prozessrechtlichen Schwierigkeiten herausgearbeitet und untersucht werden. Es wird zu diskutieren sein, ob - und falls ja welche - Lösungsansätze zur Bewältigung der Probleme denkbar sind. Da Kartellopfer regelmäßig namentlich die konkrete Schadensbeziehung (Nachweis der haftungsausfüllenden Kausalität) vor besonders große Schwierigkeiten stellt, könnte die Einführung einer gesetzlichen Schadensvermutung, welche nicht nur das „ob“, sondern auch das „wie“ des Schadens umfasst, als taugliches Instrument fungieren. Deren Rechtmäßigkeit und die mit ihr einhergehenden Vor- und Nachteile sollen eingehend untersucht und einer ausführlichen Abwägung unterworfen werden. Sowohl die Aufwertung und Stärkung des privaten Rechtsschutzes als auch die Vermeidung von Überprivilegierungen, liegen dieser Analyse als tragende Leitgedanken

zugrunde.

Daneben wird das Phänomen der Preisschirmeffekte als solches zu analysieren sein.¹⁰ Aus einem juristischen Blickwinkel gilt es die Ersatzfähigkeit von Preisschirmschäden, die Aktivlegitimation von Preisschirmklägern und die Passivlegitimation von Kartelldelinquenten zu untersuchen. Dagegen sollen Ansätze, die das Entstehen, die Reichweite und die Intensität von Preisschirmeffekten erklären, aus ökonomischer Perspektive beleuchtet werden.

4. Gang der Untersuchung

Im ersten Kapitel soll einleitend das bereits oben angesprochene „*Kone*“-Urteil des EuGH vorgestellt werden. Die Ausführungen der Richter, wonach Kartellanten grundsätzlich auch gegenüber Preisschirmgeschädigten haften, lassen die in diesem Zusammenhang auftretenden Probleme anschaulich erkennen. Die in Frage stehenden Aspekte wurden vom EuGH zugunsten der Kartellgeschädigten entschieden; der Klage auf Erstattung der erlittenen Preisschirmschäden wurde stattgegeben. Gleichwohl betonten sowohl der EuGH als auch Generalanwältin *Kokott*, dass stets einzelfallabhängig zu untersuchen sei, ob Kartelltäter tatsächlich für entstandene Preisschirmschäden ursächlich und damit haftbar sind.

Im zweiten Kapitel wird die U.S.-amerikanische, Preisschirmklagen betreffende Entscheidungspraxis geschildert. Mangels höchstrichterlicher Rechtsprechung des US Supreme Courts blickt man dort auf stark divergierende Ansichten der verschiedenen District und Circuit Courts. Überblicksartig sollen die von den Richtern verwendeten Argumentationsstrukturen skizziert werden, um inhaltlich auf die Analyse im dritten Abschnitt vorzubereiten.

Das dritte Kapitel ist der Beantwortung mehrerer Fragen gewidmet. Im Mittelpunkt der Analyse steht zunächst die Frage, wie das Entstehen von Preisschirmeffekten wirtschaftsökonomisch zu erklären ist. Dabei wird besonders auf die Preisschirmeffekte begünstigenden Marktgegebenheiten eingegangen. Welche dieser sind nur hinreichende, welche notwendige

Bedingung? Auch die entfernteren Auswirkungen eines Preisschirmeffekts werden dargestellt. Es soll ein möglichst umfassendes Bild, sowohl über die Art der Entstehung als auch über die Variationsbreite von Preisschirmeffekten gezeichnet werden. Hieran anschließend werden die bereits in der „Kone“-Entscheidung benannten Streitigkeiten aus einem juristischen Blickwinkel besprochen. Zählen Preisschirmgeschädigte - wie vom EuGH angenommen - zum Kreis der Anspruchsberechtigten nach § 33 Abs. 3 GWB? Können Preisschirmschäden den Kartelldelinquenten tatsächlich nach zivilrechtlichen Zurechnungsmaßstäben zugerechnet werden? Und wer gilt als passivlegitimiert? All jene Fragen scheinen auf den ersten Blick schnell beantwortet, doch eine genauere Analyse zeigt, dass durchaus Grund für Zweifel besteht. Im Rahmen eines ausführlichen Diskurses wird man sich der Beantwortung dieser Fragen annehmen. Schließlich sollen in diesem Kapitel die gängigen Schadensberechnungsmethoden, namentlich die sog. Vergleichsmarktmethode, vorgestellt werden.

Im vierten Kapitel wird rechtsvergleichend auf das U.S.-amerikanisch Antitrustrecht geblickt. Einzelne Rechtsinstrumente, welche in den USA zur erleichterten Geltendmachung privater Schadensersatzklagen beitragen, werden vorgestellt und auf ihre Kompatibilität mit dem deutschen Rechtssystem hin überprüft. Grund hierfür ist die Erwartung, dass diese im Rahmen der bevorstehenden Richtlinienumsetzung als Inspirationsquelle dienen könnten.

Das fünfte Kapitel widmet sich schließlich der im November 2014 verabschiedeten kartellrechtlichen Schadensersatzrichtlinie.¹¹ Sie verleiht dem Thema seine europarechtliche Prägung. Den Mitgliedstaaten der Europäischen Union obliegt es, jene Richtlinie binnen zwei Jahren in nationales Recht umzusetzen,¹² wobei sie im Rahmen dessen das von den Verantwortlichen in Brüssel vorgegebene Ziel, den privaten Rechtsschutz zu stärken, stets zu berücksichtigen haben.¹³ Welche Veränderungen angestrebt werden und ob es gelungen ist, für bislang bestehende Probleme Lösungen zu finden, wird zu zeigen sein. Ein besonderes Augenmerk wird auf die in Art. 17 Abs. 2 S. 1 RL enthaltene Schadensvermutung zu legen sein, schließlich ist die Vermutung, dass Zuwiderhandlungen in Form von Kartellen einen Schaden verursachen, für die klageweise Geltendmachung

erlittener Kartellschäden von höchster Relevanz. Eine umfassende Analyse der Norm ist deshalb - auch um die tatbestandliche Reichweite und die ihr zugrundeliegende gesetzgeberische Intention zu ergründen - unerlässlich. Auch gilt es die Möglichkeit einer überschießenden Richtlinienumsetzung dergestalt, dass nicht nur die Schadensentstehung als solche, sondern auch deren konkrete Höhe vermutet wird, zu erörtern. Dabei werden Fragen der Notwendigkeit, des Anwendungsbereichs und geeigneter Datengrundlagen im Zentrum der Diskussion stehen.

II. Die Haftung von Kartellanten für Preisschirmeffekte – Das Kone-Urteil des EuGH

1. Einleitung

Mit dem „Kone“-Urteil vom 05.06.2014 (Rs. C-557/12 – „Kone“) hat der EuGH besonderes Aufsehen erregt. Die Vorlagefrage des Obersten Gerichtshofes in Wien veranlasste den EuGH, den Kreis der Schadensersatzberechtigten neu zu determinieren.¹⁴ Wer bereits die Ansicht, auch mittelbare Abnehmer von Kartellanten seien gegenüber Kartelltätern schadensersatzberechtigt, für verfehlt gehalten hatte, dürfte über die Entscheidung des EuGH besonders erstaunt sein. Denn fortan soll auch Kunden von Nichtkartellanten die Möglichkeit offenstehen, ihre durch einen Preisschirmeffekt verursachten Schäden von den Beteiligten eines Kartells ersetzt zu verlangen. Das „Gerüst“ für derartige Schadensersatzklagen wurde vom EuGH geschaffen, doch bleibt abzuwarten, ob die Theorie auch in der Praxis Wirkung zeigt. So erscheinen insbesondere die Hürden der Beweislast (zu) hoch, als dass Preisschirmkläger ihr Klagebegehren erfolgreich durchsetzen könnten.¹⁵

2. Sachverhalt und Prozessverlauf

a. Hintergrund

Im Ausgangsverfahren standen sich die ÖBB-Infrastruktur AG - eine Tochtergesellschaft der Österreichischen Bundesbahnen - als Klägerin und die Unternehmen Kone, Otis, Schindler und ThyssenKrupp als Beklagte gegenüber. Letztgenannte hatten (gemeinsam mit Mitsubishi) seit den 1980er Jahren bis 2005 den Markt für Aufzüge und Rolltreppen in mehreren Ländern unter sich aufgeteilt.¹⁶ Auf diese Weise war es ihnen möglich gewesen, für ihre Leistungen einen Preis zu verlangen, der unter normalen Wettbewerbsbedingungen nicht erzielbar gewesen wäre.

Die Kartellanten versuchten sich hinsichtlich mehr als der Hälfte des österreichischen Marktvolumens zu koordinieren.¹⁷ Ca. 50% der

betroffenen Projekte wurden durch eine nachgelagerte Absprache zwischen den Kartellbeteiligten einem bestimmten Kartelltäter zugeteilt.¹⁸ Auf diese Weise wurde etwa ein Drittel des Marktvolumens Opfer einer konkreten Kartellabsprache.¹⁹

Nachdem die Europäische Kommission am 21.02.2007 gegen die am Kartell Beteiligten eine Geldbuße²⁰ in Höhe von insgesamt 992 Mio. Euro verhängt hatte,²¹ erhob die ÖBB im Jahre 2011 Schadensersatzklage. Sie verlangte nicht nur den Schaden ersetzt, den sie durch die mit den Kartellanten selbst geschlossenen Verträgen erlitten hatte. Sie begehrte vielmehr auch für solche Geschäfte Kompensation, die sie mit nicht am Kartell beteiligten Unternehmen geschlossen hatte.²² Die ÖBB trug vor, das Fahrstuhlkartell der beklagten Unternehmen habe dazu geführt, dass sie auch an kartellfreie Unternehmen zu viel gezahlt habe. Diese hätten im Windschatten des Kartells ihre Preise auf ein Niveau angehoben, das unter wettbewerbskonformen Umständen nicht möglich gewesen wäre. Die Differenz zwischen dem Preis, den Kartellaußenseiter unter wettbewerbskonformen Umständen verlangt hätten und dem tatsächlich gezahlten, machte die ÖBB als Preisschirmschaden geltend. Konkret trug die ÖBB vor, die Errichtungskosten für Aufzüge wären ohne das Kartell 18,14% und die für Fahrtreppen 28,01% niedriger gewesen.²³ Insgesamt sei ihr - der ÖBB - auf diese Weise ein Schaden in Höhe von über 1,8 Mio. Euro entstanden.²⁴

b. Instanzenzug

aa. Erste Instanz

Die von der ÖBB beim Handelsgericht Wien eingereichte Klage hatte nur bezüglich der geltend gemachten Preisschirmschäden keinen Erfolg. Das Gericht war der Ansicht, die Preisschirmschäden seien nicht vom Rechtswidrigkeitszusammenhang des Schutzgesetzes umfasst.²⁵ Mittelbare Schäden, namentlich Preisschirmschäden, seien lediglich eine Seitenwirkung des Kartells und daher nicht zu erstatten.²⁶ Das Erstgericht wies die Klage insoweit ab.

bb. Zweite Instanz

Das Gericht zweiter Instanz (OLG Wien) hob das erstinstanzliche Urteil auf. Es betonte, dass grundsätzlich „*jedermann*“ gem. Art. 101 AEUV berechtigt sei, Schadensersatz zu verlangen. Ein Schaden, der dadurch entstehe, dass ein Nichtbeteiligter am Kartell den durch das Kartell erhöhten Marktpreis zum Anlass nehme, selbst seine Preise zu erhöhen, „*sei grundsätzlich objektiv vorhersehbar und auch vermeidbar.*“²⁷ Es sei ferner auch von einem adäquaten Schaden auszugehen, schließlich sei der behauptete Schaden nicht nur durch außerhalb jeglicher Wahrscheinlichkeit liegende Umstände eingetreten. Der erforderliche Rechtswidrigkeitszusammenhang liege deshalb vor.

cc. Dritte Instanz

Der von den Beklagten als Revisionsgericht angerufenen Oberste Gerichtshof in Wien (OGH) war der Ansicht, die ÖBB habe nach österreichischem Recht keinen Anspruch auf Ersatz bloßer Preisschirmschäden.²⁸ Ein Schadensersatzanspruch nach österreichischem Recht setze voraus, dass (i) zwischen der Schutznorm und dem geltend gemachten Schaden ein Rechtswidrigkeitszusammenhang bestehe und (ii) der Schaden adäquat kausal auf dem Kartell beruhe.²⁹ Dies sei jedoch nicht anzunehmen, denn die Preiserhöhung der Kartellaußenseiter beruhe auf deren eigener, autonomer Entscheidung. Ein derartiges Dazwischentreten Dritter sei für die Kartellanten unvorhersehbar gewesen und unterbreche die Zurechnung.³⁰ Auch ein Rechtswidrigkeitszusammenhang sei, da die Normen allein dem Schutz von Direktabnehmern dienten, zu verneinen.

dd. Vorabentscheidungsverfahren

Der Oberste Gerichtshof in Wien bezweifelte jedoch die Vereinbarkeit seiner Auslegung mit Europarecht.³¹ Mittels Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 267 AEUV ersuchte er deshalb den EuGH um die Beantwortung folgender Frage:

„Ist Art. 101 AEUV³² dahin auszulegen, dass jedermann von Kartellanten

den Ersatz auch des Schadens verlangen kann, der ihm durch einen Kartellaußenseiter zugefügt wurde, der im Windschatten der erhöhten Marktpreise seine eigenen Preise für seine Produkte mehr anhebt, als er dies ohne das Kartell getan hätte (Umbrella Pricing), sodass der vom Gerichtshof der Europäischen Union postulierte Effektivitätsgrundsatz einen Zuspruch nach nationalem Recht verlangt?“³³

c. Das Kone-Urteil des Europäischen Gerichtshofs

Der Europäische Gerichtshof entschied über die Frage wie folgt:

„Art. 101 AEUV ist dahin auszulegen, dass er einer Auslegung und Anwendung des innerstaatlichen Rechts eines Mitgliedstaats entgegensteht, wonach es aus Rechtsgründen kategorisch ausgeschlossen ist, dass die an einem Kartell beteiligten Unternehmen für Schäden haften, die daraus resultieren, dass ein an diesem Kartell nicht beteiligtes Unternehmen in Anbetracht der Machenschaften des Kartells seine Preise höher festgesetzt hat, als es dies ohne das Kartell getan hätte.“³⁴

Der EuGH setze sich neben den Urteilen „*Courage*“³⁵ und „*Manfredi*“³⁶ insbesondere auch mit den Ausführungen von Generalanwältin Kokott³⁷ auseinander. In ihren Schlussanträgen hatte die Generalanwältin begründet, weshalb die zivilrechtliche Haftung der Kartellbeteiligten für Preisschirmeffekte ihrer Ansicht nach ein unionsrechtliches Problem sei³⁸ (vgl. dazu unten (1)) und welche Anforderungen aus unionsrechtlicher Sicht an die Feststellung der Kausalität eines Kartells für etwaige Preisschirmeffekte zu stellen seien³⁹ (vgl. dazu unten (2)). Im Ergebnis sprach sich Generalanwältin Kokott für eine Schadensersatzpflicht der Kartelltäter für Preisschirmeffekte aus, betonte jedoch zugleich, dass ihre Lösung keinesfalls pauschal auf andere Sachverhalte übertragen werden könne. Vielmehr bedürfte es stets einer Einzelfallentscheidung unter Würdigung der relevanten Umstände.⁴⁰

aa. Die zivilrechtliche Haftung von Kartellanten für Preisschirmeffekte - ein unionsrechtliches Problem?

Entgegen der Auffassung einiger Verfahrensbeteiligter⁴¹ beurteile sich - so

die Generalanwältin - die materiell-rechtliche Frage der zivilrechtlichen Haftung von Kartellbeteiligten für Preisschirmeffekte nach Unionsrecht. Dass der EuGH im „*Manfredi*“-Urteil die „*Bestimmung der Einzelheiten für die Ausübung*“ des Rechts auf Schadensersatz einschließlich derjenigen für die Anwendung des Begriffs ursächlicher Zusammenhang als „*Aufgabe des innerstaatlichen Rechts*“ beschrieb und gleichzeitig die Berücksichtigung der Europäischen Grundsätze der Äquivalenz und Effektivität forderte,⁴² betreffe allein die Frage, „*wie*“ Schadensersatz zu gewähren sei. Die Frage, „*ob*“ Schadensersatz zu gewähren sei, bestimme sich dagegen nach Unionsrecht.⁴³

Es komme darauf an, dass „*jedermann*“ Ersatz des ihm entstandenen Schadens verlangen und geltend machen könne.⁴⁴ Dieses Recht finde seine gesetzliche Grundlage in Art. 101 AEUV - es ist dem Unionsrecht inhärent.⁴⁵ Eine Frage dieser Bedeutung „*könne nicht den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten überlassen werden.*“⁴⁶ Sonst bestünde „*die Gefahr der Ungleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer.*“⁴⁷ Auf diese Weise sei nicht nur die Wirksamkeit und Effektivität des Unionsrechts gefährdet, es drohe vielmehr auch ein nicht wünschenswertes „*forum shopping*“ zwischen den Mitgliedsstaaten.⁴⁸

Der EuGH teilte diese Einschätzung nicht. Er vertrat die Auffassung, dass auch die Frage des (Nicht-)Bestehens von Schadensersatzansprüchen, namentlich die Frage des „*ob*“, nach nationalem Recht - aber europakonform - zu bestimmen sei.⁴⁹ Im Sinne des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes sei das nationale Recht so auszugestalten, dass ein Entschädigungsverlangen nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werde.⁵⁰ Auf diese Weise sei sichergestellt, dass das Schutzniveau für Kartellgeschädigte angemessen ausgestaltet werde.⁵¹

bb. Unionsrechtliche Anforderungen an die Feststellung der Kausalität

Ob kartellrechtswidriges Verhalten für entstandene Preisschirmschäden kausal ist, beurteile sich - so der EuGH und Generalanwältin *Kokott* - insbesondere anhand zweierlei Kriterien. Zum einen sei entscheidend, ob die aufgetretenen Preisschirmschäden für die Beteiligten eines Kartells

vorhersehbar waren (vgl. dazu unten (a) Vorhersehbarkeit der auf Preisschirmeffekten beruhenden Schäden). Zum anderen müsse sich eine Schadensersatzpflicht für Preisschirmschäden in das Haftungssystem des unionsrechtlichen Wettbewerbsrechts einfügen (vgl. dazu unten (b) Vereinbarkeit mit den unionsrechtlichen Wettbewerbsregeln), wobei namentlich zu untersuchen sei, ob eine derartige Schadensersatzpflicht mit dem Schutzzweck der kartellrechtlichen Vorschriften zu vereinbaren ist.⁵²

(1) Vorhersehbarkeit der auf Preisschirmeffekten beruhenden Schäden

(a) Allgemeine Maßstäbe

Kartellschäden sind vorhersehbar, wenn wettbewerbsrechtlich Zuwiderhandelnde mit ihrem Eintritt nach der allgemeinen Lebenserfahrung vernünftigerweise rechnen mussten.⁵³ Ein Schaden, der durch eine Aneinanderreihung von außerhalb jeglicher Wahrscheinlichkeit liegenden Umstände zustande kommt, ist atypisch und kann deshalb nicht als adäquat kausal qualifiziert werden.⁵⁴

(b) Ansicht OGH Wien

Der OGH ging als vorlegendes Gericht davon aus, dass die Preisschirmschäden der ÖBB für die am Kartell Beteiligten unvorhersehbar waren. Es handle sich bei den zur Diskussion stehenden Preisschirmeffekten gerade nicht um vorhersehbare Kartellfolgen, sondern lediglich um eine Seitenwirkung des Kartells.⁵⁵

(c) Ansicht des EuGH und der Generalanwältin Kokott

Der EuGH und Generalanwältin *Kokott* meinen hingegen, dass „*die Schädigung des Kunden eines nicht an einem Kartell beteiligten, aber von den wirtschaftlichen Bedingungen des „umbrella pricing“ profitierenden Unternehmens durch einen Angebotspreis, der höher ist, als er es ohne dieses Kartell gewesen wäre, zu den möglichen Folgen des Kartells gehört, die den Kartellbeteiligten nicht verborgen bleiben können.*“⁵⁶

(d) Stellungnahme

Dass Kartellaußenseiter bei der Festsetzung ihrer eigenen Preise nicht allein das Preisniveau am Markt berücksichtigen, erkennt der Oberste Gerichtshof in Wien richtig.⁵⁷ Gleichwohl missdeutet er die Relevanz des am Markt spürbaren und kartellbedingten Preisimpulses. Je bedeutender die Stellung des Kartells, desto prägender präsentiert sich jener Preisimpuls für die Preispolitik der Kartellaußenseiter.⁵⁸ Oftmals wird sich eine Preisangleichung als die einzig wirtschaftlich vernünftige und rational nachvollziehbare Reaktion⁵⁹ der Kartellaußenseiter auf das Preiskartell erweisen.⁶⁰ Die Vereinheitlichung des vom Kartell vorgegebenen Preisniveaus ist für den Erfolg des Kartells von entscheidender Bedeutung.⁶¹ Unter diesen Umständen von einer autonomen, die adäquate Kausalität ausschließende Entscheidung zu sprechen, erscheint daher verfehlt. „In einer Marktwirtschaft gehört es zum gängigen Verhaltensmuster von Unternehmen, dass sie das Marktgeschehen intensiv beobachten und in ihre eigene kaufmännische Entscheidungsfindung einpreisen.“⁶² Die Kartellbeteiligten werden geradezu darauf hoffen, dass Kartellaußenseiter ihre Preise angleichen, denn andernfalls würde sich der von ihnen festgelegte Preis nur schwer am Markt durchsetzen.⁶³

Legen Kartellaußenseiter ihre Preise also mit Blick auf das Marktverhalten der am Kartell beteiligten Unternehmen fest, so kann das vor diesem Hintergrund keinesfalls als unvorhersehbares oder überraschendes Moment qualifiziert werden.⁶⁴

(2) Vereinbarkeit mit den unionsrechtlichen Wettbewerbsregeln

Um den unionsrechtlichen Anforderungen an die Zurechenbarkeit gerecht zu werden, müssten Preisschirmschäden nicht nur vorhersehbar, sondern deren Ersatzfähigkeit auch mit dem Schutzzweck des europäischen Wettbewerbsrechts vereinbar sein.

Das unionsrechtliche Wettbewerbsrecht zeichnet sich - so EuGH und Generalanwältin *Kokott* - durch seine biopolare Durchsetzungskraft aus. Neben die öffentliche Durchsetzung (public enforcement) tritt die private Rechtsdurchsetzung (private enforcement).⁶⁵ Das Zusammenspiel von public und private enforcement soll nicht nur wirtschaftliche Schäden eines Kartellbetroffenen kompensieren. Es dient vielmehr auch dem

Bestreben, eine abschreckende Drohkulisse aufzubauen, die den freien Wettbewerb vor unerwünschten Marktmanipulationen bewahrt.⁶⁶ Das unionsrechtliche Wettbewerbsrecht, namentlich der private Rechtsschutz steht Schadensersatzklagen daher grundsätzlich offen gegenüber. Ein kategorischer Ausschluss der Ersatzfähigkeit von Preisschirmschäden lässt sich dem unionsrechtlichen Wettbewerbsrecht folglich nicht entnehmen.⁶⁷

Im „Kone“-Prozess wurde von den Beklagten ThyssenKrupp, Kone und Otis diesbezüglich moniert, dass eine zivilrechtliche Haftung der Kartellbeteiligten für Preisschirmschäden das Funktionieren der Kronzeugenregelung konterkarieren könne und insofern nicht mit dem Gesamtgefüge des unionsrechtlichen Wettbewerbsrechts kompatibel sei. Es bestünde Anlass zur Sorge, *„dass ein solcher Schadensersatz geeignet sei, die Bereitschaft der betroffenen Unternehmen zur Unterstützung der Ermittlungshandlungen der Wettbewerbsbehörden zu vermindern, was dem Effektivitätsgrundsatz widerspreche.“*⁶⁸ Ein Melden von Kartellen und Kooperieren mit Behörden sei unter derartigen Umständen wohl kaum so erfolgreich fortzuführen wie bislang. Die drohende Haftung würde Kartelltäter davon abhalten, Kartelle bei der Kommission anzuzeigen, weshalb eine Unvereinbarkeit mit den unionsrechtlichen Wettbewerbsregeln zu befürchten sei.

Diese Befürchtung hielt der EuGH für überzogen. Tatsächlich sei in Erinnerung gerufen, dass *„die Kronzeugenregelung eine von der Kommission mit ihrer Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen (ABl. 2006, C 298, S. 17) eingeführte Regelung ist, die keine Gesetzeskraft besitzt und für die Mitgliedstaaten nicht verbindlich ist (Urteil „Pfleiderer“, EU:C:2011:389, Rn. 21).“*⁶⁹ Das Argument, die Erweiterung des Anspruchsberechtigtenkreises auf Kunden von Nichtkartellanten sei mit dem Gesamtgefüge des unionsrechtlichen Wettbewerbsrechts nicht in Einklang zu bringen, vermag folglich bereits deshalb nicht zu überzeugen.

Die Generalanwältin erkannte zwar die von den Beklagten hervorgehobene Wechselbeziehung zwischen Haftungsumfang und Erfolg der Kronzeugenregelung an, betonte jedoch, dass ein mögliches Ausbleiben von kooperativen Kartellbeteiligten nicht dazu führen dürfe, Betroffenen

keine Möglichkeit des Schadensersatzes zu gewähren.⁷⁰ Ein dem Kronzeugenprogramm womöglich drohender „*chilling effect*“ rechtfertigt es nicht, legitime Interessen Geschädigter, namentlich das Begehren nach Kompensation, zu übergehen.⁷¹ Blieben Kartellbeteiligte von Schadensersatzklagen verschont, so würden geschädigte Kunden die „*finanziellen Lasten der Machenschaften eines Kartells*“ zu tragen haben.⁷²

Selbst wenn man - wie die Beklagten ThyssenKrupp, Kone und Otis - annimmt, eine den Kartellbeteiligten drohende Haftung für Preisschirmschäden wirke sich negativ auf die Wirkungskraft des Kronzeugenprogramms aus, so muss gleichermaßen bedacht werden, dass dieses Drohmoment auch positiv, da präventiv wirkt. Potentielle Kartelltäter könnten durch ein zusätzliches Haftungsrisiko von Beginn an entmutigt werden, Beteiligte einer Kartellabsprache zu werden.⁷³ Damit würde dem von der Europäischen Union ausgerufenen Ziel einer wettbewerbsfähigen und sozialen Marktwirtschaft geholfen (vgl. Art. 3 Abs. 3 EUV).⁷⁴

Auch die Befürchtung, eine zivilrechtliche Haftung für Preisschirmschäden könnte aufgrund der hohen Beweislasthürden für Preisschirmkläger und der damit einhergehenden längeren Verfahrensdauer einzelner Rechtsstreitigkeiten zu einer Überlastung der Zivilgerichte der Mitgliedstaaten führen, vermag dieses Ergebnis nicht zu erschüttern.⁷⁵ Die Annahme, dass längere Verfahren zu einer Mehr-/bzw. Überlastung der Zivilgerichte führen würden, mag plausibel klingen. Gleichwohl darf dies nicht die Vermutung zulassen, eine Schadensersatzpflicht für Preisschirmschäden sei mit den unionsrechtlichen Wettbewerbsregeln unvereinbar, bzw. nicht von deren Schutzzweck umfasst. Ein für Preisschirmkläger vermeintlich hoher Aufwand darf nicht zur Verweigerung eines Gerichtsverfahrens führen. Sowohl Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV⁷⁶ als auch Art. 47 Abs. 1 der Charta der Grundrechte⁷⁷ garantieren einen wirksamen Rechtsschutz innerhalb der Europäischen Union.⁷⁸ Dieser für unser demokratisches Zusammenleben schlechthin konstituierende Grundsatz wäre gefährdet, würde eine Schadensersatzpflicht für Preisschirmschäden allein aus

diesem Grund abgelehnt und mit dem unionsrechtlichen Wettbewerbsrecht für unvereinbar erklärt werden.⁷⁹

Auch der von den Beklagten in diesem Zusammenhang vorgebrachte Einwand, eine Haftung für Preisschirmeffekte habe den Charakter eines Strafschadensersatzes und sei deshalb nicht mit den unionsrechtlichen Wettbewerbsregeln vereinbar, ist haltlos.⁸⁰ Eine Kompensation erlittener Schäden lässt Kartelltäter lediglich für das von ihnen (Mit)Verursachte haften.⁸¹ Rechtssystematisch betont der EuGH, „*dass die Regeln über die außervertragliche Haftung die Höhe eines ersatzfähigen Schadens nicht von dem Gewinn abhängig machen, den der Schadenverursacher erzielt hat.*“⁸² Eine Überkompensation findet deshalb nicht statt.

Zuletzt stellt Generalanwältin Kokott heraus, dass eine Ergänzung des „*private enforcement*“ um eine Schadensersatzpflicht von Kartellanten für Preisschirmschäden auch wirtschaftspolitisch zu begrüßen sei, da auf diese Weise das Vertrauen in die europäischen Wettbewerbsregeln gestärkt werde.⁸³

cc. Zwischenergebnis

Nach Ansicht des EuGH und der Generalanwältin *Kokott* ist die Ersatzfähigkeit von Preisschirmeffekten vom Schutzzweck der unionsrechtlichen Wettbewerbsnormen erfasst.⁸⁴ Eine Einbettung in das System der Durchsetzung der Wettbewerbsregeln sei geboten und möglich.⁸⁵ Hiervon abweichende Ansichten seien nicht überzeugend.⁸⁶

III. Der Umgang mit dem Problem der kartellrechtlichen Haftung für Preisschirmeffekte im U.S.-amerikanischen Rechtsraum

Nachdem der Umgang mit dem Problem aus europäischer Perspektive skizziert wurde, soll nun - bevor eine detaillierte Besprechung der Thematik erfolgt - rechtsvergleichend auf das U.S.-amerikanische Rechtssystem geblickt werden. Die kartellrechtliche Haftung für Preisschirmschäden ist in den USA schon seit längerem Gegenstand von Gerichtsentscheidungen. Eine herrschende Meinung scheint sich noch nicht gefunden zu haben. Die divergierenden Rechtsauffassungen sollen im Folgenden besprochen werden, wobei insbesondere zu untersuchen sein wird, mit welchen Argumenten die Richterinnen und Richter eine Haftung von Kartelltätern für Preisschirmschäden begründen bzw. ablehnen.

1. Fehlende höchstrichterliche Rechtsprechung

Auch wenn die höchstrichterliche U.S.-amerikanische Rechtsprechung - namentlich der U.S. Supreme Court - zu der Frage, ob Preisschirmgeschädigte als Aktivlegitimierte im Rahmen eines kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs anzusehen sind, noch nicht ausdrücklich Stellung bezogen hat⁸⁷, lässt sich den bisher ergangenen Entscheidungen entnehmen, dass hiervon⁸⁸ jedenfalls nicht ohne Weiteres auszugehen ist.⁸⁹

Im Jahre 1986 urteilte der U.S. Supreme Court: *„A showing of antitrust injury is necessary, but not always sufficient, to establish standing under Section 4, because a party may have suffered antitrust injury but may not be a proper plaintiff under Section 4 for other reasons.“*⁹⁰

Unter welchen Umständen von einem „*proper plaintiff*“ ausgegangen werden dürfe, versuchte der U.S. Supreme Court bereits drei Jahre zuvor (1983) in *„Associated General Contractors v. California State Council of Carpenters (AGC)“*⁹¹ festzulegen, um District und Circuit Courts entsprechende Maßstäbe an die Hand zu geben.⁹² Danach muss der geltend gemachte Schaden (1) kausal auf die Zuwiderhandlung zurückzuführen sein, es muss (2) die Person des Geschädigten bestimmt werden, der

Schaden darf (3) nicht „*spekulativ*“ sein, es darf (4) nicht die Gefahr der Doppelerstattung bestehen und es ist (5) zu überprüfen, ob es andere, direktere Geschädigte gibt.⁹³

Andere im Sinne von konkreteren - die Frage der Aktivlegitimation von Preisschirmgeschädigten betreffende - Maßstäbe, sind der Rechtsprechung des U.S. Supreme Courts bislang nicht zu entnehmen. District und Circuit Courts haben sich an jenen - in der Rechtssache AGC formulierten - allgemeinen Kriterien zu orientieren und müssen ihre eigene Rechtsprechungslinie entwickeln. Bei derart vagen Vorgaben verwundert es nicht, dass die U.S. amerikanische Rechtsprechung in diesem Aspekt gespalten und in höchstem Maße divergierend ist. So lassen sich ebenso viele Gerichtsentscheidungen finden, die eine Aktivlegitimation von Preisschirmgeschädigten ausdrücklich verneinen (siehe unten 2. Gerichtsurteile - contra Aktivlegitimation), wie solche, die Schadensersatzklagen von umbrella plaintiffs stattgeben (siehe unten 3. Gerichtsurteile - pro Aktivlegitimation).

2. Gerichtsurteile - contra Aktivlegitimation

Bereits im Jahre 1979 - also noch bevor die soeben zitierten U.S. Supreme Court Entscheidungen ergingen - hatte sich der Third Circuit im Rahmen des Rechtsstreits „*Mid-West Paper Products*“⁹⁴ mit der Anspruchsberechtigung eines Preisschirmgeschädigten zu befassen. Im Ergebnis verneinte er diese, wobei er im Rahmen der Urteilsfindung jene Kriterien heranzog, die später auch der Supreme Court als maßgebliche Kriterien auswies. So scheiterte der Anspruch nicht nur an der fehlenden Kausalität,⁹⁵ sondern auch an seiner spekulativen Schadensberechnung.⁹⁶ Einen jeglichen Bedenken ausräumenden, zur konkreten Bezifferung der Schadenshöhe erforderlichen und geeigneten Arbeitsaufwand wollte man bewusst vermeiden. Ein solcher wäre nicht nur zu komplex gewesen, sondern hätte auch dem in der Rechtssache „*Illinois Brick*“⁹⁷ aufgestellten Grundsatz, besonders schwierige Verfahren zu unterlassen, widersprochen.⁹⁸ Darüber hinaus argumentierte man, eine Haftung der Beklagten komme bereits deshalb nicht in Betracht, weil Letztgenannte aus dem zwischen Nichtkartellant und Kläger geschlossenen Geschäft

keinen eigenen Profit geschlagen hätten.⁹⁹ Ließe man derartige Schadensersatzklagen zu, könnte dies zu einer für den Kartellanten ruinösen Schadenssumme führen.¹⁰⁰

Das Urteil verneint eine Aktivlegitimation von Preisschirmgeschädigten in besonderer Deutlichkeit. Die hiervon abweichende Meinung Judge *Higginbothams* soll an dieser Stelle jedoch nicht unerwähnt bleiben. Er machte darauf aufmerksam, dass auf diese Weise nicht nur ein erlittener Schaden kompensationslos bleibe,¹⁰¹ sondern auch die Wirkungskraft des privaten Rechtsschutzes gestört werde, da nicht auszuschließen sei, dass andere Schadensersatzberechtigte auf die Geltendmachung ihres Schadens - beispielsweise zum Wohl und zur Erhaltung langjähriger Lieferbeziehungen - verzichten.¹⁰² Seine Einschätzung benennt wichtige Aspekte, die auch - wie später zu zeigen sein wird - in anderen, die Aktivlegitimation von Preisschirmgeschädigten bejahenden Rechtsstreitigkeiten zum Tragen kommen werden.

In den nachfolgenden Entscheidungen der District und Circuit Courts wurden die vorgestellten Kriterien des Supreme Courts - zum Teil in unterschiedlicher Gewichtung¹⁰³ - aufgegriffen und als entscheidungserhebliche Abwägungsfaktoren herangezogen.

So wurde die Aktivlegitimation eines Preisschirmklägers in der Rechtssache „*FTC v. Mylan Lab, Inc.*“¹⁰⁴ mit folgendem Argument abgelehnt: „*The main difficulty with the umbrella theory is that, even in the context of a single level of distribution, ascertaining the appropriate measure of damages is a highly speculative endeavor*“.¹⁰⁵

Auch im Fall „*Petroleum Products*“¹⁰⁶ wurde der Schadensersatzklage eines Preisschirmgeschädigten nicht stattgegeben. Dort wurde nicht nur erneut betont, dass Schadensersatzklagen von Preisschirmgeschädigten „*unacceptably speculative and complex*“¹⁰⁷ seien, sondern auch darauf hingewiesen, dass die Gefahr der Doppelkompensation bestehe.¹⁰⁸

Dass schließlich auch in der Rechtssache „*New Balance*“ die Aktivlegitimation des Geschädigten abgelehnt wurde, erklärten die Richter mit der fehlenden Kausalität zwischen kartellrechtlicher Zuwiderhandlung

und eingetretenem Schaden.¹⁰⁹

In der Zusammenschau wird deutlich, dass zahlreiche Gerichte die Aktivlegitimation von Preisschirmgeschädigten verneint haben.¹¹⁰ Dabei zeigte sich, dass meist die spekulative und schwierige Art der konkreten Schadensberechnung, die Gefahr der Doppelkompensation, die Komplexität der konkreten Schadensaufteilung und das Kriterium der Kausalität die Gründe waren, die das Gericht zur Rechtfertigung seiner Entscheidung vorbrachte.

3. Gerichtsurteile - pro Aktivlegitimation

Freilich wurde auch einigen Schadensersatzklagen von Preisschirmgeschädigten stattgegeben. So bestätigte der Fifth Circuit Court 1979 - im Jahr der „*Mid-West Paper Products*“ Entscheidung - in der Rechtssache „*In re Beef Industry Antitrust Litigation*“¹¹¹ die Aktivlegitimation eines Preisschirmgeschädigten und gab damit erstmals der Schadensersatzklage eines Preisschirmgeschädigten statt. Man begründete die Entscheidung wie folgt: „*We disagree with the recent ruling of a divided panel of the Third Circuit Court of Appeals that one who deals with a non-conspiring competitor of price-fixing firms lacks standing to sue those firms for treble damages. (See Mid-West Paper Products Co. v. Continental Group, Inc., supra note 23, 596 F.2d 587.) That decision supports the appellants' contention, for if a person who deals directly with a non-conspiring competitor lacks standing, then an indirect purchaser from, or an indirect seller to, a non-conspiring competitor of the defendants a fortiori lacks standing. We agree with the dissent in Mid-West Paper Products that such a plaintiff satisfies the "target area" test for standing (...) and that the injury suffered by such a plaintiff satisfies the tests for proximate causation. (See 596 F.2d at 597)*“¹¹²

Bereits zwei Jahre später wurde zwei weiteren Schadensersatzklagen von Preisschirmgeschädigten stattgegeben. Sowohl in „*Pollock v. Citrus Associates, Inc.*“¹¹³ als auch in „*In re Bristol Bay, Alaska, Salmon Fishery Antitrust Litigation*“¹¹⁴ gingen die Gerichte von der Aktivlegitimation der

Kläger aus. Im Fall „*Pollock v. Citrus Associates, Inc.*“ wiesen die Richter insbesondere darauf hin, dass es für das Bestehen eines Schadensersatzanspruchs nicht darauf ankommen kann, ob der Kläger seinen Vertrag unmittelbar mit einem Kartelltäter oder mit einem anderen Marktakteur abschließt,¹¹⁵ während in „*In re Bristol Bay*“ nicht nur die Tatsache, dass die Schadensberechnung keineswegs komplexer als bei anderen Schadensersatzklagen - beispielsweise solcher von Direktabnehmern - ausfalle, betont wurde,¹¹⁶ sondern auch die von Kritikern geäußerte Befürchtung ausgeschlossen wurde, es könne durch das Zugestehen von Preisschirmklagen zu einer Doppelkompensation kommen.¹¹⁷ Zweifel daran, dass die Kausalitätsanforderungen erfüllt waren, bestanden nicht.¹¹⁸

Ebenso urteilte der U.S. District Court for the Western District of Wisconsin in der Sache „*In re Copper Antitrust Litigation*“¹¹⁹ im Jahr 2000. Schulbuchartig prüfte das Gericht die in der Entscheidung „AGC“¹²⁰ entwickelten Kriterien in Hinblick auf eine Aktivlegitimation des Preisschirmgeschädigten. Dabei bejahte es die Kausalität zwischen Zuwiderhandlung und geltend gemachtem Schaden auf der einen Seite¹²¹ und verneinte die Gefahr einer Doppelkompensation¹²² oder einer spekulativen Schadenssumme¹²³ auf der anderen Seite. Im Ergebnis lehnte es damit den Antrag der Beklagten, die geltend gemachte Schadensersatzklage zu verwerfen, ab und bescheinigte dem Begehren der Kläger „*antitrust standing*“.¹²⁴

Weitere drei Jahre später (2003) gab der Seventh Circuit einer Preisschirmklage in der Rechtssache „*United States Gypsum (USG) Company v. Indiana Gas Company Incorporated*“¹²⁵ statt, nachdem die Klage zuvor vom District Court mit dem Argument, USG sei keine Direktabnehmerin der Beklagten gewesen, abgewiesen wurde. Während die Richter des Circuit Courts zunächst darauf hinwiesen, dass Grundvoraussetzung einer jeden Schadensersatzklage die persönliche Betroffenheit sei,¹²⁶ wurde festgestellt, dass Kunden von Nichtkartellanten ebenso einen höheren Preis zahlen wie Kunden von Kartellanten.¹²⁷ Die Richter räumten ein, dass Schadensersatzklagen von Preisschirmgeschädigten bisweilen Schwierigkeiten hervorrufen

können,¹²⁸ wiesen jedoch darauf hin, dass sich solche im vorliegenden Fall nicht stellen. Ohne weitere argumentative Grundlage fassten sie wie folgt zusammen und gaben der Schadensersatzklage USG's statt: „*It is enough to reiterate, as Loeb holds, that the buyers from fringe firms suffer antitrust injury, that their complaints cannot be dismissed at the outset under the Illinois Brick doctrine, and that the potential to establish injury through elevation of price in the affected market satisfies any distinct “antitrust standing” requirement.*“¹²⁹

4. Zusammenfassung

In zahlreichen Gerichtsentscheidungen gaben U.S.-amerikanische Richter und Richterinnen schadensersatzrechtlichen Preisschirmklagen statt.¹³⁰ Die tragenden Argumente waren dabei regelmäßig an die Gedanken der Kompensation, der Abschreckung und einer Stärkung des privaten Rechtsschutzes angelehnt. Gleichwohl ist die U.S.-amerikanische Entscheidungspraxis, was die Frage der Aktivlegitimation von Preisschirmgeschädigten angeht, divergent, denn es lassen sich auch zahlreiche Urteile finden, in denen dem Schadensersatzbegehren eines Preisschirmgeschädigten nicht stattgegeben wurde. In diesen Fällen wurden die fehlende Zurechenbarkeit, das Problem der Schadensbezifferung und/oder die Gefahr der Doppelkompensation gerügt. In der Gesamtschau scheinen die Ansichten beider Lager zu gegensätzlich, als dass davon ausgegangen werden könnte, dass sich in absehbarer Zeit die eine gegenüber der anderen Ansicht durchsetzt. Es wird wohl einer höchstrichterlichen Entscheidung des U.S. Supreme Courts bedürfen, um eine Vereinheitlichung der Rechtsprechungspraxis in den Vereinigten Staaten zu erreichen. Ohne diese droht sich die Divergenz zu vertiefen.

Richtungsweisende Folgerungen für den europäischen oder deutschen Rechtsraum können der Rechtslage in den USA jedenfalls nicht entnommen werden. Gleichwohl kommt den skizzierten Argumentationssträngen rechtssystemübergreifende Gültigkeit zu. Auch in der hier zu Lande stattfindenden Diskussion werden ähnliche Argumentationsmuster verwendet. In den folgenden Abschnitten können sie aufgegriffen, vertieft und im deutschen Rechtskontext bewertet werden.

IV. Juristische und ökonomische Analyse

1. Das Entstehen von Preisschirmeffekten und deren Folgen

Im Folgenden sollen die für das Zustandekommen von Preisschirmeffekten typischen Marktbedingungen herausgearbeitet und auf ihre zwingende Notwendigkeit hin untersucht werden.

a. Marktbedingungen für Preisschirmeffekte nach *Blair* und *Maurer*

Insbesondere *Blair* und *Maurer* haben entscheidend zum Verständnis von Preisschirmeffekten und daraus resultierenden Preisschirmschäden beigetragen.¹³¹

aa. Modellannahmen - *Blair* und *Maurer*

Ihr Modell basiert auf folgenden Annahmen:

- *Blair* und *Maurer* gehen von einem Markt mit einigen große Unternehmen aus, welche die Preisbildung maßgeblich determinieren. Diese Unternehmen haben untereinander Kartellabsprachen bezüglich bestimmter Warenpreise oder Angebotsmengen getroffen.
- Neben den Kartelltätern sollen sich auf dem Markt weitere, kleine Unternehmen befinden, deren Markteinfluss gering und deren Angebotselastizität begrenzt ist. Ihre eigenen Produktpreise passen sie in der Regel den Preisvorgaben der großen, preisbestimmenden Unternehmen an. Es handelt es sich bei den Kartellaußenseitern daher um sog. Preisnehmer (engl. „*price taker*“). Der relevante Markt wird von den Kartellanten folglich nicht alleine abgedeckt.
- Bei den kartellierten Produkten handelt es sich um homogene Produkte, sodass das für die Kaufentscheidung potentieller Kunden entscheidende Kriterium allein der Preis sein wird.
- Schließlich legen *Blair* und *Maurer* ihrer Analyse zugrunde, dass sowohl Kartellanten also auch Kartellaußenseiter unter steigenden Grenzkosten produzieren.

Bevor unter Zugrundelegung dieser Modellannahmen das Entstehen von Preisschirmeffekten zu skizzieren sein wird, soll darauf hingewiesen werden, dass die Wahl des Kartellpreises, nicht nur für die Stabilität des Kartells, sondern auch für die Reaktion der Wettbewerber und das Ausmaß eines Preisschirmeffekts, von entscheidender Bedeutung ist.¹³² Denn nur wenn sich das kartellbedingte Preisniveau durchsetzt, kann es auf das Verhalten der Kartellaußenseiter abfärben. Je eher dabei die von den Kartellanten prognostizierte Reaktion dem tatsächlichen Verhalten der Nichtkartellanten entspricht, desto wirkungsvoller wird ein Kartell sein. Welche Möglichkeiten der Reaktion zur Auswahl stehen, wird im Folgenden zu beschreiben sein.

bb. Handlungsvarianten

Grundsätzlich stehen Kartellaußenseitern drei Handlungsvarianten zur Auswahl:

1. Variante: Kartellaußenseiter als reine „*price taker*“

Kartellaußenseiter treten als sog. „*price taker*“ (zu dt. Preisnehmer) auf, wenn sie den Kartellpreis adaptieren und ihre Preise dem Kartellpreis anpassen. Diese Reaktion würde dem Kartell zu größtmöglicher Wirkung verhelfen, wird doch das homogene Gut¹³³ fortan am Markt ausschließlich zum Kartellpreis erhältlich sein. Ein solches Szenario stellt den wohl klassischen Fall eines Preisschirmeffekts dar. Kartellaußenseiter nutzen - bildlich gesprochen - den durch das Kartell aufgespannten Preisschirm, um in dessen Schatten den Preis ihrer eigenen Produkte zu erhöhen. Alle Abnehmer des kartellierten Produkts sind auf diese Weise gezwungen, das homogene Gut zum wettbewerbsmanipulierten Kartellpreis zu erwerben, sodass folglich, sowohl die Abnehmer der Kartellanten als auch die Kunden der Nichtkartellanten den gleichen Kartellschaden erleiden.¹³⁴ Entscheidend ist, dass auf diese Weise nicht nur die Kartelldelinquenten selbst, sondern auch Kartellaußenseiter von der Kartellbildung profitieren.¹³⁵ Wie stark Kartellaußenseiter den von einer Kartellabsprache ausgehenden Preissetzungsspielraum tatsächlich nutzen und von diesem profitieren können, hängt jedoch vom Einzelfall ab. Grundsätzlich spricht

ein hoher Grad an Substituierbarkeit für ein großes Gewinnpotenzial. Gleichwohl können Wechselkosten oder ein ausgeprägter Randwettbewerb den Preissetzungsspielraum für Nichtkartellanten deutlich begrenzen.¹³⁶ Geht man beispielsweise davon aus, dass der Marktpreis kartellbedingt bei 120 liegt, so würden Wechselkosten in Höhe von 5 den Preissetzungsspielraum für Kartellaußenseiter auf 115 begrenzen.¹³⁷ Denn diese Aufwendungen stellen sich für Konsumenten als „Kosten der Substitution dar, die durch den Preisvorteil infolge des Wechsels kompensiert werden müssen“.¹³⁸ Insofern schränken sie den Preiserhöhungsspielraum für Nichtkartellanten ein. Ähnlich beschränkend kann auch ein ausgeprägter Randwettbewerb wirken. Denn während ein einzelner Außenstehender seinen Preis (fast) vollkommen¹³⁹ dem Kartellpreis anpassen kann, wird in Situationen, in denen mehrere Kartellunbeteiligte im Markt untereinander konkurrieren, ein gegenseitiges Unterbieten stattfinden. Herrscht beispielsweise ein kartellbedingtes Preisniveau von 120, so wird der erste Außenseiter einen Preis von 119 festlegen, der zweite einen von 118, der dritte einen von 117 usw. Der Wettbewerb der Nichtkartellanten drückt den Marktpreis wieder in Richtung des ursprünglichen Wettbewerbsniveaus.¹⁴⁰ Das Potential von einer Kartellabsprache zu profitieren, kann für Kartellaußenseiter deshalb durchaus stark eingeschränkt sein.

2. Variante: Ausweitung der eigenen Angebotsmenge unter Inkaufnahme steigender Grenzkosten

Kommt es Kartellaußenseitern darauf an, die auf dem Markt vorhandene Nachfrage abzugreifen, werden sie ihre eigene Angebotsmenge unter Inkaufnahme steigender Grenzkosten erhöhen,¹⁴¹ anstatt den Kartellpreis zu adaptieren (sog. „strategische Kartellaußenseiter“).¹⁴² Typischerweise hat dies einen Preisanstieg¹⁴³ des homogenen Produkts zur Folge.¹⁴⁴ Eine derartige Reaktion ist aber nur solchen Kartellaußenseitern möglich, die über eine gewisse Angebotselastizität verfügen.¹⁴⁵ Unter wettbewerbsstrategischen Gesichtspunkten bietet diese Handlungsvariante für Nichtkartellanten den Vorteil, dass eine Nachfrageverlagerung zu ihren Gunsten erfolgt.¹⁴⁶ Dabei fällt jene Nachfrageverlagerung umso gravierender aus, je vergleichbarer die Produkte sind, da bei vollständiger

Homogenität¹⁴⁷ allein der Produktpreis maßgebliches Auswahlkriterium für die Kaufentscheidung ist.¹⁴⁸ Eine zeitgleiche Gewinnmaximierung durch Anpassung der eigenen Preise an den Kartellpreis ist jedoch - bedingt durch die Tatsache, dass es sich bei Nachfrage und Produktpreis um zwei voneinander abhängige Faktoren handelt¹⁴⁹ - nicht möglich. Steigt der Preis, sinkt die Nachfrage; sinkt der Preis, steigt die Nachfrage.¹⁵⁰

Preisschirmeffekte fallen im Rahmen dieser Handlungsvariante daher deutlich geringer aus als in der zuvor dargestellten. Allein der grenzkostenbedingte Preisanstieg des Produktes erweist sich hier als Ursache für einen Preisschirmeffekt.

3. Variante: Kombination aus Preisangleichung und Ausweitung der Angebotsmenge

Schließlich können Kartellaußenseiter durch Kombination aus Preisangleichung und Ausweitung der Angebotsmenge die eigene Gewinnmarge erhöhen und zugleich neue Marktanteile gewinnen. Welche der beiden Komponenten (Preisangleichung oder Angebotsausweitung) Nichtkartellanten stärker verfolgen, hängt von ihrer Kapazität und von ihrem Interesse ab. Geht es darum, die Gewinnmarge zu steigern, so gleichen sie ihren Preis dem manipulierten Kartellpreis an. Planen die Nichtkartellanten dagegen, Marktanteile der Kartellbeteiligten abzugreifen, weiten sie ihre eigene Angebotsmenge aus und wälzen lediglich die hierdurch eventuell zusätzlich anfallenden Grenzkosten auf die Kunden ab.

Preisschirmeffekte treten somit auch in diesem Szenario auf.

b. Alternative Marktbedingungen für Preisschirmeffekte?

Dass Kartellabsprachen bei Zugrundelegung oben vorgestellter Modellannahmen regelmäßig zu einer Abnahme der Wettbewerbsintensität.¹⁵¹ und zur Verursachung von Preisschirmeffekten führen, wurde gezeigt. Dies ist ihnen inhärent. Wäre dem nicht so,

bestünde kein Anlass sie zu verbieten.¹⁵² Häufig werden diese Marktbedingungen in der Praxis schwer nachweisbar sein. Im Folgenden wird deshalb untersucht, ob die Annahmen von *Blair* und *Maurer* notwendige Bedingung für das Entstehen von Preisschirmeffekten sind, oder ob nicht auch andere Marktbedingungen Preisschirmeffekte ermöglichen.

aa. Randwettbewerb

Blair und *Maurer* gehen von einem Markt aus, auf dem neben den marktdominierenden Unternehmen als Kartelltäter weitere, kleinere Unternehmen als Kartellaußenseiter existieren. Die Frage, ob Letztgenannte dem relevanten Markt zuzuordnen, oder ob es sich um Unternehmen handelt, die abseits des kartellierten Marktes agieren, hängt von der Bestimmung des relevanten Marktes ab. Dies wiederum richtet sich danach, ob die von den Parteien angebotenen Leistungen als homogen zu bewerten sind.

bb. Homogenes Produkt

Fraglich ist folglich, ob das Zusammentreffen homogener Leistungen für das Entstehen von Preisschirmeffekten notwendige Voraussetzung ist. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes werden Produkte - im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung unter Zugrundelegung des Bedarfsmarktkonzepts - als homogen qualifiziert, wenn sie aus Sicht der Nachfrager nach Eigenschaft, Verwendungszweck und Preislage zur Deckung eines bestimmten Bedarfs austauschbar sind.¹⁵³ Entscheidend ist demnach die funktionale Austauschbarkeit der Produkte aus dem Blickwinkel der Abnehmer.¹⁵⁴

(1) Die Kreuzpreiselastizität und der SSNIP-Test als Instrumente zur Bestimmung der Produkthomogenität

Die Europäische Kommission bestimmt die Homogenität - die funktionale Austauschbarkeit - zweier Produkte im Rahmen des SSNIP-Tests¹⁵⁵ anhand der Kreuzpreiselastizität,¹⁵⁶ um festzustellen, ob bzw. wie stark sich die Nachfrage eines Gutes - bei zeitgleicher Preissteigerung eines

anderen Gutes - verändert.¹⁵⁷ Durch die Division von prozentualer Nachfrageveränderung des abhängigen Gutes (M%) und prozentualer Preissteigerung des unabhängigen Gutes (P%) kann eine Mengenveränderung errechnet werden: die Kreuzpreiselastizität = $M\%/P\%$.¹⁵⁸ Da für die Thematik der Preisschirmeffekte allein die positive Kreuzpreiselastizität von Bedeutung sein wird, gilt es jene zunächst von der negativen Kreuzpreiselastizität abzugrenzen. Letztgenannte tritt regelmäßig bei sich gegenseitig ergänzenden Gütern (Komplementärgütern) in Erscheinung; so führt ein Preisanstieg des einen Gutes zum Nachfragerückgang des anderen Gutes (negative Kreuzpreiselastizität).¹⁵⁹ Umgekehrt ist die Kreuzpreiselastizität sich ersetzender Güter (Substitutionsgüter) positiv,¹⁶⁰ denn der Preisanstieg des einen Gutes führt zu einer erhöhten Nachfrage des Anderen (positive Kreuzpreiselastizität).¹⁶¹ Für die Analyse von Preisschirmeffekten/-schäden kommt es allein auf sich ersetzende Güter an, sodass sich die Bestimmung der Homogenität ausschließlich anhand der positiven Kreuzpreiselastizität errechnen lässt.

Im Rahmen des SSNIP-Tests wird nun auf eben jene Kreuzpreiselastizität als Messgröße zur Berechnung von Nachfrageveränderungen zurückgegriffen. Es wird untersucht, ob Abnehmer bei einer dauerhaften Preiserhöhung von ca. 5% - 10% des einen Produkts auf ein anderes ausweichen.¹⁶² Sofern ein Preisanstieg von 5% - 10% zu einer Nachfrageverlagerung führt, handelt es sich bei den untersuchten, sich gegenseitig ersetzenden Produkten um homogene Güter im Sinne des SSNIP-Tests.

(2) Kritik

Um die aus dem SSNIP-Test gewonnenen Ergebnisse richtig einzuordnen, gilt es eines zu bedenken: Wenn bereits eine Preissteigerung von nur wenigen Prozentpunkten zu einer Nachfrageverlagerung führt, so liegt die Vermutung nah, dass sich die analysierten Produkte besonders ähnlich sind, denn andernfalls würde eine derart geringe Preissteigerung kaum zur Veränderung des Nachfrageverhaltens führen.¹⁶³ Nach den Maßstäben des SSNIP-Test wird somit nur solchen Produkten das „*Siegel der Homogenität verliehen*“, die sich besonders ähnlich sind.

Daran anknüpfend erscheint es fraglich, ob die Maßstäbe des SSNIP-Tests für die Zwecke der kartellrechtlichen Marktabgrenzung zu streng sind. So führen Kartellabsprachen regelmäßig zu deutlich höheren Preissteigerungen,¹⁶⁴ In der Vergangenheit konnten in Einzelfällen sogar Preisanstiege von 30% - 40% nachgewiesen werden.¹⁶⁵ Offensichtlich würden derartige Preissteigerungen zu Nachfrageveränderungen auch bei solchen Produkten führen, deren Nachfragestruktur bei einer zehnpromzentigen Preiserhöhung noch keinerlei Beeinflussung erfährt. Diese Produkte wären nach den Maßstäben des SSNIP-Tests als heterogen zu bewerten und würden in Folge dessen auch nicht dem relevanten kartellierten Markt zugeordnet werden.

So drängt sich die Frage auf, ob der SSNIP-Test tatsächlich geeignet ist, eine angemessene Klassifizierung zwischen homogenen und heterogenen Produkten zu gewährleisten.¹⁶⁶ In der Tat werden durch den SSNIP-Test viele Produkte nicht dem relevanten Markt des kartellierten Guts zugeordnet, obwohl zwischen beiden Produkten, jedenfalls bei einer Preissteigerungen des kartellierten Produkts von mehr als 10%, eine Elastizität nachzuweisen wäre.¹⁶⁷ Wettbewerbsrechtlichen Analysen droht so eine fehlerhafte Bestimmung des relevanten Marktes.¹⁶⁸

Es wäre daher erforderlich, leichte Veränderungen am SSNIP-Test vorzunehmen. Durch eine Erhöhung der Preissteigerungsgrenze auf beispielsweise 20% würde nicht nur die tatsächliche Marktsituation und gegenseitige Verbundenheit realitätsgetreuer abgebildet, sondern auch eine vernünftige Grundlage zur Klassifizierung von Produkten geschaffen werden.¹⁶⁹

(3) Zwischenergebnis

Sprechen *Blair* und *Maurer* von homogenen Gütern, unterfallen dieser Definition nur solche Produkte, die bereits bei einer Preiserhöhung des kartellierten Produkts von 10% eine Nachfrageverschiebung erfahren.¹⁷⁰ Es wird daneben jedoch eine Vielzahl weiterer Produkte geben, auf die die Abnehmer erst dann ausweichen, wenn die Preissteigerung des kartellierten Produkts mehr als 10% beträgt (Substitutionsgüter). Eine Nachfrageverlagerung von den kartellierten Produkten hin zu den

Substitutionsgütern wird daher, wie auch bei homogenen Gütern, einen Preisanstieg - einen Preisschirmeffekt - zur Folge haben.¹⁷¹ Dieser wird schwächer als bei homogenen Gütern ausfallen, doch wird es ein vollständiges Ausbleiben nicht geben.¹⁷² Das Ausmaß eines Preisschirmeffekts steht somit in Korrelation zum Grad der Substituierbarkeit. Je größer der Grad an Substituierbarkeit, desto höher die Nachfrageelastizität und desto ausgeprägter der Preisschirmeffekt.¹⁷³

Dies zeigt, dass homogene Güter - wie es die Modellannahme von *Blair* und *Maurer* voraussetzt - zwar das Entstehen von Preisschirmeffekten erklären können, nicht jedoch notwendige Bedingung sind. Dies gilt gleichermaßen für das Vorliegen von Randwettbewerb. Auch diese Variable begünstigt zwar das Auftreten von Preisschirmeffekten; zwingend erforderlich ist sie jedoch nicht.

cc. Produzieren unter steigenden Grenzkosten

Das Modell von *Blair* und *Maurer* basiert des Weiteren auf der Annahme, dass alle Anbieter unter steigenden Grenzkosten produzieren.¹⁷⁴ Eine Ausweitung der eigenen Produktion führt demnach, namentlich durch das Überschreiten eigener Kapazitätsgrenzen, zu zusätzlichen (sprungfixen) Kosten.

Vereinbaren Kartellbeteiligte, die vorhandene Angebotsmenge des kartellbefangenen Produkts zu reduzieren, werden Kartellaußenseiter - sofern es ihrem Interesse entspricht - versuchen, dieses Angebotsdefizit durch eine Ausweitung ihrer eigenen Produktion zu kompensieren. Sie hoffen auf ein Abgreifen von Marktanteilen.¹⁷⁵ Die hierbei zusätzlich anfallenden Kosten werden Nichtkartellanten in Form von Preisauflagen an die Konsumenten weiterreichen. Es entsteht ein Preisschirmeffekt.

Nimmt man - anders als es *Blair* und *Maurer* voraussetzen - an, eine Produktionsausweitung könnte ohne eine Steigerung der Grenzkosten erfolgen, so wäre es Nichtkartellanten möglich, das aufgrund der reduzierten Angebotsmenge verursachte Nachfragedefizit auszugleichen, ohne gleichzeitig die eigenen Produktpreise erhöhen zu *müssen*, um

profitabel zu wirtschaften. Die Betonung liegt hier auf „*müssen*“. Produzieren Nichtkartellanten ohne steigende Grenzkosten, so „*müssen*“ sie keine erhöhten Kosten an die Verbraucher durchreichen - „*können*“, können sie dies natürlich trotzdem.¹⁷⁶ Selbstverständlich steht es Nichtkartellanten offen, aus anderen Gründen die eigenen Produktpreise zu erhöhen. Einem „*wirtschaftlichen Zwang*“ - und dies ist der wesentliche Unterschied zu einem Nichtkartellanten, der unter steigenden Grenzkosten produziert - , unterliegen sie aber gerade nicht.

Produzieren Kartellaußenseiter unter steigenden Grenzkosten, führt dies folglich notwendigerweise zur Verursachung von Preisschirmschäden. Gleichwohl können Preisschirmeffekte auch andere Ursachen haben.

dd. Nichtkartellanten als Preisnehmer

Das Modell von *Blair* und *Maurer* beruht des Weiteren auf der Annahme, dass Kartellaußenseiter als sog. „*price taker*“ (dt. Preisnehmer) agieren. Diese Gruppe gilt es von strategisch handelnden Kartellaußenseitern abzugrenzen, um den Einfluss des jeweiligen Verhaltens auf das mögliche Zustandekommen von Preisschirmeffekten zu untersuchen. Während Preisnehmer den - von den dominierenden Unternehmen festgelegten - Marktpreis als gegeben hinnehmen und ihre Preise lediglich dem Kartellpreis anpassen,¹⁷⁷ zeichnen sich strategische Kartellaußenseiter - wie der Name verrät - durch ihr strategisches Agieren am Markt aus. Anders als Preisnehmer legen sie ihren Produktpreis nicht durch bloße Adaptation des Kartellpreises fest. Sie versuchen vielmehr die Auswirkungen ihrer eigenen Preispolitik am Markt zu prognostizieren und machen die konkrete Preishöhe von ihren Analyseergebnissen abhängig.

Dass es bei einem für Preisnehmer typischen Verhalten zur Entstehung von Preisschirmeffekten kommt, ist offensichtlich. Fraglich ist dagegen vielmehr, ob Preisschirmeffekte auch dann zustande kommen, wenn Nichtkartellanten am Markt strategisch agieren.

Wie auch im Ausgangsmodell wird ein durch das Kartell herbeigeführter Preisanstieg bzw. eine Reduktion der Angebotsmenge zu einer Nachfrageverlagerung hin zu Substitutionsgütern führen. Diese

Nachfrageverlagerung wird umso stärker ausfallen, je enger die Substitutionsbeziehung der Güter ist, sodass sich Kartellaußenseitern in der Folge die Möglichkeit der Preiserhöhung bietet. Ob sie die Preise dem Kartellpreis vollständig gleichsetzen oder ihre Produkte - um Marktanteile zu gewinnen - etwas preisgünstiger anbieten, wird von den jeweiligen Kräfteverhältnissen, dem Grad an Substituierbarkeit, dem Umfang des Kartells, dem Ausmaß der Nachfrageverschiebung und anderen Faktoren, die für die konkrete Berechnung des optimal gewählten Preisaufschlags von Bedeutung sind, abhängen. Gleichwohl werden Preisschirmeffekte auch dann entstehen, wenn Nichtkartellanten nicht als Preisnehmer, sondern als Strategen am Markt agieren.¹⁷⁸

ee. Ergebnis

Ob es das Vorhandensein eines Randwettbewerbs, das Vorliegen homogener Produkte, das Wirtschaften unter steigenden Grenzkosten oder das Agieren von Nichtkartellanten als reine Preisnehmer ist - jede dieser Marktgegebenheiten begünstigt, wie *Blair* und *Maurer* nachwiesen, das Zustandekommen von Preisschirmeffekten - notwendig hingegen sind sie nicht. Preisschirmeffekte treten vielmehr auch bei andersartigen Marktbedingungen auf. Sie mögen für die konkrete Größe eines Preisschirmeffekts von Einfluss sein. Ein vollständiges Ausbleiben von Preisschirmeffekten droht aufgrund veränderter - von den Maßstäben *Blairs* und *Maurers* abweichender - Marktumstände jedoch nicht. Auch alternative Marktbedingungen ermöglichen daher das Entstehen von Preisschirmeffekten.

c. „Sekundäre Preisschirmeffekte“

Bislang wurde stillschweigend davon ausgegangen, dass die Kunden der Kartellanten und die der Nichtkartellanten in keinem Wettbewerbsverhältnis zueinanderstehen. Um die Folgen einer Kartellabsprache in Gänze erfassen zu können, ist - wie zu zeigen sein wird - von entscheidender Bedeutung, ob die Abnehmer der Kartellanten und die der Nichtkartellanten miteinander im Wettbewerb stehen.¹⁷⁹

Die folgende Analyse soll aufzeigen, welche Auswirkungen ein zwischen

den Kunden der Kartellanten und denen der Nichtkartellanten bestehendes Wettbewerbsverhältnis haben kann.

aa. Keine Substitutionsbeziehung

Zunächst ist davon auszugehen, dass zwischen den Produkten der Kartellanten und denen der Nichtkartellanten keinerlei Substitutionsmöglichkeit besteht, mithin kein Konkurrenzverhältnis zwischen beiden herrscht. Dies kann beispielsweise darauf beruhen, dass beide - Kartellanten und Nichtkartellanten - auf räumlich unterschiedlichen Märkten tätig sind. Ferner ist anzunehmen, dass deren Kunden auf in der Wertschöpfungskette nachgelagerter Stufe miteinander konkurrieren und dass diese Akteure dem verarbeitenden Gewerbe angehören. Es stehen also die Kunden der Nichtkartellanten und die der Kartellanten, nicht aber die Kartellanten und Nichtkartellanten selbst, in einer Wettbewerbsbeziehung zueinander. Schließlich ist vorauszusetzen, dass die Produkte der Kartellanten und die der Nichtkartellanten für die Herstellung der Produkte ihrer jeweiligen Direktabnehmer notwendig sind, namentlich als Inputfaktoren für deren Produktionen zu bewerten sind.

Bei Zugrundelegung dieser Tatsachen wird eine kartellbedingte Preiserhöhung bei allen Direktabnehmer zu ansteigenden Produktionskosten führen. Um ein defizitäres Geschäft zu vermeiden, werden jene die Mehraufwendungen an ihre eigenen Kunden abwälzen (müssen). Die durch die Weitergabe der Verteuerung bedingte Nachfrageverlagerung hin zu den Produkten der Konkurrenten (namentlich der Kunden der Nichtkartellanten), wird dabei umso deutlicher zu spüren sein, je stärker das Weiterreichen des Kartellaufschlags ausfällt.

Die Produkte der Konkurrenten (Direktabnehmer der Nichtkartellanten) werden eine erhöhte Nachfrage erfahren, weshalb die eigene Produktion, um dieser gestiegenen Kaufbereitschaft gerecht zu werden, ausgeweitet werden muss. Da hierfür wiederum die Produkte der Nichtkartellanten erforderlich sind, werden schließlich die Produkte der Kartellaußenseiter erhöht nachgefragt werden. Dies ermöglicht es den Nichtkartellanten, ihrerseits die Produktpreise zu erhöhen; ein Preisschirmeffekt ist die Folge.

Preisschirmeffekte können folglich auch bei Kartellaußenseitern entstehen,

die mit den Kartellanten in keinerlei Wettbewerbsbeziehung stehen. Eine Substitutionsbeziehung zwischen den Produkten der Kartellanten und denen der Nichtkartellanten ist somit keine notwendige Bedingung für das Entstehen von Preisschirmeffekten. Solange eine derartige Substitutionsbeziehung auf - in der Wertschöpfungskette - nachgelagerter Stufe besteht, genügt dies, um ein Auftreten von Preisschirmeffekten nicht ausschließen zu können.

bb. Begrenzte Substitutionsmöglichkeiten

Für die weitere Analyse soll angenommen werden, dass (1) zwischen den Kunden der Kartellanten und denen der Nichtkartellanten eine Wettbewerbsbeziehung besteht und (2) die Produkte der Kartellanten und die der Kartellaußenseiter nur eine begrenzte Substituierbarkeit zueinander aufweisen. Auch bei Zugrundelegung dieser Umstände können Preisschirmeffekte auf zweierlei Weise auftreten.

Zum einen kann eine direkte Nachfrageverlagerung von den Kartellanten hin zu den Nichtkartellanten erfolgen. Diese Nachfrageverlagerung ist bedingt durch die begrenzte Substitutionsmöglichkeit der Produkte und erweist sich als unmittelbare Ursache für einen daraus resultierenden Preisschirmeffekt (s.o.). Zum anderen bleibt eine indirekte Verursachung eines Preisschirmeffekts möglich, da weiterhin eine Konkurrenzsituation zwischen den Kunden der Kartellanten und denen der Nichtkartellanten vorliegt.¹⁸⁰ Von einer indirekten Verursachung wird deshalb gesprochen, weil die Nachfrageverlagerung und der damit einhergehende Preisanstieg - anders als zuvor - nicht unmittelbar zwischen Kartellant und Nichtkartellant auftritt, sondern vielmehr erst mittelbar auf nachgelagerter Stufe der Wertschöpfungskette zwischen den jeweiligen Kunden zu beobachten ist (s.o.: (1) „keine Substitutionsbeziehung“). Bei einer zwischen den Produkten der Kartellanten und denen der Nichtkartellanten begrenzten Substitutionsmöglichkeit können Preisschirmeffekte somit zweierlei Ursachen haben, wobei das Beeinflussungspotential einzelner Faktoren einzelfallabhängig zu bestimmen ist. Es wird dabei maßgeblich darauf ankommen, wie stark der Wettbewerb zwischen den auf der Wertschöpfungskette nachgelagerten Unternehmen ausgeprägt ist. Wenn zwischen den Letztgenannten ein intensiver Wettbewerb herrscht,

namentlich eine Vielzahl von Unternehmen auf dieser Wertschöpfungsstufe miteinander konkurrieren, ist anzunehmen, dass zumindest einige der Unternehmen keine Direktabnehmer der Kartellanten sind. Folglich werden auch nur einige wenige Unternehmen - als Direktabnehmer der Kartellanten - ihre erhöhten Warenbeschaffungskosten an nachgelagerte Unternehmen durchreichen. Ein Preisschirmeffekt wird daher um so kleiner ausfallen, je stärker der Wettbewerb im nachgelagerten Markt ist.

d. Preisschirmeffekte und ihre Folgen

Bilden sich Preisschirmeffekte, so verursachen diese regelmäßig nicht nur Preisschirmschäden. Es drohen vielmehr weitere Folgen auf nachgelagerten Ebenen, die das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht beeinflussen und dem natürlichen Marktgeschehen Schaden zufügen.

aa. Direkte Folgen von Preisschirmeffekten

Preisschirmeffekte sind - wie oben dargestellt - das Resultat wettbewerbswidriger Preisabsprachen. Die damit einhergehenden Preissteigerungen bringen Kartellaußenseitern eine erhöhte Residualnachfrage ein.¹⁸¹ Residualnachfrage wird definiert als „*die Nachfrage nach einem Gut auf einem Markt zu einem bestimmten Preis, welche durch das Angebot der Wettbewerber nicht befriedigt werden kann.*“ Die Nachfrage, welche aufgrund einer Kartellabsprache nicht mehr von den Kartellanten selbst bedient wird, verlagert sich auf Kartellaußenseiter. Greifen die Nichtkartellanten diese Nachfrageverschiebung auf, so werden sie die eigenen Preise erhöhen bzw. ihre Angebotsmenge - womöglich unter Inkaufnahme steigender Grenzkosten - ausweiten.¹⁸² Die damit jeweils einhergehende Preissteigerung erweist sich als wirtschaftlich rational und profitabel.¹⁸³ Das konkrete Ausmaß des Preisschirmeffekts wird maßgeblich vom Substitutionsgrad zwischen kartelliertem Produkt und dem Gut der Nichtkartellanten abhängen. Je ähnlicher bzw. substituierbarer zwei Produkte sind, desto entscheidender erweist sich der Preis für die Kaufentscheidung der Abnehmer. Bei homogenen Gütern wird der Preisschirmeffekt daher deutlich stärker ausgeprägt sein.¹⁸⁴ Je größer der

Substitutionsgrad, desto schlechter werden Kartellaußenseiter den Preis ihrer eigenen Produkte dem Kartellpreis anpassen (können). Die Produktunterschiede wären zu gravierend, als dass Kartellaußenseiter potentielle Abnehmer durch eine marginale Preisunterschreitung zum Kauf ihres Produkts bewegen könnten. In solchen Fällen bedarf es einer deutlicheren Preisdifferenz zwischen dem Produkt der Kartellanten und dem der Kartellaußenseiter, damit Letztgenannte neue Käufer für sich gewinnen können. Ein erhöhter Substitutionsgrad lässt daher vermuten, dass ein Preisschirmeffekt typischerweise relativ gering ausfallen wird.

Auch die Preiselastizität des wettbewerblichen Randes beeinflusst das Ausmaß des Preisschirmeffekts. Wie bedeutsam Preisveränderungen für die Produktnachfrage sind, wird durch die Bestimmung der Preiselastizität untersucht.¹⁸⁵ Groß ist dabei die Preiselastizität, wenn bereits kleine Preisveränderungen zu einer starken Veränderung der Nachfrage führen. Dies wird regelmäßig bei Luxusgütern der Fall sein. Im Gegensatz hierzu weisen lebensnotwendige Güter eine kleine Preiselastizität auf. Ihre Nachfrage ist unelastisch. So wird die Nachfrageveränderung (prozentual betrachtet) immer geringer als die Preisveränderung sein.

Die Größe des Preisschirmeffekts hängt somit auch von der Art des kartellierten Produkts ab. Folglich wird ein Preisschirmeffekt umso größer ausfallen, je geringer die Preiselastizität des Angebots der Kartellaußenseiter ist.

bb. Folgen von Preisschirmeffekten bei fehlender Substitutionsbeziehung

Preisschirmeffekte treten also - dies wurde aufgezeigt - auch dann auf, wenn Kartellanten und Nichtkartellant(en) in keinerlei Wettbewerbsbeziehung zueinanderstehen. Die Wettbewerbsbeziehung zwischen den Kunden der Kartellanten und denen der Nichtkartellanten führt dazu, dass sich die Kartellabsprache - über mehrere Zwischenschritte - schließlich auch bei Letztgenannten auswirkt. (s.o.)

Bei Zugrundelegung dieser Umstände könnte man meinen, dass hauptsächlich die Kunden der Nichtkartellanten einen Schaden erleiden, da für die Herstellung ihrer eigenen Produkte das überteuerte Gut der Nichtkartellanten notwendig ist. Gleichwohl wird der Preisschirmeffekt

bei den Kunden der Nichtkartellanten in der Regel zu keinem Schaden führen, denn der gegenüber den Kunden der Kartellanten bestehende Wettbewerbsvorteil wird schwerer wiegen als der Preisaufschlag der Nichtkartellanten.¹⁸⁶ Mit anderen Worten: Die Nachteile der höheren Inputpreise sind geringer als die Wettbewerbsvorteile gegenüber den direkten Abnehmern des Kartells.¹⁸⁷

cc. Folgen von Preisschirmeffekten bei begrenzter Substitutionsmöglichkeit

Besteht zwischen den Produkten der Kartelltäter und denen der Kartellaußenseiter eine begrenzte Substitutionsmöglichkeit so hängt die Frage, ob Direktabnehmer von Kartellanten und Nichtkartellanten einen Schaden erleiden, nicht nur davon ab, wie stark der zwischen diesen Unternehmen herrschende Wettbewerb ausgeprägt ist, sondern auch ob bzw. inwieweit der Preisaufschlag an die eigenen Kunden durchgereicht wird (passing-on). Bei einem vollständigen Durchreichen werden die Direktabnehmer keinen Schaden erleiden. Vielmehr wird der Preisschirmschaden dann erst auf - in der Wertschöpfungskette - nachgelagerter Stufe zu Tage treten.¹⁸⁸

Ob Direktabnehmer von Nichtkartellanten einen Schaden erleiden, scheint fraglich. Auch diese Unternehmen werden, da ihnen keine andere Wahl bleibt, als die erhöhten Produktpreise der Nichtkartellanten zu zahlen, zunächst einen Schaden erleiden. Neben der Tatsache, dass ihnen - wie den Kunden der Kartellanten - die Möglichkeit offensteht, die erhöhten Kosten an ihre eigenen Kunden abzuwälzen (passing-on), kommt hinzu, dass sie - bedingt durch den Marktanteilsverlust der Direktabnehmer der Kartelltäter - einen Wettbewerbsvorteil erfahren, der ihren Schaden minimiert (siehe oben (2) Folgen von Preisschirmeffekten bei fehlender Substitutionsbeziehung). Insbesondere kann - wenn sich im Laufe der Kartellierungsphase die Marktanteile der Direktabnehmer der Kartellanten verringern - davon angegangen werden, dass der zugunsten der Kunden der Nichtkartellanten eingetretene Wettbewerbsvorteil zu einer (teilweisen) Kompensation des durch den Preisaufschlag verursachten Schadens führt.¹⁸⁹ In der Regel ist deshalb davon auszugehen, dass die kartellbedingten höheren Inputpreise durch den eingetretenen

Wettbewerbsvorteil kompensiert werden und Direktabnehmer von Nichtkartellanten keinen - durch den Preisschirmeffekt verursachten - Schaden erleiden.

Etwas anderes gilt hingegen für die Unternehmen auf den nachgelagerten Ebenen der Wertschöpfungskette. Als Endverbraucher haben einige von ihnen weder die Möglichkeit, den kartellbedingten Preisaufschlag auf andere Kunden abzuwälzen, noch kann ein Wettbewerbsvorteil den erlittenen Schaden kompensieren. Jedenfalls auf dieser Ebene der Wertschöpfungskette wird der Preisschirmeffekt daher zu einem Schaden führen.

2. Der Kreis der Anspruchsberechtigten gem. § 33 Abs. 3 GWB

Gesetzlicher Anknüpfungspunkt für die Geltendmachung kartellrechtlicher Schadensersatzforderungen ist § 33 Abs. 3 GWB.¹⁹⁰ Kartellgeschädigte stützen ihre Schadensersatzklagen auf diese Anspruchsnorm. Nach mittlerweile ganz herrschender Meinung zählen unmittelbar und mittelbar Geschädigte zum Kreis der Anspruchsberechtigten.¹⁹¹ Ob dieses Recht jedoch auch tatsächlich - wie es der EuGH in der Rechtssache „Kone“ nun erstmals höchstrichterlich entschieden hat - Preisschirmgeschädigten zustehen soll, wird die folgende Analyse zeigen.¹⁹² Bevor jedoch die Frage nach der Aktivlegitimation von Preisschirmgeschädigten gem. § 33 Abs. 3 GWB diskutiert wird, sollen die rechtshistorische Entwicklung und das frühere Verständnis dieser Norm dargelegt werden.

a. Schutzgesetzkriterium

Bis zur 7. GWB-Novelle im Jahr 2005 fungierte das Schutzgesetzkriterium als entscheidendes Kriterium, um den Kreis der Anspruchsberechtigten zu bestimmen.¹⁹³ Ein kartellrechtlicher Schadensersatzanspruch stand damals meist nur demjenigen zu, der Opfer einer gezielt gegen ihn gerichteten Kartellabsprache wurde,¹⁹⁴ denn auch wenn die einst vom BGH in ständiger Rechtsprechung verwendete Formel *„jedenfalls dann, wenn eine gezielt, gegen bestimmte Abnehmer oder Lieferanten gerichtete Absprache vorliegt...“* lautete, so wurde sie meist

nur im Sinne von „*nur dann, wenn eine...*“ verstanden.¹⁹⁵ In der Regel kamen so lediglich Direktabnehmer, namentlich unmittelbare Kunden von Kartellanten, als Schadensersatzberechtigte in Betracht. Über deren Anspruchsberechtigung war¹⁹⁶ und ist man sich in Rechtsprechung und Literatur bis heute einig.¹⁹⁷

b. Zwischen Schutzgesetzkriterium und individueller Betroffenheit

Uneins war man sich hingegen zunächst bei der Frage, ob auch mittelbare Abnehmer anspruchsberechtigt sein sollen.¹⁹⁸ Eine derart restriktive Auslegung des Anspruchsberechtigtenkreises war jedoch spätestens mit der EuGH-Entscheidung „*Courage and Crehan*“¹⁹⁹ überholt.²⁰⁰ So sah der zwei Jahre später (am 17.12.2003) erlassene Referentenentwurf zur 7. GWB-Novelle vor, dass die von einer Kartellabsprache „*Betroffenen*“ anspruchsberechtigt sein sollten, wobei man sich inhaltlich zunächst nicht sehr weit von der bisherigen Auslegung entfernen wollte.²⁰¹ Ein Umdenken erschien nicht unbedingt erforderlich, da man mit Hilfe des Schutzgesetzkriteriums nach wie vor zu sachgerechten Ergebnissen gelangte.²⁰² Der Regierungsentwurf im Rahmen der 7. GWB-Novelle deklarierte deshalb zunächst doch - wie zuvor - das Schutzgesetzkriterium als maßgebliches Abgrenzungskriterium. Um dennoch den durch die „*Courage*“-Entscheidung des EuGH bedingten Entwicklungen gerecht werden, wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es auf die Zielgerichtetheit eines Kartellverstößes in Zukunft nicht ankommen solle und auch ein an der Kartellabsprache Beteiligter aktivlegitimiert sein könne.²⁰³ Auf diese Weise erhoffte man sich, das altbewährte Schutzgesetzkriterium als Auswahlkriterium nicht aufgeben zu müssen.

Der Wirtschaftsausschuss des deutschen Bundestages hielt diesen „*Kompromiss*“ jedoch für unzureichend und vor dem Hintergrund der Entwicklung auf europäischer Ebene für indiskutabel. Deshalb griff er den Vorschlag des Referentenentwurfs auf, den Kreis der Aktivlegitimierten fortan auf alle von einer Kartellabsprache „*Betroffenen*“ zu erweitern. Damit war das Schutzgesetzkriterium ad acta gelegt und der neue - europarechtlich determinierte - Weg eröffnet.

c. „Betroffener“ i.S.d. § 33 Abs. 3 GWB

aa. Ausgangspunkt

Heute ist gem. § 33 Abs. 3 GWB jeder von einem Verstoß in seinen wirtschaftlichen Interessen „Betroffene“ schadensersatzberechtigt. Ausdrücklich ist dies dem Wortlaut des § 33 Abs. 3 GWB zwar nicht zu entnehmen, doch lässt sich der Kreis der Anspruchsberechtigten jedenfalls unter Berücksichtigung des § 33 Abs. 1 GWB bestimmen.²⁰⁴

Durch die Aufgabe des Schutzgesetzkriteriums verschärfte sich der private Rechtsschutz für Marktbeteiligte.²⁰⁵ Bislang war ein Verstoß gegen eine wettbewerbsrechtliche Verbotsnorm, namentlich § 1 GWB oder Art. 101 AEUV (vormals Art. 81 EGV), oder gegen eine kartellbehördliche Verbotsverfügung erforderlich. Der bloße Verstoß gegen eine Verbotsnorm genügte nach alter Rechtslage jedoch nicht, um anspruchsberechtigt zu sein. Vielmehr bedurfte es des zusätzlichen Nachweises, dass die verletzte Verbotsnorm auch dem Schutz des Klägers zu dienen bestimmt ist.²⁰⁶ Neben rechts- und wettbewerbspolitischen Erwägungen bezüglich der Schutzwürdigkeit des Klägers galt es auch auf die Vereinbarkeit des geltend gemachten Anspruchs mit dem übrigen Haftungssystem zu achten.²⁰⁷

Heute besteht die Herausforderung darin, den Kreis der von einem wettbewerbswidrigen Verhalten „Betroffenen“ zu bestimmen.²⁰⁸ Gem. § 33 Abs. 1 S. 3 GWB ist Betroffener, „*wer als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt ist*“. Die Bestimmung des Schutzgesetzcharakters und die Auslegung kartellrechtlicher Verbotsnormen sind dabei in den Hintergrund getreten. Gleichwohl soll bei der Bestimmung des Kreises der „Betroffenen“ den delikts- und schadensersatzrechtlichen Zurechnungskriterien,²⁰⁹ der Schutzrichtung der wettbewerbsrechtlichen Verbotsnorm, deren Tatbestandsstruktur und der Schutzwürdigkeit des Klägers zumindest Indizcharakter zukommen.²¹⁰ Die Eignung des jeweils definierten Kreises der Anspruchsberechtigten ist stetig nachzuprüfen, um sicher zu stellen, dass rechtspolitische Ziele, insbesondere die Gedanken der Prävention,²¹¹ Kompensation²¹² und der effektiven Rechtsdurchsetzung²¹³ erfolgreich weiterverfolgt werden.

bb. Rechtliche Analyse

(1) Problemeinführung

Der Gesetzeswortlaut lässt, nachdem nunmehr ausschließlich auf den Begriff des „Betroffenen“ abgestellt wird, vermuten, dass der Schadensersatzberechtigte eine Beeinträchtigung seiner wirtschaftlichen Handlungsfreiheit auf dem Markt und eine Störung der eigenen Interessen erfahren haben muss. Der Betroffene muss in seiner Wettbewerbsfreiheit tangiert worden sein,²¹⁴ wobei „Betroffene“ i.S.d. § 33 GWB sowohl Mitbewerber als auch sonstige Marktbeteiligte sein können.²¹⁵ Damit entfallen sämtliche Einschränkungen des Anspruchsberechtigtenkreises, die früher aus dem Schutzgesetzkriterium hergeleitet wurden, sodass nicht nur Mitbewerber des Passivlegitimierten, sondern auch Abnehmer oder Anbieter der Marktgegenseite schadensersatzberechtigt sein können. Eine im Vorfeld erfolgende Eingrenzung des Anspruchsberechtigtenkreises auf Direktabnehmer und mittelbare Abnehmer findet nicht statt. Zukünftig soll die Differenzierung der Anspruchsberechtigten ausschließlich anhand des Merkmals der Betroffenheit erfolgen. Die dadurch gewonnene Ausdehnung des Kreises der Aktivlegitimierten stärkt den privaten Rechtsschutz und verhilft diesem zu größerer Bedeutung.²¹⁶ Auch bei Berücksichtigung des „Manfredi“-Urteils des EuGH und des europäischen „*effet utile*“- Grundsatzes sprechen die besseren Argumente dafür, jedem „Betroffenen“ die Möglichkeit zu gewähren, seinen kartellbedingten Schaden ersetzt zu verlangen.²¹⁷

(2) Preisschirmkläger als Aktivlegitimierte

Derzeit besonders umstritten und zuletzt durch das „Kone“-Urteil des EuGH²¹⁸ in den Fokus der Diskussion gerückt, ist die Frage, ob auch Preisschirmgeschädigten das Recht, kartellbedingte Schäden ersetzt zu verlangen, zugesprochen werden sollte.²¹⁹ Zunächst soll deshalb ausschließlich diese Problematik im Fokus der Analyse stehen,²²⁰ denn für den Erfolg, die Weiterentwicklung und die Durchsetzungskraft des deutschen und europäischen privaten Rechtsschutzes ist diese Frage von herausragender Bedeutung.²²¹ Nicht nur Direktabnehmern und mittelbaren Abnehmern von Kartellanten kann ein kartellbedingter Schaden drohen,

sondern auch Kunden von Nichtkartellanten können Opfer einer Kartellabsprache werden.²²² Eine drohende Haftung, nicht mehr nur gegenüber Direktabnehmern und mittelbaren Abnehmern, sondern auch gegenüber Preisschirmklägern, würde - so meinen manche - das Haftungsrisiko für Kartelltäter kaum kalkulierbar machen und ließe den privaten Rechtsschutz erstarken.²²³

(a) Wortlaut

„Wer gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes, gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder eine Verfügung der Kartellbehörde verstößt, ist dem Betroffenen zur Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr zur Unterlassung verpflichtet. (...) Betroffen ist, wer als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt ist.“ (§ 33 Abs. 1 S. 1 und 3 GWB)
„Wer einen Verstoß nach Absatz 1 vorsätzlich oder fahrlässig begeht, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.“ (§ 33 Abs. 3 S. 1 GWB)

Das deutsche Kartellrecht erklärt den von einem Kartellverstoß „Betroffenen“²²⁴ für aktivlegitimiert.²²⁵ Ein Kartell hat - im Falle einer Preisabsprache - nicht nur zur Folge, dass die Preise der Kartellanten ansteigen. Auch die übrigen Marktteilnehmer und Wettbewerber der Kartellanten werden die Preisentwicklungen am Markt zur Kenntnis nehmen und hierauf - wirtschaftlich vernünftig - durch eine Erhöhung der eigenen Preise reagieren.²²⁶ Dass auf diese Weise auch der Kunde eines Kartellaußenseiters einen Preis zahlt, der unter wettbewerbskonformen, manipulationsfreien Umständen so nicht zustande gekommen wäre, mit der Folge, dass im Ergebnis sowohl Kunden der Kartellanten als auch solche des Kartellaußenseiters denselben überhöhten Preis zahlen bzw. denselben Schaden erleiden, wurde zuvor ausführlich aufgezeigt.²²⁷

Ob es sich bei der Preisangleichung der Nichtkartellanten um eine den Kartelldelinquenten zurechenbare Kartellfolge oder um ein autonomes Handeln der Nichtkartellanten, das den Zurechnungszusammenhang unterbricht, handelt, mag zunächst dahinstehen. Für die Frage der Aktivlegitimation von Preisschirmgeschädigten ist allein nachzuweisen,

dass kartellrechtswidriges Verhalten auch Kunden von Nichtkartellanten tangiert. Das Zahlen eines erhöhten Einkaufspreises könnte bedeuten, dass auch sie - wie Direktabnehmer oder mittelbare Abnehmer von Kartellanten - als „*Betroffene*“ i.S.v. § 33 GWB zu qualifizieren sind. Ein kategorischer Ausschluss von Preisschirmklägern aus dem Kreis der Anspruchsberechtigten erscheint daher jedenfalls in Anbetracht des offenen Wortlauts der Norm unangebracht.

(b) Telos der Norm

Der Normzweck des § 33 Abs. 3 GWB ist vielschichtiger Natur.²²⁸ Der Gesetzgeber intendierte, „*den kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch zu einem effektiven und im Regelfall erfolgreich handhabbaren Instrument*“ auszugestalten, um auf diese Weise neben der kartellbehördlichen Aufsicht, eine zweite tragfähige Säule zu etablieren.²²⁹ Ob die „*Säule*“ aber wirklich auch als tragfähig angesehen werden kann, wird in der Literatur unterschiedlich beantwortet.²³⁰ Fest jedenfalls steht, dass eine Stärkung und Ausweitung des „*private enforcement*“ insbesondere innerhalb der letzten Jahre zu erkennen ist.²³¹

(aa) Kompensation

Der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch dient primär der Kompensation kartellbedingter Schäden.²³² Daneben tritt der Aspekt der Prävention,²³³ insbesondere die Verhinderung von Hardcore-Kartellen (Preis-, Quoten-, Kunden- und Gebietsabsprachen).²³⁴ Beide Normzwecke beeinflussen sich gegenseitig. Je effektiver und umfänglicher die Kompensation erlittener Schäden vonstattengeht, desto ausgeprägter wird der Abschreckungseffekt für Kartellanten ausfallen. „*Umfänglich*“ ist hier doppeldeutig zu verstehen. Es soll sich nicht nur auf die Höhe des Schadensersatzes, sondern auch auf den Kreis der Anspruchsberechtigten beziehen.

Daneben ist das oben herausgestellte Ziel²³⁵ einer effektiven Durchsetzung des deutschen und europäischen Wettbewerbsrechts von allgemeinem und öffentlichem Interesse.²³⁶ Marktmanipulationen und unlautere Absprachen führen nicht nur in Form von Vermögensschäden zu einer

Beeinträchtigung des Individualinteresses, sondern auch durch einer Fehlallokation von Ressourcen²³⁷ zu einem gesamtwirtschaftlichen Schaden.²³⁸ Eine Beeinträchtigung des natürlichen Wettbewerbs lässt den Innovationsdrang von Unternehmen zurückgehen, verringert die zur Verfügung stehende Produktwahl und schwächt die Konsumentensouveränität.²³⁹

Je konsequenter die Normzwecke des § 33 Abs. 3 GWB verfolgt werden, desto positiver wäre die Auswirkung auf das deutsche und europäische private enforcement. Eine Erweiterung des Kreises der Anspruchsberechtigten ließe die Anzahl privater Schadensersatzklagen anwachsen und verhilfe der Ratio des § 33 Abs. 3 GWB zu größerer Durchsetzungskraft.²⁴⁰ Eine Schadensersatzberechtigung von Preisschirmklägern wäre damit grundsätzlich mit den Normzwecken des § 33 Abs. 3 GWB vereinbar.²⁴¹

(bb) Die Aktivlegitimation von Preisschirmklägern und deren Auswirkungen auf das Kronzeugenprogramm

Bisweilen wird behauptet, eine Aktivlegitimation von Preisschirmklägern verringere die Aufdeckungsrate von Kartellen.²⁴² Eine mit der gesunkenen Aufdeckungsrate einhergehende stärkere Infizierung des Marktes durch unerwünschte Kartellabsprachen sei mit den Zielen des § 33 Abs. 3 GWB nicht in Einklang zu bringen und deshalb zu verhindern. Der Anspruchsberechtigtenkreis dürfe daher nicht auf Preisschirmkläger ausgedehnt werden. Die Vertreter dieser Ansicht befürchten eine Beeinträchtigung des - bislang so erfolgreichen - Kronzeugenprogramms.²⁴³ Sie tragen vor, dass das durch die Aktivlegitimation von Preisschirmklägern gestiegene Haftungsrisiko Kartellanten vor dem „*Sprung in die Legalität*“ zurückschrecken lasse.²⁴⁴ Kartellbeteiligte würden zukünftig besonders kritisch abwägen, ob das Kooperieren mit Behörden ein für sie günstiges Konzept darstelle.²⁴⁵ Eine derartige Schwächung des Kronzeugenprogramms dürfe aus diesem Grund nicht riskiert werden.

Anhängern dieser Ansicht ist zuzugestehen, dass das Kronzeugenprogramm zur Aufdeckung einer Vielzahl von

Kartellabsprachen wesentlich beigetragen hat.²⁴⁶ Es bestehen deshalb gute Gründe, dieses Instrument in seiner Durchsetzungskraft aufrechtzuerhalten und zu schützen. Gleichwohl sind die Befürchtungen aus mehreren Gründen überzogen und unzutreffend. Sicherlich vergrößert eine Schadensersatzberechtigung von Preisschirmklägern den Kreis der Aktivlegitimierten und auch zusätzliche Schadensersatzklagen werden zu erwarten sein. Vorschnell könnte man deshalb vermuten, dass das Haftungsrisiko für Kronzeugen in besonderem Maße steigt. Bedenkt man jedoch das Ausmaß der tatsächlich drohenden Haftung und die für Kronzeugen vorgesehenen Privilegierungen,²⁴⁷ so relativieren sich - wie im Folgenden zu zeigen sein wird - die geäußerten Befürchtungen.

Schadensersatzklagen von Preisschirmklägern sind - was ihre Höhe betrifft - nicht mit Schadensersatzklagen von Direktabnehmern oder gar mit den von der Wettbewerbsbehörde verhängten Bußgeldern vergleichbar. Die „Kone“-Entscheidung des EuGH erweist sich als geeignetes Exempel, um das Verhältnis zwischen staatlich verhängten Bußgeldern und privat geltend gemachtem Schadensersatz darzulegen. Während die europäischen Wettbewerbsbehörden Bußgelder in einer Gesamthöhe von 992 Millionen Euro verhängten,²⁴⁸ machte die ÖBB als Kartellgeschädigte Schadensersatzansprüche in einer Gesamthöhe von ca. 8 Millionen Euro geltend.²⁴⁹ Der Schaden, den die ÖBB durch das Zahlen überhöhter Preise an Nichtkartellanten erlitt, belief sich dagegen auf lediglich 1,8 Millionen Euro.²⁵⁰ Die übrigen 6,2 Millionen Euro Schadensersatz verlangte die ÖBB als Direktabnehmerin oder mittelbare Abnehmerin der Kartellanten. Es zeigt sich, dass nur 1,8 Millionen Euro von der ÖBB als Preisschirmklägerin geltend gemacht wurden. Am Ende stehen somit 992 Million Euro Bußgeld und 6,2 Million Euro Schadensersatz einer Schadensersatzforderung von 1,8 Millionen Euro gegenüber. Die von den Schadensersatzklagen eines Preisschirmklägers ausgehende Abschreckungswirkung dürfte deshalb (sofern überhaupt existent) kaum ins Gewicht fallen, geschweige denn einen Kronzeugen davon abhalten, mit Behörden zu kooperieren.

Ein ungewollt großer Abschreckungseffekt soll auch durch die in der Richtlinie (RL) getroffenen Regelungen verhindert werden. So sieht Art. 11 Abs. 4 RL²⁵¹ eine privilegierte Haftung für Kronzeugen vor. Gem. Art.

11 Abs. 4 lit. a) RL soll ein Kronzeuge nur gegenüber seinen unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten gesamtschuldnerisch haften. Gegenüber anderen Geschädigten, namentlich Kunden von Nichtkartellanten, soll ein Kronzeuge darüber hinaus nur haften, wenn von keinem anderen Unternehmen, das an derselben Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht beteiligt war, ein vollständiger Schadensersatz erlangt werden kann (vgl. Art. 11 Abs. 4 S. 1 lit. b) RL).²⁵² Ein Kronzeuge haftet gegenüber Preisschirmklägern im Außenverhältnis folglich lediglich subsidiär.²⁵³ Die Wahrscheinlichkeit, dass kein Kartelltäter die von den Preisschirmklägern geltend gemachten Schadensersatzansprüche bedienen kann, ist gering.²⁵⁴ Die Einführung einer nachrangigen Haftung von Kronzeugen minimiert daher ebenfalls den von Schadensersatzklagen ausgehenden Abschreckungseffekt. Darüber hinaus ordnet Art. 6 Abs. 6 lit. a) RL an, dass Kronzeugenerklärungen zu keinem Zeitpunkt als Beweismittel offengelegt werden dürfen. Auch diese Regelung wird dafür sorgen, dass ein künftiges Kooperieren mit Behörden nicht einzufrieren droht.

Sollte sich dennoch ein Abschreckungseffekt abzeichnen, so wird dieser keinesfalls allein negative Folgen nach sich ziehen. Vielmehr wird er auch positiv i.S.v. präventiv wirken und potentielle Kartelltäter davon abhalten, kartellrechtswidrig in Erscheinung zu treten. Es darf vermutet werden, dass die von einer Schadensersatzberechtigung für Preisschirmkläger ausgehende Wirkung eher potentielle Kartelltäter vor dem Abschluss einer Kartellabsprache als Kartellsünder vor einer Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden abhält.

Die Einführung einer Aktivlegitimation für Preisschirmkläger gefährdet daher weder den zukünftigen Erfolg des Kronzeugenprogramms, noch wird eine verminderte Aufdeckungsrate von Kartellen zu befürchten sein. Auch aus diesem Grund ist die Ausweitung des Anspruchsberechtigtenkreises auf Preisschirmkläger mit der Ratio des § 33 Abs. 3 GWB vereinbar.

(cc) Prävention

Schließlich lässt sich auch mit Hilfe des Präventionsgedankens begründen,

dass eine Erweiterung des Kreises der Anspruchsberechtigten auf Preisschirmkläger angemessen wäre. Einer von privatrechtlichen Schadensersatzansprüchen ausgehenden Drohkulisse käme noch größere Wirkung zu, wenn auch Kunden von Nichtkartellanten schadensersatzberechtigt wären, denn die Variationsbreite des Kreises der Aktivlegitimierten stellt sicher, dass einzelne Gruppen von Schadensersatzberechtigten die Wirkungskraft des privaten Rechtsschutzes nicht vereiteln können. Es kann schließlich nie ausgeschlossen werden, dass einige Geschädigte auf die gerichtliche Geltendmachung ihrer erlittenen Schäden gegenüber den Kartelltätern verzichten. Je heterogener daher die Gruppe der Aktivlegitimierten, desto unwahrscheinlicher, dass „*Empfindlichkeiten*“ einzelner Schadensersatzberechtigter die Schlagkraft der privaten Rechtsdurchsetzung und der von ihr ausgehenden Präventionswirkung stören oder gefährden können. So erscheint es möglich, dass Direktabnehmer von Kartellanten darauf verzichten, ihre Kartellschäden von den Kartellsündern ersetzt zu verlangen.²⁵⁵ Insbesondere langjährige Lieferbeziehungen oder eine Abhängigkeit des Direktabnehmers vom Kartellanten können dazu führen, dass Schadensersatzberechtigte auf eine Schadensgeltendmachung verzichten.²⁵⁶ Ist der Kreis der Anspruchsberechtigten limitiert, besteht die Gefahr, dass Einzelne die Wirkung der privaten Rechtsdurchsetzung konterkarieren. Um dies zu verhindern und um in derartigen Situationen dennoch eine von den Schadensersatzklagen ausgehende Präventionswirkung zu erzielen, ist es wichtig, den Kreis der Anspruchsberechtigten inhomogen zu strukturieren. Auch aus diesem Grund ist eine Erweiterung des Anspruchsberechtigtenkreises auf Preisschirmkläger wünschenswert.

(dd) Ergebnis

Die Ratio des § 33 Abs. 3 GWB verträgt sich mit dem Gedanken, zukünftig auch Preisschirmkläger als „*Betroffene*“ einer Kartellabsprache anzusehen. Auch Preisschirmklägern sollte somit die Möglichkeit eingeräumt werden, kartellbedingte Schäden im Rahmen eines privatrechtlichen Schadensersatzanspruchs gegenüber Kartelltätern gerichtlich geltend machen zu können.

(c) Systematik

Die Rolle von Preisschirmgeschädigten ist für das übrige deutsche und europäische Wettbewerbsrecht - jedenfalls bislang - ohne weitere Relevanz, sodass systematische Schlüsse zu keinen weiteren Erkenntnissen führen.²⁵⁷

(d) Historie

§ 33 Abs. 3 GWB durchlief eine Vielzahl von Gesetzesnovellen, die jeweils - wenn auch nur kleinere - Veränderungen zur Folge hatten. Insbesondere durch die Aufgabe des Schutzgesetzkriteriums gewann der private Rechtsschutz für Marktbeteiligte an Bedeutung.²⁵⁸

Heute besteht die Herausforderung darin, den Kreis der von einem wettbewerbswidrigen Verhalten „Betroffenen“ zu bestimmen. Gem. § 33 Abs. 1 S. 3 GWB ist Betroffener, „*wer als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt ist*“. In Literatur und Rechtsprechung herrscht Einigkeit, dass insbesondere Direktabnehmer und mittelbare Abnehmer „Betroffene“ i.S.d. § 33 Abs. 3 GWB sind (s.o.). Die früher herrschende Meinung vertrat einen restriktiveren Ansatz, wonach allein Direktabnehmer schadensersatzberechtigt sein sollten. Erst innerhalb der letzten Jahre erkannte man, dass eine Begrenzung auf Direktabnehmer mit der Ratio des § 33 Abs. 3 GWB und dem Ziel, dem privaten Rechtsschutz in Deutschland zu größerer Schlagkraft zu verhelfen, nicht vereinbar ist. Im Zuge dessen entschied man sich, den Kreis der Anspruchsberechtigten auf mittelbare Abnehmer auszuweiten.

Eine erneute Vergrößerung der Gruppe der Schadensersatzberechtigten würde daher nicht nur der Bedeutung des private enforcement zugutekommen, sondern auch die stetige und kontinuierliche Ausweitung des Kreises der Aktivlegitimierten aufgreifen und die „Privatisierung“ progressiv fortsetzen.

d. Europarechtskonforme Auslegung

Schließlich kann und darf die Frage, ob Kunden von Nichtkartellanten

gegenüber Kartelltätern schadenersatzberechtigt sind, nicht ohne Berücksichtigung der europarechtlichen Grundsätze und der Rechtsprechungslinie der EuGH beantwortet und abschließend beurteilt werden.

Wie bereits Erwägungsgrund 1. der kartellrechtlichen Schadensersatzrichtlinie²⁵⁹ erkennen lässt, soll ein - auch im Sinne der öffentlichen Ordnung - unverfälschter Wettbewerb im Binnenmarkt herrschen. Dies ist insbesondere durch eine konsequente Anwendung der Art. 101 und 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) möglich. Namentlich die nationalen Gerichte der Mitgliedstaaten tragen die Verantwortung dafür, dass eine Beachtung der Wettbewerbsvorschriften erfolgt. *„Die volle Wirksamkeit der Art. 101 und 102 AEUV und insbesondere die praktische Wirkung der darin festgelegten Verbote erfordern, dass jeder - seien es Einzelpersonen, einschließlich Verbraucher und Unternehmen, oder Behörden - vor nationalen Gerichten Ersatz des Schadens verlangen kann, der ihm durch eine Zuwiderhandlung gegen diese Bestimmungen entstanden ist“.*²⁶⁰ Dies entspricht der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, wonach grundsätzlich jedermann Ersatz des ihm entstandenen Schadens verlangen kann, wenn zwischen dem Schaden und einem nach Art. 101 AEUV verbotenen Kartell oder anderem wettbewerbsbeschränkenden Verhalten ein ursächlicher Zusammenhang besteht.²⁶¹ Damit stellt der EuGH klar, dass eine eventuell zu befürchtende Flut privater Schadensersatzkläger nicht auf Ebene der Aktivlegitimation durch eine Eingrenzung des Kreises der Anspruchsberechtigten erfolgen kann, sondern vielmehr die allgemeinen schadensrechtlichen Zurechnungsregeln geeignet sind, eine solche Gefahr auszuschließen. Letztendlich handelt es sich um eine reine Problemverlagerung, die der EuGH vornimmt. Gleichwohl ist diese Art der *„Problembewältigung“* mit den europäischen Grundrechten deutlich besser in Einklang zu bringen, denn die Notwendigkeit, Geschädigten zu ermöglichen, ihre Rechte gerichtlich geltend machen, ist elementar und unanfechtbar. So legen sowohl Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 des Vertrags über die Europäische Union (EUV) als auch Art. 47 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union fest, dass Unionsbürgern ein Recht auf wirksamen Rechtsschutz zusteht.²⁶² Eine Ausdehnung des Kreises der

Schadensersatzberechtigten auf Preisschirmkläger würde diesem von der Europäischen Union garantierten Rechtsanspruch entsprechen und wäre die logische Konsequenz und stringente Fortführung der bisherigen Rechtsprechung.

Auch der EuGH hat zuletzt im Fall „Kone“²⁶³ entschieden, dass Kunden von Nichtkartellanten gegenüber Beteiligten eines Kartells grundsätzlich zum Schadensersatz berechtigt sind. Konkret formulierte der EuGH, dass *„Art. 101 AEUV dahin auszulegen ist, dass er einer Auslegung und Anwendung des innerstaatlichen Rechts eines Mitgliedstaats entgegensteht, wonach es aus Rechtsgründen kategorisch ausgeschlossen ist, dass die an einem Kartell beteiligten Unternehmen zivilrechtlich für Schäden haften, die daraus resultieren, dass ein an diesem Kartell nicht beteiligtes Unternehmen in Anbetracht der Machenschaften des Kartells seine Preise höher festgesetzt hat, als es dies ohne das Kartell getan hätte“*.

Ein kategorischer Ausschluss von Preisschirmklägern aus dem Kreis der Schadensersatzberechtigten ist mit dem europäischen Wettbewerbsrecht folglich nicht zu vereinbaren.

Eine umfassende kartellrechtliche Schadensersatzhaftung entspräche zudem dem europarechtlichen Interesse, den unionsrechtlichen Kartellverboten größtmögliche Wirkung zukommen zu lassen.²⁶⁴ Eine eindeutige Anerkennung einer Schadensersatzberechtigung für Kunden von Nichtkartellanten von und auf europäischer Ebene, wäre daher erforderlich. Die am 10.11.2014 vom Rat angenommene Richtlinie zum kartellrechtlichen Schadensersatz²⁶⁵ brachte einige Neuerungen. Ob in der Richtlinie eine Aktivlegitimation für Preisschirmbetroffene vorgesehen ist, scheint fraglich. Auch wenn eine umfassende Analyse dessen erst später erfolgt,²⁶⁶ sei bereits an dieser Stelle angemerkt, dass sich der Richtlinie jedenfalls kein ausdrücklicher Hinweis bezüglich einer Aktivlegitimation von Preisschirmklägern oder einer Haftung für Preisschirmschäden entnehmen lässt.

Schließlich kann festgehalten werden, dass auch nach unionskonformer Auslegung eine Ausweitung des Kreises der Schadensersatzberechtigten

angezeigt ist.²⁶⁷

e. Ergebnis

Preisschirmgeschädigte gelten als „*Betroffene*“ i.S.d. § 33 Abs. 3 GWB. Ihre Schadensersatzberechtigung ist nicht nur mit der Ratio der Norm und der Historie des deutschen Kartellrechts vereinbar, sondern entspricht auch der Linie des europäischen Wettbewerbsrechts. Sicherlich kann und wird nicht jede Preisschirmklage Erfolg haben, sondern mag an Anspruchsvoraussetzungen wie der Schadenszurechnung scheitern. Eine Auslese der geltend gemachten Klagen jedoch bereits durch eine Restriktion des Kreises der Anspruchsberechtigten vorzunehmen, wäre verfehlt.

3. Die Zurechenbarkeit von Preisschirmschäden

Die Frage, ob Preisschirmeffekte und darauf beruhende Schäden Kartelltätern zurechenbar sind, ist für die weitere Analyse entscheidend. Erkennt man eine Aktivlegitimation von Preisschirmkläger grundsätzlich an, so wird das Kriterium der Zurechenbarkeit das entscheidende Nadelöhr darstellen, das einer Klageflut Einhalt gebieten kann. Allgemeine zivilrechtliche Schadenszurechnungsregeln werden dafür Sorge tragen, dass Kartelltäter eine Haftung für (zu) weit entfernte Schäden nicht zu befürchten haben. Dies erscheint vor dem Hintergrund, dass Kartellabsprachen auch im entfernteren Umfeld geeignet sind, gravierende wirtschaftliche Schäden zu verursachen, nicht nur angebracht, sondern notwendig. Neben der Kausalität und der Adäquanz werden insbesondere Schutzzweckerwägungen und das Kriterium des eigenverantwortlichen Dazwischentretens Dritter für die folgende Analyse von entscheidender Bedeutung sein.

a. Kausalität

aa. Allgemeiner Maßstab

Jede Schadenszurechnung setzt zunächst voraus, dass das schadenstiftende Verhalten für einen konkreten Schaden ursächlich geworden ist.²⁶⁸ Nach der *conditio sine qua non* Formel ist ein Schaden nur dann zurechenbar, wenn das ersatzbegründende Verhalten nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der konkrete Schaden entfällt.²⁶⁹ Das Verhalten eines Kartellanten ist deshalb für einen Preisschirmschaden nicht kausal, wenn es hinweggedacht werden könnte, ohne dass der Schaden entfiel.²⁷⁰

bb. Übertragung auf kartellrechtliche Sachverhalte

Typischerweise beobachten Marktakteure das Verhalten ihrer Wettbewerber, um auf eventuell in Erscheinung tretende Veränderungen reagieren zu können. Gleiches gilt für Kartellaußenseiter. Auch sie werden durch Marktbeobachtung die von den Kartelldelinquenten verursachten

Entwicklungen am Markt (z.B. Reduzierung der Angebotsmenge bzw. Preiserhöhung) bemerken, sich mit ihnen wirtschaftsstrategisch auseinandersetzen und schließlich entsprechend reagieren (s.o.), indem sie ihre eigene Angebotsmenge unter Inkaufnahme steigender Grenzkosten ausweiten bzw. ebenfalls die Preise ihrer Produkte erhöhen.²⁷¹ In der Konsequenz werden beide Verhaltensalternativen einen Preisanstieg des Produkts der Kartellaußenseiter hervorrufen, sodass die Kartellabsprache als äquivalent kausales Verhalten für den Preisschirmeffekt und den daraus resultierenden Schaden bewertet werden kann.

cc. Bewertung - Kausalität als „Grobfilter“

Zugegebenermaßen wird dieser extrem weite Zurechnungsmaßstab der äquivalenten Kausalität kaum dazu beitragen, die Befürchtung eines ausufernden Haftungsrisikos für Kartelltäter einzudämmen.²⁷² Die Kausalität erweist sich vielmehr lediglich als erster „Grobfilter“, um solche für die Schadensentstehung vollkommen unbedeutende Tatsachen kenntlich zu machen.²⁷³ Dass eine Kartellabsprache und deren Auswirkungen keinerlei Einfluss auf die Preisbildung der Nichtkartellanten haben, scheint fernliegend und wenig realistisch, sodass regelmäßig von einer zwischen Kartellabsprache und Preisschirmeffekt/-schaden vorliegenden Kausalität auszugehen ist.

b. Adäquanz

aa. Allgemeiner Maßstab

Ferner müsste der einem Betroffenen widerfahrene Preisschirmschaden einem wettbewerbswidrigen Verhalten auch adäquat-kausal zurechenbar sein.²⁷⁴ Der BGH formuliert in ständiger Rechtsprechung, es bestehe ein adäquater Kausalzusammenhang, wenn „*eine Tatsache im Allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, ganz unwahrscheinlichen und nach regelmäßigem Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen zur Herbeiführung des Erfolgs geeignet ist*“.²⁷⁵ Mit Hilfe der Adäquanz gilt es solche Kausalverläufe auszugrenzen, die ein Schädiger nicht hat vorhersehen können.²⁷⁶ Diese Einschränkung lässt sich mit der

Steuerungsfunktion des Haftungsrechts begründen, denn es wäre widersinnig, inadäquate Folgen dem vermeintlich Ersatzpflichtigen als Folgen seines rechtswidrigen Verhaltens zuzurechnen;²⁷⁷ hatte das schadenverursachende Verhalten doch keinerlei Einfluss auf sie.²⁷⁸ Unvorhersehbar ist ein Schaden namentlich dann, wenn der Schädiger mit dem Schadenseintritt nicht rechnen konnte/musste, wobei als Maßstab nicht nur diejenigen Informationen zu berücksichtigen sind, die dem Schädiger tatsächlich zur Verfügung standen, sondern auch diejenigen, die er sich hätte beschaffen können.²⁷⁹

bb. Übertragung auf kartellrechtliche Sachverhalte

Wenn Preisschirmeffekte typischerweise - aber nicht ausschließlich - in Situationen auftreten, die von einer hohen Marktdominanz der Kartellbeteiligten und einer nur geringen Angebotselastizität der Kartellaußenseiter geprägt sind und es sich bei dem kartellbefangenen Produkt und dem der Nichtkartellanten um homogene Güter handelt,²⁸⁰ so stellt die Preisangleichung der nicht am Kartell Beteiligten ein geradezu typisches,²⁸¹ wettbewerbskonformes, rationales und für Kartellbeteiligte vorhersehbares Verhalten dar.²⁸² Sobald Kartellaußenseiter Entwicklungen am Markt bemerken, die auf eine Reduzierung der Angebotsmenge oder Anhebung der Preise hindeuten, werden sie ihre eigene Angebotsmenge unter Inkaufnahme steigender Grenzkosten ausweiten oder die Preise der eigenen Produkte erhöhen.²⁸³ Täten sie dies nicht, ließen sie Gewinnpotential ungenutzt und verschafften sich eine schlechtere Position im Wettbewerb.²⁸⁴ Das Ausnutzen des vom Kartell aufgespannten Preisschirms erweist sich somit als vollkommen rationales und wettbewerbstypisches Verhalten.²⁸⁵ Entscheidend - und für die Begründung der Adäquanz maßgeblich - ist ferner, dass die Preisanpassung der Nichtkartellanten sowohl für den Durchbruch des Kartells als auch für den davon abhängigen wirtschaftlichen Erfolg der Kartellbeteiligten essentiell ist, da andernfalls Letztgenannten der Verlust von Marktanteilen droht. Kartelltäter müssen auf das Nachziehen der übrigen Marktteilnehmer hoffen und die Erwartung hegen, dass ökonomische Zwänge die nicht am Kartell Beteiligten zur Erhöhung ihrer eigenen Preise drängen.²⁸⁶ Dabei wird der sich von einem Kartell

auswirkende Druck umso größer ausfallen, je flächendeckender und schneller sich das von den Kartellanten vorgegebene Preisniveau auf dem Markt etabliert.

cc. Bewertung

Preisschirmeffekte sind für Kartellanten - sofern sie die Auswirkungen ihrer wettbewerbswidrigen Absprache vollständig durchdacht haben - deshalb regelmäßig²⁸⁷ gerade nicht unvorhersehbar oder als außerhalb jeder Lebenswahrscheinlichkeit liegend zu qualifizieren.²⁸⁸ Sie dürften typischerweise, vorausgesetzt die Kartellbeteiligten decken gemeinsam nicht ohnehin den gesamten Markt ab, sogar deren angestrebtes Ziel sein,²⁸⁹ denn für Kartelltäter wird es durch das „*Trittbrettfahrerverhalten*“ von Kartellaußenseitern leichter möglich sein, die kartellinfizierten Preise gegenüber ihren Kunden am Markt durchzusetzen.²⁹⁰ Erst eine flächendeckende Etablierung des Kartellpreises kann einer Kartellabsprache zu der erwünschten Wirkung verhelfen und ein - andernfalls drohendes - Scheitern des Kartells verhindern. Teile der Literatur gehen sogar davon aus, dass das Entstehen eines Preisschirmeffekts immer dann zu vermuten und Kartelltätern zuzurechnen ist, sofern (1) eine sachlich, räumlich und zeitlich nicht eng begrenzte kartellrechtliche Zuwiderhandlung vorliegt,²⁹¹ (2) der Vertrag zwischen Kartellaußenseiter und Betroffenen nicht unmittelbar nach Kartellbeginn geschlossen wurde²⁹² und (3) eine oligopolistische Marktstruktur besteht.²⁹³ Jedenfalls in derartigen Konstellationen sei das Zustandekommen vom Preisschirmeffekten und das Hervorrufen von Preisschirmschäden typisch.

In der Regel werden Preisschirmeffekte adäquat kausal auf eine Kartellabsprache zurückzuführen sein. Dessen ungeachtet wird es weiterhin einer Einzelfallprüfung jedes zu beurteilenden Sachverhalts bedürfen, um gegebenenfalls besondere Umstände entsprechend berücksichtigen zu können.

dd. Sonderfall - verspäteter Marktzutritt

(1) Einleitung

Eine hiervon abweichende Beurteilung könnte in Situationen geboten sein, in denen ein Trittbrettfahrer/Nichtkartellant erst nach Inkrafttreten des Kartells in den kartellierten Markt eintritt - so geschehen im sogenannten „*Schienenkartell*“. Für die Frage der Adäquanz bzw. des Kriteriums der Vorhersehbarkeit gilt es im Rahmen derartiger Umstände insbesondere zu untersuchen, ob 1) der Zutritt von bis dato marktfremden Unternehmen und 2) das damit einhergehende Verursachen von Preisschirmschäden vorhersehbar waren. Am Beispiel des „*Schienenkartells*“ soll dieser Problematik im Folgenden nachgegangen werden.

(2) Das Schienenkartell

Das ursprünglich im Kern zwischen ThyssenKrupp und Voestalpine geschlossene Schienenkartell führte in den Jahren 1980 bis 2011 zu zahlreichen Preis- und Mengenabsprachen in der Branche.²⁹⁴ Neben anderen kommunalen Verkehrsbetrieben zählte insbesondere die Deutsche Bahn zu den Hauptgeschädigten. Sie erlitt nach eigenen Angaben einen Gesamtschaden in Höhe von bis zu einer Milliarde Euro.²⁹⁵ Erst als ArcelorMittal - weltgrößter Stahlproduzent - auf dem deutschen Schienenmarkt in Erscheinung trat, konnte das Kartell durchbrochen werden²⁹⁶ und die vormals gestiegenen Preise sanken durch den zusätzlich entstandenen Wettbewerb leicht. ArcelorMittal nutzte sein Wissen um das Schienenkartell und passte die eigenen Preise geschickt im Windschatten des Kartells an, wobei es stets die Kartellpreise der Kartellanten unterbot.²⁹⁷ So wurde ArcelorMittal im Jahr 2009 zum größten Schienenlieferanten der Deutschen Bahn. Eine Kronzeugenmeldung der Voestalpine AG deckte das Kartell im März 2011 schließlich endgültig auf und führte zum Ende des Schienenkartells.²⁹⁸

(3) Juristische Aufarbeitung

Die juristische Aufarbeitung erfolgte in Etappen. Nachdem gegen ThyssenKrupp zunächst ein Bußgeld in dreistelliger Millionenhöhe verhängt wurde,²⁹⁹ standen daran anschließende, insbesondere von der Deutschen Bahn gegenüber ThyssenKrupp geltend gemachte Schadensersatzklagen zur Diskussion.³⁰⁰ Obgleich sich die Deutsche Bahn und ThyssenKrupp Mitte November 2013 außergerichtlich auf eine

Schadensersatzzahlung in Höhe von 150 Mio. Euro verständigten, machte die Deutsche Bahn bereits drei Monate später weiteren Schadensersatz geltend.³⁰¹ Während im Rahmen des ersten Vergleichs allein unmittelbar erlittene Schäden abgegolten wurden,³⁰² begehrte die Deutsche Bahn in ihrem zweiten Schadensersatzverlangen darüber hinaus gehend Entschädigung für solche Schäden, die ihr durch Geschäfte mit Drittfirmen, namentlich ArcelorMittal entstanden seien. Nach dem Standpunkt ThyssenKrupps waren jene Preisschirmschäden jedoch nicht vorhersehbar und folglich nicht adäquat kausal auf die Kartellabsprache zurückzuführen. ArcelorMittal sei zum Zeitpunkt des Kartellabschlusses kein Marktbeteiligter gewesen. Sowohl der Markteintritt ArcelorMittals als auch die auf diese Weise zu Lasten der Deutschen Bahn verursachten Preisschirmschäden wären für ThyssenKrupp daher nicht vorhersehbar gewesen, weshalb eine Schadenszurechnung ausscheide. Darüber hinaus habe die Kartellabsprache für zusätzlichen Wettbewerb im Markt gesorgt. Der zuvor oligopolistisch strukturierte deutsche Schienenmarkt habe - erst durch den attraktiveren Kartellpreis - einen neuen Wettbewerber (ArcelorMittal) erhalten, wodurch die Preise in letzter Konsequenz sanken. Ob diese Argumentation überzeugt, scheint fraglich.

(4) Stellungnahme

Für die hier im Zentrum stehende Zurechnungsproblematik ist das Verständnis von Vorhersehbarkeit zentral. Welche Maßstäbe gilt es anzulegen? Welche Abstufungen gilt es zu treffen? *Schäfer* und *Ott* beleuchten diese Fragen aus ökonomischer Perspektive. Auch sie sprechen sich für das Kriterium der Vorhersehbarkeit als Abgrenzungsmaßstab aus.³⁰³ Es sei wohlfahrtsökonomisch und verhaltenssteuernd sinnvoll.³⁰⁴ Eine Haftung sollte nur für solche Schäden angenommen werden, die der Schädiger in sein Verhaltenskalkül einstellen konnte.³⁰⁵ Die Haftung auch auf unvorhersehbare Schäden zu erweitern, liefe der Steuerungsfunktion des Haftungsrechts entgegen³⁰⁶ und zöge eine bloße Kostenumverteilung nach sich.³⁰⁷ Daher bedarf es einer Grenzziehung zwischen dem gerade noch bzw. gerade nicht mehr Vorhersehbaren. Vorhersehbar sei ein Schaden immer dann, wenn ein sorgfältiger und gut informierter Beobachter das Eintreten (des Schadens) hätte erkennen können.³⁰⁸ Dabei

sei (1) zu beachten, dass der Maßstab zu keiner Leerformel werde³⁰⁹ und (2) zu bedenken, dass es einer Differenzierung der an die Vorhersehbarkeit zu stellenden Anforderungen bedarf. Drohen gewaltige Schäden, gelten insoweit schärfere Maßstäbe.³¹⁰

Insbesondere Kartellabsprachen können aufgrund ihrer zeitlichen und räumlichen Dimension Auswirkungen gravierenden Ausmaßes verursachen und Märkte grundlegend beeinflussen - bisweilen sogar verändern. Dabei ist nicht nur mit unmittelbar auftretenden Schäden zu rechnen; auch darüberhinausgehende Auswirkungen gilt es in Erwägung zu ziehen. Der Marktpreis ist eine der wichtigsten Determinanten überhaupt. Neben Konkurrenz und Nachfragepotenzial im Markt beeinflusst er das strategische Verhalten von Akteuren am stärksten. Anzunehmen, die Auswirkungen eines Kartells beträfen allein den jeweiligen Markt in seiner derzeitigen Zusammensetzung, wäre verfehlt. Die Folgen einer wettbewerbswidrigen Absprache kennen keine Grenzen.³¹¹ Sich als Kartelltäter darauf zu berufen, dass einzelne Auswirkungen im Markt nicht vorherzusehen waren, wird deshalb nur selten glaubhaft erscheinen.

Ähnlich ist auch der vorliegende Sachverhalt zu beurteilen. Obwohl ArcelorMittal auf dem deutschen Schienenmarkt vor Inkrafttreten des Schienenkartells nicht in Erscheinung trat, waren die Aktivitäten des Stahlkonzerns in der Schienenbranche bekannt.³¹² Als weltgrößter Stahlproduzent war (und ist) es ArcelorMittal jederzeit möglich, neue Marktregionen nicht nur zu erschließen, sondern zu erobern. Der durch die Kartellabsprache für ArcelorMittal attraktiver gewordene deutsche Markt lockte mit seinem vergleichsweise hohen Preisniveau. ThyssenKrupp musste um die Wirkkraft und das damit einhergehende Schadensverursachungspotenzial der wettbewerbswidrigen Absprache gewusst haben bzw. hätte sie einkalkulieren müssen. Es ist Kartellabsprachen inhärent, dass gewisse Folgen zum Zeitpunkt des Kartellschlusses gerade nicht exakt vorhersehbar sind; sei es die Höhe der auftretenden Schäden oder die Anzahl der Geschädigten, der Zeitpunkt der Marktbeeinflussung oder seien es die Unternehmen, die den Preisschirm ausnutzen. Jeder Kartellwillige geht dieses Risiko (bewusst) ein. Der Marktbeitritt ArcelorMittals und dessen Ausnutzen des Preisschirms

zählen sicherlich zu den Folgen, mit denen hätte gerechnet werden müssen, denn ungewöhnlich sind marktübergreifende Auswirkungen nicht. Die der Deutschen Bahn aus den Geschäften mit ArcelorMittal entstandenen Preisschirmschäden waren für Thyssen-Krupp daher vorhersehbar, ergo auch zurechenbar.

ee. Zusammenfassung

Die Frage der Zurechenbarkeit von Preisschirmeffekten und -schäden bedarf einer einzelfallabhängigen Prüfung anhand der benannten Kriterien. Die Adäquanz grenzt den Kreis zurechenbarer Schäden deutlich ein; atypische, außerhalb jeglicher Wahrscheinlichkeit liegende und unvorhersehbare Folgen sollen Kartelltätern nicht zugerechnet werden. In der Regel ist das Auftreten von Preisschirmschäden aber eine typische Folge. Gerade oligopolistische Marktstrukturen erleichtern das Erkennen und Ausnutzen eines Preisschirmeffekts; Preisschirmschäden stellen in diesen Fällen eine typische Folge wettbewerbswidrigen Verhaltens dar (s.o.). Doch auch andere Konstellationen schließen das Entstehen eines Preisschirmschadens nicht aus. Am Beispiel des Schienenkartells wurde deutlich, dass auch dem Markt beitretende Unternehmen die Rolle eines Trittbrettfahrers einnehmen können. Das Drohen gravierender Schäden erfordert ein sorgfältiges Abwägen und Einschätzen der Situation. Kartellschäden können - bekanntermaßen - gewaltige Ausmaße annehmen. Treten Preisschirmschäden daher unter ungewöhnlichen Umständen auf,³¹³ dürfen sie nicht allein deshalb als atypisch oder unvorhersehbar qualifiziert werden. Dies betrifft nicht nur - wie im Schienenkartell - die Rolle des Trittbrettfahrers, sondern gilt ebenso für die Reichweite oder das Ausmaß der Schäden. Kartelltäter haben die Folgen - regelmäßig - zu verantworten. Typischerweise sind Preisschirmschäden daher adäquat kausal auf die jeweilige kartellrechtswidrige Absprache zurückzuführen.

c. Schutzzweck der Norm

aa. Funktion und Bedeutung

Auch müsste die Zurechnung von Preisschirmeffekten gegenüber Kartelltätern mit dem Schutzzweck des § 33 GWB vereinbar sein. Der

Schutzzweckzusammenhang wurde erstmals von *Rabel* im Jahre 1936 als Zurechnungsinstrument eingeführt.³¹⁴ Damals war der Ansatz, dass im Rahmen der Zurechnung nicht mehr allein auf Wahrscheinlichkeiten abgestellt wurde,³¹⁵ sondern vielmehr wertende Gesichtspunkte für die Bestimmung der Zurechnung an Bedeutung gewannen, neuartig. Es sollte fortan nur noch für solche Schäden haftet werden, die auch dem Schutzzweck der verletzten Norm entsprachen.³¹⁶ Entscheidend war, dass es sich bei den geltend gemachten Schäden um solche Nachteile handelte, „die aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen wurde“.³¹⁷ Für die exakte Bestimmung des Schutzzwecks einer Norm war es zudem von Bedeutung, die Intention des Gesetzgebers, die ihn bei der Formulierung des Normtextes leitete, zu erforschen.³¹⁸ Die Schutzzweckbestimmung ließ sich daher als eine Form der Norminterpretation qualifizieren, die den Ansatz der Interessenjurisprudenz beherzigte.³¹⁹

bb. Schutzzweck des § 33 GWB

Der Schutzzweck des § 33 GWB ist bipolarer Natur.³²⁰ Neben den Individualschutz zugunsten des von einer Kartellabsprache Betroffenen tritt das öffentliche Bestreben nach Einhaltung und Durchsetzung deutscher und europäischer Wettbewerbsregeln.³²¹ Privaten soll die Möglichkeit der Schadenskompensation jederzeit offen stehen, ohne dabei auf die Hilfe Dritter (bspw. Behörden) angewiesen zu sein.³²² § 1 GWB und Art. 101 AEUV verbieten Absprachen, die eine Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, um das Entstehen darauf beruhender Nachteile zu vereiteln. Sie dienen der Vermeidung bestimmter Schäden.³²³ So soll insbesondere eine Fehlallokation von Ressourcen, der Rückgang innovativen Antriebs oder die finanzielle Schädigung von Konsumenten vermieden werden.³²⁴ Daneben entsprach es der damaligen - zu Zeiten der 7. GWB-Novelle - gesetzgeberischen Intention, sowohl die Anspruchsvoraussetzungen zu erweitern als auch die Anspruchsdurchsetzung zu verbessern.³²⁵ Eine Stärkung des privaten Rechtsschutzes erschien als Ergänzung der kartellbehördlichen Sanktionsmöglichkeit sinnvoll. Denn dass die private Durchsetzung des Wettbewerbsrechts von einer stärkeren Beachtung des

Kompensationsgedankens profitieren würde, war bekannt.³²⁶

cc. Teleologische Auslegung des § 33 Abs. 3 GWB - Zurechenbarkeit von Preisschirmschäden?

Vor diesem Hintergrund bleibt zu diskutieren, ob der Telos des § 33 Abs. 3 GWB eine Zurechnung von Preisschirmschäden zulässt. Dies mag zunächst fernliegend erscheinen, schlagen doch Kartelltäter selbst keinen Profit aus dem zwischen Nichtkartellant und „*umbrella plaintiff*“ geschlossenen Geschäft. Kartelldelinquenten könnten insofern als vollkommen Unbeteiligte angesehen werden.³²⁷ Gleichwohl ist zu bedenken, dass der Schadensersatzanspruch des § 33 Abs. 3 GWB i.V.m. §§ 249 ff. BGB eine andere Schutzrichtung verfolgt. Er zielt nicht darauf ab, eingetretene Bereicherungen auszugleichen oder rechtswidrig erzielte Gewinne abzuschöpfen, sondern strebt vielmehr einen Ausgleich der von den Nachfragern des kartellierten Produkts erlittenen Schäden an.³²⁸ Zwar beziehen Preisschirmkläger das kartellbefangene Gut nicht von den Kartelltätern selbst, doch sind sie Kunden von Kartellaußenseitern, die das gleiche Produkt - oder zumindest eines, das nach Einschätzung des Marktes als Substitut (im untechnischen Sinne) bewertet werden kann - zu einem ebenfalls erhöhten Preis anbieten. Den Schutzzweck des § 33 GWB darauf zu beschränken, lediglich Direktkunden von Kartellanten einen Ausgleich ihres Schadens zu gewähren, würde die tatsächlichen Auswirkungen einer Kartellabsprache verharmlosen und entspräche nicht den Anforderungen an eine kartellrechtliche Schadensersatznorm, wie das heutige Wirtschaftsleben sie (er)fordert. Es entspricht daher dem Schutzzweck des § 33 GWB, Preisschirmschäden als solche Schäden zu qualifizieren, für die die Norm Ausgleich gewähren möchte.

d. Eigenverantwortliches Dazwischentreten Dritter

Schließlich wären Preisschirmeffekte und darauf beruhende Preisschirmschäden Kartelltätern nicht zurechenbar, wenn Dritte, namentlich Kartellaußenseiter, durch eigenverantwortliches Dazwischentreten die Kausalkette unterbrechen.³²⁹ Aus ökonomischer Perspektive stellen Preiserhöhungen von Kartellaußenseitern eine typische, ja geradezu nachvollziehbare Reaktion auf eine Kartellabsprache dar. Ob

dieses „*Nachziehen*“ der Nichtkartellanten jedoch aus juristischer Sicht als autonomes Verhalten zu qualifizieren ist, das eine Zurechnung des Preisschirmeffekts gegenüber Kartelltätern ausschließt, bleibt zu diskutieren.

aa. Allgemeiner Maßstab

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass ein mitursächliches Verhalten Dritter nur in besonders gelagerten Einzelfällen zu einem Ausschluss der Haftung führt.³³⁰ Andere - im Sinne von spätere - zur Schadensentstehung beitragende Ursachen schließen eine Zurechnung des Schadens zum ursprünglich ersatzbegründenden Verhalten deshalb regelmäßig nicht aus.³³¹ Dabei ist irrelevant, ob der Dritte schuldhaft oder schuldlos handelte.³³² Nach den Grundregeln der Zurechnungslehre ist einem Erstverursacher das Handeln Dritter dann zurechenbar, wenn sich diese Dritten bei ihrem Handeln durch den früheren Beitrag „*herausgefordert*“ fühlten.³³³ Das Erstverhalten darf nicht nur zu einer besonderen Gefahrsteigerung für das betroffene Rechtsgut führen, sondern muss ein weiteres Handeln Dritter wahrscheinlich erscheinen lassen bzw. begünstigen.³³⁴ Erschöpfen sich die Folgewirkungen des Zweitverhaltens in der Realisierung des allgemeinen Lebensrisikos - welches jeder Geschädigte grundsätzlich selbst zu tragen hat - so scheidet eine Zurechnung aus. Gleiches gilt, wenn der Schädiger mit einem Handeln Anderer nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht rechnen musste.³³⁵

bb. Die Preisanpassung von Nichtkartellanten als eigenverantwortliches Dazwischentreten?

(1) Die Preisanpassung als autonomes Verhalten

Keine Kartellabsprache zwingt Kartellaußenseiter zur Anpassung der Preise. Jeder Marktteilnehmer bestimmt - vollkommen unabhängig - die für ihn richtige Preispolitik. Das (teilweise) Adaptieren des Kartellpreises muss als autonomes und freiwilliges Verhalten bewertet werden, das den am Kartell Beteiligten nicht zugerechnet werden kann.³³⁶ Ein „*Herausfordern*“ im Sinne der schadensrechtlichen Zurechnungsregeln kann nicht angenommen werden.

Jene Argumente werden vorgetragen, um eine Schadenszurechnung von Preisschirmschäden gegenüber Kartelltätern abzulehnen. *Bulst* reiht sich in die Reihe derer ein, die eine Preisanpassung von Kartellaußenseitern als autonomes Verhalten bewerten und positioniert sich entsprechend.³³⁷ Er betont, dass „*Preisschirmschäden als entfernte Folge wohl nicht mehr zugerechnet werden müssen*“, räumt gleichzeitig aber ein, dass dieser „*Kausalverlauf weder ungewöhnlich noch unvorhersehbar*“ sei;³³⁸ dennoch könne der Ursachenzusammenhang nicht mehr als unmittelbar bezeichnet werden. „*Anders als bei einer Preisanpassung des Direktabnehmers handelt es sich bei der Preisanpassung des Wettbewerbers nicht um eine Maßnahme zur Schadenabwendung, also zur Abfederung der Auswirkungen der Kartellierung, sondern zur Gewinnsteigerung. Die Preisanpassung des Direktabnehmers lässt sich regelmäßig als reaktiv und defensiv und als unmittelbare Folge der Kartellierung beschreiben, wohingegen die eines Wettbewerbers in erster Linie von Freiwilligkeit gekennzeichnet ist, was eine Charakterisierung als eher mittelbare Folge der Kartellierung rechtfertigt*“.³³⁹

(2) Kein eigenverantwortliches Dazwischentreten

Die Vertreter dieser Ansicht lassen ökonomische Zusammenhänge gänzlich unberücksichtigt. Ihre Argumente können nicht überzeugen.

Passen nicht am Kartell Beteiligte „*unter dessen Schirm*“ ihre Preise an, so erfolgt dies meist nicht freiwillig. Vielmehr gehen sie die Situation mit „*wettbewerbskonformem Kalkül*“ an.³⁴⁰ Kartellaußenseiter nutzen den durch das Kartell hinzugewonnenen Preissetzungsspielraum und werden durch diesen zum Handeln motiviert. Unter Umständen kann sich die bloße „*Motivation*“ für Kartellaußenseiter sogar zu einer „*Pflicht*“ verschärfen. Geschäftsführer einer GmbH oder Vorstandsmitglieder einer AG können in bestimmten Situationen dazu „*verpflichtet*“ sein, derartige Preissetzungsspielräume zum Wohle des Unternehmens wahrzunehmen. Die aus dem U.S.-amerikanischen Recht stammende³⁴¹ und vom deutschen Gesetzgeber in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG kodifizierte „*Business Judgement Rule*“ (BJR) hält Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder an, gesellschaftsdienlich und im Unternehmensinteresse zu handeln.³⁴² Hierzu zählt insbesondere das Ergreifen von Geschäftschancen.³⁴³ Wenn daher

Preissetzungsspielräume entdeckt werden, sind die Verantwortlichen grundsätzlich angehalten, diese zu nutzen, sofern nicht andere Gründe entgegenstehen.³⁴⁴ Eine andere Bewertung würde implizieren, dass man von Nichtkartellanten erwartete, sich ökonomisch irrational zu verhalten.³⁴⁵

Nicht überzeugen kann auch das Argument, Kartelltäter hätten eine Reaktion der Kartellaußenseiter nicht vorhersehen können. Das preisliche Nachziehen der Kartellaußenseiter ist - wie bereits gezeigt - für Beteiligte eines Kartells nicht nur vorhersehbar,³⁴⁶ sondern es entspricht sogar ihrem langfristigen Interesse, ein insgesamt höheres Preisniveau im Markt zu etablieren.³⁴⁷ Dieses Ziel wäre nämlich - sofern das Kartell bzw. die am Kartell Beteiligten nicht selbst bereits einen Großteil des relevanten Marktes abdecken - jedenfalls nicht in der Art und Weise zu realisieren, wenn nicht auch Kartellaußenseiter den kartellmanipulierten Preis aufgriffen. Im Ergebnis wird die Anzahl der „*Adaptierenden*“ über den Erfolg des Kartells entscheiden. Denn je flächendeckender sich der von den Kartelltätern vorgegebene Kartellpreis als maßgeblicher Preis am Markt konstituiert, desto wirkungsvoller, rascher und beharrlicher wird sich das von den Kartelltätern vorgegebene Preisniveau ausbreiten.³⁴⁸

(3) Zwischenergebnis

Nach den Maßstäben der Zurechnung ist folglich davon auszugehen, dass eine Kartellabsprache gerade jene - das Entstehen von Preisschirmeffekten ermöglichende - besondere Gefahrenlage schafft. Ihr ist die Potentialität eines Preisschirmeffekts inhärent. Die von einer Kartellabsprache ausgehende Wirkung erschöpft sich jedoch nicht in dem Hervorbringen besagter Gefahrenlage. Sie lässt vielmehr ein schadenvermehrendes Handeln Dritter, namentlich eine Reaktion anderer Wettbewerber, wahrscheinlich erscheinen. Sowohl Preisschirmeffekte als auch dadurch hervorgerufene Preisanpassungen von Nichtkartellanten können nicht als allgemeines Lebensrisiko angesehen werden. Dieses reicht gerade nicht so weit, dass es das Auftreten von Kartellabsprachen umfassen würde. Das Risiko, Opfer einer Kartellabsprache und ihrer negativen Auswirkung zu werden, geht daher über die dem täglichen Wirtschaften innewohnende Gefahr hinaus.

Die schadensrechtliche Zurechnungskategorie des eigenverantwortlichen Dazwischentretens eines Dritten erfasst andere als die hier zu analysierenden Sachverhaltskonstellationen, weshalb das preisliche Nachziehen eines Nichtkartellanten grundsätzlich nicht als ein die Zurechnung ausschließendes Verhalten qualifiziert werden kann.

e. Grenzen der Zurechnung

Wie bereits die Generalanwältin im Rahmen ihrer Schlussanträge zur Rechtssache „Kone“ hat erkennen lassen³⁴⁹, verbietet sich jedoch eine pauschale Übertragung der zusammengetragenen Ergebnisse auf andere Sachverhalte. Eine vereinheitlichende Kategorisierung und Zurechnung sämtlicher Preisschirmeffekte gegenüber den am Kartell Beteiligten sei ausgeschlossen. Stattdessen bedürfe es stets einer umfassenden Prüfung jedes Einzelfalls, um besondere, eine abweichende Beurteilung erfordernde Umstände entsprechend würdigen zu können.

Der dem Fall „Kone“ zugrundeliegende Sachverhalt besticht durch seine - was die Entstehung von Preisschirmeffekten betrifft - begrenzte Komplexität. Er eignet sich daher besonders gut für eine vertiefende Illustration.

aa. Einführung in die Problematik

Das Auftreten von Preisschirmeffekten bzw. die Geltendmachung von Preisschirmschäden beschränkte sich im Fall „Kone“ auf das direkte Marktumfeld der Kartelltäter. Die ÖBB machte in ihrer Rolle als Preisschirmklägerin lediglich solche finanziellen Nachteile geltend, die sie durch den Kauf von Produkten bei unmittelbaren Konkurrenten der Kartellanten erlitt.³⁵⁰ Vertiefende Sachverhaltserforschungen, beispielsweise der Frage nachgehend, ob Preisschirmeffekte auch auf entfernteren Märkten spürbar waren, wurden im Fall „Kone“ - mangels Anlass - nicht unternommen.

Dem Wirkungsradius einer Kartellabsprache sind jedoch keine Grenzen gesetzt, sodass Preisschirmeffekte auch auf entfernteren Märkten nicht ausgeschlossen werden können. Es stellt sich dann - wie schon zuvor - die

Frage, ob Preisschirmeffekte - sofern sie auf anderen Märkten zu Tage treten und finanzielle Schäden anrichten - tatsächlich noch für Kartelltäter vorhersehbar sind. Folgender - zugegebenermaßen fiktiver, aber für die Zwecke der Illustration geeigneter - Sachverhalt soll verdeutlichen, dass Konstellationen denkbar sind, in denen es wenig angemessen bzw. jedenfalls diskutabel scheint, Preisschirmeffekte und -schäden Kartelltätern zuzurechnen.

bb. Fiktives Beispiel

(1) Grundfall

An einem in der Vergnügungsbranche geschlossenen Preiskartell soll sich die folgende Analyse entwickeln. Es ist davon auszugehen, dass sich mehrere marktdominierende Kinobetreiber wettbewerbswidrig abstimmen und ihre Eintrittspreise um 30% erhöhen.³⁵¹ Aufgrund der sich in der Folgezeit zugunsten der nicht kartellierenden Kinobetreibern positiv entwickelnden Nachfrageverlagerung, erhöhen auch diese ihre Kartenpreise und es kommt zum Entstehen eines Preisschirmeffekts.³⁵² Die Kunden der Kartellaußenseiter verlangen ihre erlittenen Schäden schließlich als Preisschirmgeschädigte von den marktdominierenden Kinobetreibern (Kartelldelinquenten) ersetzt.

(2) Erste Abwandlung

Der Fall „Kone“ unterscheidet sich hiervon strukturell nicht. Es kann jedoch vorkommen, dass sich die Auswirkungen einer Kartellabsprache nicht starr auf den dem kartellierten Produkt zugehörigen relevanten Markt beschränken. Auch Substitutionsprodukte können - abhängig vom Ausmaß des kartellbedingten Preisaufschlags - verändert, namentlich vermehrt nachgefragt werden.³⁵³ So ist es denkbar, dass sich nicht nur andere Kinobetreiber einer erhöhten Nachfrage gegenübersehen, sondern beispielsweise auch die Zahl der Theaterbesucher ansteigt. Eine Beeinflussung vergleichbarer Unterhaltungsgenres ist nicht auszuschließen, denn Betroffene werden sich bei der Gestaltung ihrer Freizeit nach Alternativen zum Kinobesuch umsehen.³⁵⁴ Das Kartell im Kinosektor schafft - eine im Sinne der Zurechnungsregeln - „besondere

Gefahrenlage“, die eine konkrete Begünstigung des Theatersektors wahrscheinlich macht und die in einen Preisschirmeffekt umschlagen kann. Ein die Zurechnung ausschließendes, eigenverantwortliches Dazwischentreten Dritter - namentlich eine Preisanpassung der Theaterbetreiber - liegt deshalb nicht vor. Man wird deshalb auch derartige Preisschirmeffekte den kartellierenden Kinobetreibern (noch) zurechnen können.³⁵⁵

(3) Zweite Abwandlung

Anders dürfte jedoch folgende Abwandlung des Ausgangsbeispiels zu beurteilen sein. Angenommen, Kinobesucher suchen aufgrund der gestiegenen Kinokartenpreise - wie zuvor - nach Alternativen, doch wählen nun nicht das Theater als Alternative, sondern kaufen zur Gestaltung der eigenen Freizeit vermehrt Brettspiele. Der die Spieleindustrie betreffende Nachfragezuwachs fällt dabei so groß aus, dass es zu einer Preissteigerung und der Bildung eines Preisschirmeffekts beim Verkauf von Brettspielen kommt.

Ist eine solche Entwicklung tatsächlich noch vorhersehbar? Es erscheint untypisch, geradezu fernliegend, dass Kinobesucher anstelle eines Kinofilms Brettspiele als alternatives Unterhaltungsmedium wählen. Wenn dem jedoch doch einmal - wie in diesem fiktiven Beispiel - so sein sollte, müsste den Kartellanten, um die schadensrechtlichen Zurechnungsanforderungen zu erfüllen, nachgewiesen werden, es wäre bei Abschluss ihrer Kartellabsprache vorhersehbar gewesen, dass das Nachfrageverhalten der Spieleindustrie tangiert werde. Dies erscheint jedoch aufgrund der nicht von der Hand zu weisenden Verschiedenartigkeit zwischen einer Kinoproduktion und einem Brettspiel abwegig, sodass solche - aus der Spieleindustrie stammenden - Preisschirmschäden den Kartellanten nicht mehr zurechenbar wären.

(4) Schlussfolgerungen und Ergebnis

Die Wirkungsvielfalt von Kartellabsprachen ist groß und erfordert eine das Problem der Zurechnung von Preisschirmeffekten betreffende Sensibilisierung und Problembewusstseinssteigerung. Eine

Kartellabsprache in der Kinobranche könnte - dies erscheint zumindest nicht ausgeschlossen - beispielsweise auch den Verkauf von DVDs, den Buchhandel, den Markt für Unterhaltungselektronik (bspw. Playstation etc.) oder viele andere Märkte tangieren. Gewisse Folgen sind schlicht nicht prognostizierbar und vom speziellen und individuellen Verhalten einzelner Konsumentengruppen abhängig. Stets besteht die Herausforderung darin, ein die besonderen Umstände des Einzelfalls berücksichtigendes Ergebnis zu finden, welches die Zurechnungsproblematik von Preisschirmschäden analysiert, denn eine schematische Betrachtungsweise verbietet sich hier grundsätzlich. Eine Kartellabsprache wird den einen Markt stärker als den anderen beeinflussen, wobei nicht nur das Ausmaß der Beeinflussung divergieren, sondern auch die Frage des „Ob“ der Marktbeeinflussung unterschiedlich ausfallen wird. Daher gilt es - ganz im Sinne von Generalanwältin *Kokott* - „anhand einer umfassenden Würdigung aller relevanten Umstände zu prüfen, ob im konkreten Einzelfall kartellbedingt Preisschirmeffekte aufgetreten“³⁵⁶ und diese den am Kartell Beteiligten zurechenbar sind.

cc. Die Verantwortung am Markt - ökonomische Grenzen der Zurechnung

Wie weit reicht die Verantwortung am Markt und welche Kartellfolgen können wettbewerbsrechtlich Zuwiderhandelnden noch zugerechnet werden? Nachdem diese Fragen unter Zugrundelegung juristischer Maßstäbe analysiert wurden, sollen sie nun aus ökonomischer Perspektive beleuchtet werden.³⁵⁷ Dabei wird namentlich die Ersatzfähigkeit von auf entfernten Absatzstufen eingetretenen Streuschäden im Zentrum der Diskussion stehen.³⁵⁸

(1) Die grundsätzliche Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden

Grundsätzlich sollte jedoch zunächst der Frage nachgegangen werden, ob es - ökonomisch betrachtet - überhaupt sinnvoll ist, Kartellschäden zu kompensieren. Vor dem Hintergrund, dass es sich um reine Vermögensschäden handelt, die als solche zu bloßen Vermögensverlagerungen führen, könnte man aus dieser Perspektive an der Kompensationsnotwendigkeit zweifeln;³⁵⁹ schließlich werden weder Ressourcen vernichtet, noch gesamtgesellschaftliche Schäden

verursacht.³⁶⁰ Insoweit erscheint die Kompensation von Kartellschäden aus Gründen des gesamtgesellschaftlichen Interesses nicht zwingend geboten.³⁶¹

Gleichwohl sollen Kartellschäden - obgleich ihres Charakters als reine Vermögensschäden (s.o.) - jedenfalls dann ersatzfähig sein, wenn der Schaden durch vorsätzliches Verhalten verursacht wurde.³⁶² Bewusst schadenverursachendes Handeln muss - im Sinne des Präventionsgedankens - haftungsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.³⁶³ Wäre dem nicht so, würden falsche Signale gesetzt und gesetzgeberische Intentionen konterkariert.³⁶⁴ Nicht nur, dass drohende haftungsrechtliche Inanspruchnahmen auf potentielle Kartellsünder abschreckend wirken; sie berauben Kartellabsprachen auch ihres lohnenden Charakters und sorgen - im gesamtgesellschaftlichen Interesse - für einen manipulationsfreien Wettbewerb. Es ist deshalb auch aus ökonomischer Perspektive geboten, Kartellschäden zu kompensieren.

(2) Die Ersatzfähigkeit von Streuschäden

Dennoch bleibt die Ausgangsfrage, namentlich ob Streuschäden bei Zugrundelegen ökonomischer Maßstäbe ersatzfähig sind, klärungsbedürftig. Für die weitere Analyse soll zu Illustrationszwecken von einem Preiskartell in der Tachometerbranche ausgegangen werden, im Rahmen dessen die Preise für Tachometer von 100 EUR auf 130 EUR erhöht werden. Erstabnehmer der Tachometerrohlinge (z.B. Automobilhersteller) werden aufgrund großer Absatzmengen einen hohen Schaden erleiden, wohingegen Endabnehmer (z.B. private Automobilkäufer) lediglich der singuläre, kartellbedingte Preisaufschlag von 30 EUR treffen wird.

Derartige Schadensverlagerungen treten regelmäßig dann auf, wenn das kartellbefangene Gut zu seiner Fertigstellung mehrere Verarbeitungsstufen durchlaufen muss. Während anfangs ein kleiner Personenkreis³⁶⁵ Schäden in großer Höhe erleidet, verteilen sich diese Schäden nachgelagert von Absatzstufe zu Absatzstufe auf andere Betroffene. Typisch ist, dass am Ende eine große Personenanzahl Schäden in (sehr) geringer Höhe erleidet.³⁶⁶

Dass diese Schäden (sog. Streuschäden) Kartelltätern nach rein juristischen Maßstäben zuzurechnen sind, steht außer Frage, denn Zweifel daran, dass die Zurechnungskriterien der Äquivalenz, der Adäquanz und der Vereinbarkeit mit dem Schutzzweck der Norm erfüllt sind, bestehen nicht. Gleichwohl sollte das Ergebnis ebenso mit ökonomischen Grundsätzen vereinbar sein. Zwar beurteilt sich die Frage der Schadenszurechnung auch im ökonomischen Kontext im Wesentlichen anhand juristischer Maßstäbe.³⁶⁷ Dennoch werden einzelne Zurechnungskriterien mitunter abweichend ausgelegt. So wird beispielsweise die Vorhersehbarkeit eines Schadens im Rahmen der Adäquanz anhand einer „*je-desto-Formel*“ beurteilt:³⁶⁸ Je gravierender das potentielle Schadensausmaß, desto eher ist mit dessen Eintritt zu rechnen.³⁶⁹ Vor diesem Hintergrund könnte man meinen, derart geringe Schäden seien nicht vorhersehbar, ergo nicht zurechenbar. Wenn im Rahmen der „*je-desto-Formel*“ jedoch kleinere Schäden für weniger berücksichtigungswürdig erachtet werden, so sollen darunter sicherlich nicht solche Schäden fallen, die alleine durch „*Teilung klein gemacht*“ wurden. Es ist vielmehr auf den verursachten Gesamtschaden zu blicken, sodass auch kleine Streuschäden nach den Maßstäben der „*je-desto-Formel*“ vorhersehbar und somit Kartelldelinquenten zurechenbar sind. Gleichzeitig spricht auch die aus ökonomischen Studien gewonnene Erkenntnis, wonach Kostensteigerungen typischerweise auf nachstehende Abnehmer überwältzt werden, dafür, Streuschäden Kartelldelinquenten zuzurechnen.³⁷⁰ Grundsätzlich liegen damit die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch vor.

(3) Prozessrechtliche Herausforderungen

Als problematisch erweist sich allerdings die Durchsetzung dieser Ansprüche, denn eine individuelle Geltendmachung würde für Streugeschädigte im Vergleich zum entstandenen Schaden unverhältnismäßige Prozesskosten verursachen.³⁷¹ Bezugnehmend auf das zuvor gebildete Beispiel stünden einem Schaden in Höhe von 30 EUR Anwalts-, Gerichts- und Gutachterkosten³⁷² in gewaltiger Höhe gegenüber. Dies schreckt ab, sodass mögliche Kläger von der prozessualen Durchsetzung ihrer Schadensersatzansprüche absehen und eine

schadensrechtliche Inanspruchnahme der Kartelltäter ausbleibt.³⁷³ Die prozessuale Apathie Streugeschädigter konterkariert folglich den Wunsch nach einem starken und effektiven privaten Rechtsschutz.

Wird - wie oben erläutert³⁷⁴ - ein großer Schaden durch Zerteilung zum Streuschaden wären eigentlich die Erstabnehmer des kartellierten Produkts zur Schadensgeltendmachung am besten geeignet, denn das Verhältnis zwischen Schaden und Prozesskosten ist bei ihnen am ausgeglichensten. Allerdings relativiert der den Kartelldelinquenten zustehende passing-on-Einwand³⁷⁵ diese Einschätzung: Als „Beklagte in einem Verfahren über Schadensersatzklagen“ können Kartelltäter als Einwand „gegen einen Schadensersatzanspruch geltend machen, dass der Kläger den sich aus der Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht ergebenden Preisaufschlag ganz oder teilweise weitergegeben hat“.³⁷⁶ Isoliert betrachtet mag dieser Einwand gerechtfertigt scheinen. Denn warum sollte man jemandem zum Schadensersatz verpflichtet sein, der im Ergebnis keinen Schaden erlitten hat? Dieser Einwand muss Beklagten also zustehen,³⁷⁷ um eine übergebührende Inanspruchnahme auszuschließen.³⁷⁸ Gleichzeitig aber werden deswegen auch stark geschädigte Erstabnehmer von einer gerichtlichen Inanspruchnahme der Kartelltäter absehen; zu groß ist für sie die Gefahr, dass Kartelltäter den passing-on-Einwand geltend machen, ihre Schadensersatzklage abgewiesen wird und schließlich sie als unterlegene Partei die Kosten des Verfahrens tragen müssen.³⁷⁹ Auch ihr Interesse an Rechtsverfolgung wird deshalb regelmäßig gering sein.

Folglich steht nicht nur die Disproportion zwischen Kartellschaden und Prozesskosten, sondern auch die drohende Geltendmachung des passing-on-Einwands einem effektiven privaten Rechtsschutz entgegen: Ersteres führt bei Streugeschädigten, letzteres bei unmittelbar Kartellbetroffenen zu einer Scheu vor schadensrechtlichen Auseinandersetzungen.

Notwendig ist deshalb ein verfahrensrechtliches Institut, das dieser Ohnmacht ein Ende bereitet.³⁸⁰ Besonders geeignet sind dabei Klagemodelle des kollektiven Rechtsschutzes, da sie im Wege der Anspruchsbündelung das Prozesskostenrisiko verteilen und somit die prozessuale Apathie Streugeschädigter überwunden würde.³⁸¹ Da jedoch die im Spätherbst 2014 erlassene Richtlinie zum kartellrechtlichen

Schadensersatz³⁸² das Thema des kollektiven Rechtsschutzes vollkommen ausspart, ist mit entsprechenden Veränderungen - jedenfalls in absehbarer Zeit - wohl kaum zu rechnen. Dies verwundert; gab es doch schon vor einigen Jahren Ansätze, gemeinsame Grundsätze für kollektive Schadensersatzverfahren zu formulieren. Sowohl in einer Empfehlung³⁸³ als auch in einer Mitteilung³⁸⁴ griff die Europäische Kommission das Thema auf. Gleichwohl begründeten weder die Empfehlung noch die Mitteilung eine Handlungspflicht der EU-Mitgliedstaaten; zu den kollektiven Rechtsschutz betreffenden Neuerungen kam es in der Folge daher nicht.³⁸⁵

Damit fehlt bis heute ein prozessrechtliches Instrument, das nicht nur dem mit Streuschäden einhergehenden prozessrechtlichen Desinteresse,³⁸⁶ sondern auch dem durch die passing-on-defense geschaffenen Zustand³⁸⁷ entgegenwirkt (s.o.). Dass prozesskostenrechtliche Erwägungen materiell Schadensersatzberechtigte von der Verfolgung ihre Ansprüche abhalten, kann nicht der gesetzgeberischen Intention entsprechen.³⁸⁸ Kartelltäter müssen für die von ihnen verursachten Schäden haften; andernfalls drohen wohlfahrtsökonomisch und verhaltenssteuernd falsche Anreize gesetzt und die vom Wettbewerbsrecht ausgehende Abschreckungswirkung geschwächt zu werden. Das Nebeneinander von passing-on-defense und defizitären Rechtsschutzmöglichkeiten für Geringgeschädigte schafft kartellfreundliche Umstände und führt zu großen praktischen Problemen bei der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen. Der Kartelltätern zustehende Einwand der Schadensdiversifizierung lässt den für Kartellbetroffene grundsätzlich bestehenden Rechtsschutz ins Leere laufen. Damit wird die rechtspolitische Zielsetzung, einen starken privaten Rechtsschutz für jedermann zu schaffen,³⁸⁹ verfehlt.³⁹⁰

(4) Alternative Lösungsansätze

Der systemimmanente Konflikt zwischen passing-on-defense und defizitären Klagemöglichkeiten konnte als eine Ursache des Problems³⁹¹ identifiziert werden.³⁹² Obgleich sich die Ersatzfähigkeit von Streuschäden juristisch wie ökonomisch begründen ließ, erwies sich deren Durchsetzung als problematisch. Originäre Institute des kollektiven

Rechtsschutzes fehlen.

Fraglich ist deshalb, ob nicht andere, bereits vorhandene zivilprozessuale Instrumente dieses Problem zu lösen im Stande wären.³⁹³ Eine Verbindung von Schadensersatzansprüchen im Wege der Nebenintervention gem. § 66 ZPO würde wohl regelmäßig am fehlenden rechtlichen Interesse des Beitretenden scheitern. Denn von dem Urteil des Hauptprozesses mag zwar eine faktische Präcedenzwirkung ausgehen, doch reicht allein diese nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht aus, um ein rechtliches Interesse der Nebenintervenienten i.S. von § 66 Abs. 1 ZPO zu begründen.³⁹⁴ Auch verfahrensübergreifende Beweisverwertungen wären nicht geeignet, dem prozessrechtlichen Desinteresse der Geschädigten entscheidend entgegen zu wirken.³⁹⁵ Selbst mit Hilfe des Instituts der Streitgenossenschaft gem. § 59 f. ZPO ließe sich die prozessrechtliche Apathie wohl nicht überwinden. Zwar gehen mit dem prozessrechtlichen Instrument kostenrechtliche wie tatsächliche Vorteile einher; gleichwohl würde es bei indirekten Abnehmern bereits deshalb häufig keine Wirkung entfalten, da es aufgrund mangelnder Klageanreize regelmäßig am Erfordernis der individuellen Klageerhebung fehlen dürfte. Problematisch ist ferner, dass im Wege der Streitgenossenschaft nur solche Klagen verbunden werden können, die am selben Gericht erhoben wurden.³⁹⁶ Da jedoch kartellrechtswidrige Absprachen geographisch weit wirken, würde eine Klageverbindung häufig auch an dieser Voraussetzung scheitern. Und selbst wenn eine Verfahrensbündelung im Wege der Streitgenossenschaft möglich erschiene, bliebe die aufwendige (vor)prozessuale Koordinierung der verschiedenen Interessen eine große Herausforderung für die heterogene Gruppe von Kartellgeschädigten. Im Ergebnis zeichnet sich ein defizitäres Bild der zivilprozessualen Möglichkeiten in Deutschland ab.³⁹⁷

Die Etablierung eines Systems des kollektiven Rechtsschutzes wird deshalb langfristig notwendig sein,³⁹⁸ wenn man, wie es das europäische Wettbewerbsrecht fordert, einen effektiven Rechtsschutz für jedermann schaffen möchte.³⁹⁹

4. Kartellbeteiligter als Passivlegitimierter

Beteiligte einer Kartellabsprache und damit zugleich auch Anspruchsgegner eines Schadensersatzanspruchs nach § 33 Abs. 3 GWB sind grundsätzlich die Kartellierenden, also die einem Verbot oder einer kartellbehördlichen Verfügung Zuwiderhandelnden.⁴⁰⁰ Sie haften nach §§ 830, 840 Abs. 1 BGB als Gesamtschuldner;⁴⁰¹ der interne Schadensausgleich erfolgt nach § 426 Abs. 1 und 2 BGB.⁴⁰²

Die in § 33 Abs. 3 S. 1 i.V.m. Abs. 1 S. 1 GWB untersagten Verstöße umfassen sowohl Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften des GWB als auch gegen die Art. 101 und 102 AEUV.⁴⁰³ Für die kartellrechtliche Praxis sind die in § 1 GWB und Art. 101 AEUV niedergelegten verbotenen Koordinierungsformen besonders bedeutsam. Danach sind *„Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, verboten“* (§ 1 GWB). Das in Art. 101 Abs. 1 AEUV⁴⁰⁴ aufgestellte Kartellverbot ist in seiner Formulierung zwar detailreicher, entspricht in seinem Aussagegehalt jedoch weitestgehend § 1 GWB.⁴⁰⁵

a. Kartellrechtliche Koordinierungsformen

Kartelle entstehen durch Vereinbarung, Beschluss⁴⁰⁶ oder abgestimmte Verhaltensweise, wobei sämtlichen dieser kartellrechtlichen Koordinierungsformen⁴⁰⁷ der Gedanke gemein ist, das grundsätzlich vorherrschende Marktrisiko zu verringern bzw. auszuschließen.⁴⁰⁸

b. Anforderungen an ein *„aufeinander abgestimmtes Verhalten“* i.S.v. § 1 GWB

Neben den kartellrechtlichen Koordinierungsformen der *„Vereinbarung“* und des *„Beschlusses“*, erfüllt die Kategorie des *„aufeinander abgestimmten Verhaltens“* eine Art Auffangfunktion.⁴⁰⁹ Sie erlangt insbesondere dann Bedeutung, wenn Kartellbehörden den Verdächtigen zwar gegenseitigen Kontakt, nicht aber eine konkrete Vereinbarung nachweisen können. In ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung

nimmt der BGH ein aufeinander abgestimmtes Verhalten regelmäßig dann an, wenn „*Unternehmen ihr Marktverhalten einverständlich aufeinander ausrichten und voneinander abhängig machen, ohne sich dem Partner gegenüber dazu zu verpflichten*“.⁴¹⁰ Auch der EuGH definiert - in der Sache identisch - das aufeinander abgestimmte Verhalten als eine Form der Koordinierung zwischen Unternehmen, die „*zwar noch nicht bis zum Abschluss eines Vertrages im eigentlichen Sinne gediehen ist, jedoch bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt. Die aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen erfüllen daher schon ihrem Wesen nach nicht alle Tatbestandsmerkmale einer Vereinbarung, sondern können sich insbesondere auch aus einer im Verhalten der Beteiligten hervorgetretenen Koordinierung ergeben*“.⁴¹¹

aa. Abgrenzungsprobleme

Der tatbestandliche Anwendungsbereich der kartellrechtlich verbotenen Koordinierungskategorie des aufeinander abgestimmten Verhaltens lässt sich mitunter nur schwer bestimmen. Namentlich die Abgrenzung zwischen einer noch tatbestandsmäßigen aufeinander abgestimmten Verhaltensweise und einer - nach wohl herrschender Meinung - schon nicht mehr tatbestandsrelevanten Verhaltensabstimmung über den Markt⁴¹² stellt die Entscheidungspraxis der Behörden und Gerichte regelmäßig vor große Herausforderungen.⁴¹³

Diese Abgrenzung ist für die - provokante und im Folgenden zu diskutierende - These, Nichtkartellanten könnten durch ihr preisliches Nachziehen womöglich selbst zu Beteiligten des Kartells werden, von enormer Relevanz, denn das Verhalten eines Kartellaußenseiters wird namentlich durch die von ihm am Markt zur Kenntnis genommenen Veränderungen motiviert. Sofern eine Verhaltensabstimmung über den Markt - entgegen der wohl herrschenden Meinung - also tatsächlich als kartellrechtlich relevante Koordinierungsform zu qualifizieren wäre, so erschiene die Schlussfolgerung, Kartellaußenseiter würden durch ihr „*Nachziehen*“ Beteiligte einer Kartellabsprache, zumindest nicht ausgeschlossen.

(1) Nichtkartellant als Kartellbeteiligter? - Maßstäbe zur Abgrenzung

Für die Abgrenzung ist entscheidend, ab wann das Verhalten eines Unternehmens die Schwelle zur kartellrechtlich untersagten Koordinierungsform überschreitet und damit als eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise zu qualifizieren ist. Folgende Faktoren (siehe sogleich) werden in der weiteren Analyse als Abgrenzungsmaßstäbe fungieren.

(a) Reduzierung des Marktrisikos

Das kartellrechtliche Selbständigkeitspostulat untersagt jede Art der unmittelbaren oder mittelbaren Fühlungnahme zwischen Unternehmen, die geeignet ist, das mit einem unkoordinierten Marktverhalten einhergehende Risiko auszuschließen.⁴¹⁴ Wenn allein das dem Selbständigkeitspostulat zu entnehmende Kriterium der beabsichtigten Risikominderung für die Abgrenzung zwischen noch zulässigem und schon kartellrechtswidrigem Verhalten entscheidend wäre, ließe sich das „*Nachziehen*“ eines Kartellaußenseiters in bestimmten Konstellationen unter die Koordinierungsform des aufeinander abgestimmten Verhaltens subsumieren.⁴¹⁵ Denn geht man beispielsweise von einem besonders großen Marktanteil der Kartellierenden aus, so wird das unternehmerische Risiko für Kartellaußenseiter denkbar gering ausfallen. Letztgenannte können ihre eigenen Produktpreise dem Kartellpreis (nach Bedarf) anpassen, ohne befürchten zu müssen, dass das dann auch von ihnen gewählte höhere Preisniveau zu einer sie treffenden Umsatzeinbuße führen wird. Der - bildlich gesprochen - vom Kartell aufgespannte Schirm bietet ihnen Schutz und verringert das grundsätzlich vorherrschende Marktrisiko. Kartellaußenseiter werden vom Verhalten der Kartelltäter und den sich daraus zu ihren Gunsten ergebenden Geschäftschancen profitieren, ohne selbst Initiator eines kartellrechtswidrigen Verhaltens zu sein. Ganz nach dem ordoliberalistischen Motto⁴¹⁶ „*Wer den Nutzen hat, muss auch den Schaden tragen*“, könnte man deshalb meinen, dass ein Nachziehen eines Nichtkartellanten unter derartigen Umständen die Voraussetzungen einer kartellrechtswidrigen Koordinierungsform erfüllt.⁴¹⁷

Erweist sich jedoch allein das Observieren der Marktverhältnisse als

Ursache für ein - weitestgehend - risikoloses Handeln der Kartellaußenseiter, so drängt sich die Frage auf, ob dieses Verhalten tatsächlich schon die Qualität erreicht, die der Gesetzgeber als kartellrechtswidrig denunzieren wollte. Mit anderen Worten: Soll eine Verhaltensabstimmung allein über den Markt der wettbewerbswidrigen Koordinierungsform des aufeinander abgestimmten Verhaltens unterfallen? Strahlt sie tatsächlich dieselbe wettbewerbswidrige Bedrohung und Intensität aus, die einer Vereinbarung oder einem Beschluss innewohnen? Wäre allein auf das Kriterium der Risikominderung abzustellen, so ließe sich dies vertreten.

(b) Kommunikationselement

Gleichwohl scheint eine solche Auslegung schon mit dem Wortlaut der Norm nicht vereinbar. Eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise verlangt vielmehr ein Kommunikationselement zwischen den Beteiligten, wobei die Qualität der Verständigungsform und der Intensitätsgrad gegenseitiger Übereinstimmung variieren können.⁴¹⁸ Ein Minimum an gegenseitigem Kontakt ist jedoch stets unabdingbar.⁴¹⁹

Der Wortursprung des Begriffs „*abgestimmte Verhaltensweise*“ unterstreicht, dass ein solches Kommunikationselement für die Qualifizierung als kartellrechtswidriges Verhalten notwendig ist.⁴²⁰ So war der aus dem Antitrustrecht stammende Begriff der „*concerted action*“ Inspirationsquelle des deutschen Gesetzgebers, wobei jener Begriff seinerseits Auslegungssubstrat des aus Sect. 1 des Sherman Act stammenden Tatbestandsmerkmals „*combination or conspiracy*“ gewesen ist.⁴²¹ Das Tatbestandsmerkmal der „*conspiracy*“ findet seinen Ursprung schließlich wiederum im angelsächsischen Strafrecht und beschreibt „*einen strafrechtlichen Handlungsakt, in dem sich der in einer Abstimmung mehrerer Beteiligte zum Ausdruck kommende Vorsatz verwirklicht.*“⁴²² Eine Verhaltensabstimmung über den Markt als kartellrechtswidrige Koordinierungsform zu bewerten, wäre daher mit dem tatbestandlichen und rechtshistorischen Wortursprung nicht zu vereinbaren. Ein bloßes Abstellen auf das Kriterium der Risikominderung kann deshalb nicht überzeugen.⁴²³

Bei der Bewertung des Verhaltens muss vielmehr zusätzlich darauf geachtet werden, ob es in Koordinierungserwartung erfolgt, zu welchem Zeitpunkt die Information den Markt erreicht und welche Details dem Verhalten bzw. der Information zu entnehmen sind.⁴²⁴

Diese Determinanten (Qualität, Art und Zeitpunkt der dem Markt zugänglich gemachten Information) sind für die Bewertung eines Verhaltens essentiell. Allein das Handeln der Kartelltäter - in Kenntnis der Reaktionsverbundenheit der Wettbewerber⁴²⁵ - vermag es nicht, nachfolgendes Verhalten von Kartellaußenseitern als wettbewerbswidrig zu etikettieren. Auch die Rechtsprechung betont, dass es auf eine „*durch Verständigung*“ herbeigeführte Risikominderung ankommt.⁴²⁶ Wettbewerbspolitisch unbedenklich und nicht zu beanstanden ist deshalb ein bewusstes Parallelverhalten, das das Ergebnis reiner Marktbeobachtung ist.

(c) Spieltheoretische Überlegungen

Dies belegen auch ökonomische Analysen zu „*koordinierten Effekten*“ und „*kollektiver Marktbeherrschung*“.⁴²⁷ Insbesondere auf Märkten mit oligopolistischer Struktur kann es auch ohne konkrete Vereinbarungen zu einer Koordinierung unter den Marktteilnehmern kommen.⁴²⁸ Namentlich die geringe Anzahl von Unternehmen, die große Transparenz bei der Preispolitik und die Möglichkeit, ein Unternehmen für die Wahl seines - aus Sicht der anderen Marktteilnehmer - „*richtigen*“ oder „*falschen*“ Preisniveaus zu „*belohnen*“ oder zu „*bestrafen*“,⁴²⁹ ermöglichen eine Preiskoordination ohne Fühlungnahme.⁴³⁰

Spieltheoretische Überlegungen belegen auch, dass eine Koordinierung der Marktakteure nicht allein durch Kartellverträge möglich ist, sondern auch - selbst, wenn dies zunächst verwundern mag - auf einem Markt vorherrschende Interdependenzen hierfür ursächlich sein können.⁴³¹

(aa) Spieltheoretisches Beispiel

Zur Veranschaulichung sei folgendes spieltheoretisches Beispiel angeführt:

Zwei miteinander im Wettbewerb stehende Unternehmen erwirtschaften unter manipulationsfreien Wettbewerbsbedingungen jeweils einen Gewinn von 50. Beide könnten, vorausgesetzt sie koordinierten (verbotenerweise) ihre Preispolitik, ein Gewinn von 80 erzielen. Würde eines der Unternehmen vom kartellmanipulierten höheren Preisniveau abweichen und seine eigenen Produktpreise herabsetzen, so könnte es durch die zu seinen Gunsten eintretende Nachfrageverlagerung einen Gewinn von 100 erwirtschaften, während dem anderen Unternehmen lediglich ein Gewinn von 30 verbliebe. Entscheidend ist - und dies erklärt, weshalb man zunächst meinen könnte, Interdependenzen würden auf Marktakteure nicht koordinierend wirken -, dass ein „Wettlauf“ zwischen den Unternehmen entsteht. Für beide Unternehmen besteht ein Anreiz, als erster von einer wettbewerbswidrigen Absprache „nach unten“ abzuweichen, um den Trumpf des Preisgünstigeren auszuspielen.

(bb) Vergleich zum „prisoner’s dilemma“

Da sich, wie schon *Telser* im Jahre 1971 anmerkte, das spieltheoretische Konzept des „prisoner’s dilemma“ ebenso als „cartel’s dilemma“ spielen lässt, soll zunächst, bevor weitere Analyseschritte erfolgen, die Parallelität beider Spielvarianten vorgestellt werden.

Das eingangs erwähnte Beispiel ist dem spieltheoretischen Ansatz des „prisoner’s dilemma“ nachempfunden, wonach zwei Delinquenten eines Verbrechens verdächtigt werden. Beim staatsanwaltschaftlichen Verhör unterbreitet man beiden folgendes Angebot:⁴³² Gesteht der Befragte und belastet er seinen nichtgeständigen Komplizen, bleibt Erstgenannter straffrei, während Letztgenannter zu einer fünfjährigen Freiheitsstrafe verurteilt wird. Gestehen beide Delinquenten, wird jeder zu drei Jahren Haft verurteilt. Eine jeweils einjährige Freiheitsstrafe wird verhängt, wenn keiner gesteht. Beim Abwägen der Handlungsvarianten müssten beide Delinquenten erkennen, dass ein einvernehmliches Schweigen das für sie günstigste Gesamtergebnis (zwei Jahre Haft) bewirken würde. Misslich jedoch ist, dass sich jeder bei einem eigenen Geständnis in einer günstigeren Position sieht. Dies ist das „Dilemma“, dem das spieltheoretische Konzept seinen Namen verdankt. Angenommen Delinquent 2 gesteht nicht, so bliebe Delinquent 1 bei eigenem Geständnis

straffrei. Gesteht dagegen Delinquent 2, so sollte Delinquent 1 erneut gestehen, denn andernfalls stünde ihm anstelle einer dreijährigen eine fünfjährige Haft bevor. Delinquent 1 befindet sich in dem „*Dilemma*“, dass, obwohl ein beidseitiges Schweigen zur kürzesten Gesamtfreiheitsstrafe führen würde, ein eigenes Geständnis für ihn stets vorteilhafter ist.

(cc) „*Cartel's dilemma*“

In einem vergleichbaren „*Dilemma*“ befinden sich - um auf das Anfangsbeispiel⁴³³ zurückzukommen - Wettbewerber. So wie die Delinquenten bei beiderseitigem Schweigen ihre Haftstrafe auf ein Minimum hätten reduzieren können, steht es Wettbewerbern offen, ihre Gewinne durch manipulatives Verhalten (gemeinsame Absprache) zu steigern. Eine Absprache ist jedoch (wie auch im „*prisoner's dilemma*“) nach wettbewerbsrechtlichen Vorschriften verboten, sodass ein für beide profitableres Geschäft nicht durch konspirative Gespräche zu realisieren ist. Vielmehr bleiben Wettbewerber einem Marktrisiko ausgesetzt, das sie am Ende zur Wahl eines niedrigeren Preises bewegen wird. Wie für Delinquenten das eigene Schweigen die Gefahr birgt, zu fünf Jahren Haft verurteilt zu werden, so sehen sich Wettbewerber dem Risiko ausgesetzt, bei eigenem Preisanstieg aufgrund der zu ihren Ungunsten eintretenden Nachfrageverschiebung einen Großteil der eigenen Kunden zu verlieren. Sie werden deshalb durch die Wahl eines niedrigen Preises versuchen, das ihnen drohende Marktrisiko gering zu halten.

(dd) *Modifikation des spieltheoretischen Ansatzes des „cartel's dilemma“*

Diese spieltheoretischen Schlüsse mögen zwar - für sich genommen - logisch sein, doch entsprechen sie in einem ganz entscheidenden Punkt nicht den tatsächlichen Marktbegebenheiten. Stillschweigend wird davon ausgegangen, dass „*nur einmal gespielt wird*“, obwohl es dem wahren Wirtschaftsleben entspräche, dass einperiodige Spiel zu wiederholen. Das Konkurrenzverhältnis zwischen Unternehmen ist typischerweise gerade nicht nur von momentaner Dauer, sondern erstreckt sich für gewöhnlich über einen längeren Zeitraum, sodass die Möglichkeit der Reaktion besteht. Ein sich gegenseitiges „*Bestrafen*“ oder „*Belohnen*“ für und

durch die eigene Preispolitik eignet sich besonders gut, um auf das zukünftige Agieren der Wettbewerber Einfluss zu nehmen.⁴³⁴

Eine Koordinierung durch Interdependenzen und ein Gleichgewicht durch kollektive Marktbeherrschung lassen sich jedoch nur realisieren, sofern ein anreizkompatibles Arrangement gefunden wird, das einzelne Unternehmen davon abhält, Preise auf eigene Faust zu erhöhen bzw. zu reduzieren.⁴³⁵ Im ökonomischen Kontext werden solche Situationen als Nash-Gleichgewichte⁴³⁶ bezeichnet. Hierzu käme es beispielsweise dann, wenn alle Unternehmen ihr Produkt zu einem niedrigen Preis anböten.⁴³⁷

In Studien konnte nachgewiesen werden, dass bei mehrmaliger Spielwiederholung eine größere Chance zur Koordinierung besteht und sich Nash-Gleichgewichte häufiger einstellen.⁴³⁸ Namentlich die - wie *Axelrod* in umfangreichen Analysen nachwies - zu präferierende Strategie des „*Tit for Tat*“ fördere das Finden von Gleichgewichten und sei deshalb besonders erfolgsversprechend.⁴³⁹ Die „*Tit for Tat*“-Strategie zeichnet sich dadurch aus, dass sich der Spieler im ersten Durchgang kooperativ verhält, d.h. „*schweigt*“ bzw. „*einen hohen Preis wählt*“, während er in den darauffolgenden Spielrunden stets das Verhalten seines Gegenspielers kopiert.⁴⁴⁰ Diese Strategie konnte sich gegenüber anderen Spieltaktiken durchsetzen,⁴⁴¹ nicht zuletzt weil sie „*nett*“, „*verzeihend*“ und „*anpassungsfähig*“ ist.⁴⁴² *Axelrod* wies nach, dass sich kooperatives Verhalten im realen Wirtschaftsalltag durchsetzt, koordinierte Effekte zu kollektiver Marktbeherrschung führen können und die unter diesen Umständen hervorgerufenen Nash-Gleichgewichte höher als gewöhnlich ausfallen.⁴⁴³ Gewinnmaximierendes Parallelverhalten vermag solche Preisniveaus hervorzurufen, welche das Zugrundeliegen einer kartellrechtswidrigen Absprache vermuten lassen,⁴⁴⁴ obwohl für die Höhe des Marktgleichgewichts ebenso die konsequente Anwendung der „*Tit for Tat*“-Strategie ursächlich sein könnte.⁴⁴⁵

(2) Ergebnis

Es sprechen somit nicht nur der Wortlaut und dessen Historie, sondern auch ökonomische Erkenntnisse dafür, eine Verhaltensabstimmung über

den Markt als kartellrechtlich einwandfreies Verhalten zu bewerten. Das sich gegenseitige Beobachten und reflektierte Agieren am Markt sind Verhaltensweisen, die unserer Marktwirtschaft inhärent sind.⁴⁴⁶ Eine Subsumtion unter die Koordinierungsform des aufeinander abgestimmten Verhaltens liefe auf ein Verbot von Preiserhöhungen (im Oligopol) hinaus.⁴⁴⁷ Eine Verhaltensabstimmung über den Markt als kartellrechtswidrige Koordinierungsform zu qualifizieren und den Zuwiderhandelnden gem. § 33 Abs. 1 und 3 GWB persönlich haften zu lassen, wäre daher wertungswidersprüchlich und mit den Analyseergebnissen nicht zu vereinbaren.

bb. Notwendigkeit strengerer Verhaltensanforderungen in Sonderfällen -
Bedarf es einer Meldepflicht?

Die Ausführungen haben gezeigt, dass ein durch das Marktverhalten der Kartellanten motiviertes „*Nachziehen*“ von Kartellaußenseitern als solches nicht wettbewerbswidrig, aber als Ergebnis eingehender Marktbeobachtung und klugen Reagierens zu bewerten ist. Das Ausnutzen des vom Kartell aufgespannten Preisschirms kann nicht als kartellrechtswidrige Koordinierungsform qualifiziert werden. Nichtkartellanten werden durch ein preisliches „*Nachziehen*“ - anders als zuvor provokant behauptet - nicht Beteiligte einer von Dritten geschlossenen Kartellabsprache. Gleichwohl mag der Nachhall des ordoliberalistischen Mottos „*Wer den Nutzen hat, muss auch den Schaden tragen*“ nicht gänzlich verstummen und an das eigene Rechtsgefühl appellieren. Dabei dürfen die folgenden Ausführungen nicht als Hommage auf die Gefühlsjurisprudenz, sondern vielmehr als ein ernsthaftes Berücksichtigen der eigenen Rechtsideale verstanden werden.

(1) Eingangsbeispiel

Folgendes Beispiel soll Ausgangspunkt für weitere Überlegungen sein:

Auf einem Markt agieren die Wettbewerber A, B, C und D, wobei die drei Erstgenannten einen Marktanteil von 90% auf sich vereinen. Alle gehören dem verarbeitenden Gewerbe an. A, B und C vereinbaren, ihre Preise um 30% zu erhöhen und handeln wenig später entsprechend. Zu dieser Zeit

sind in der Branche weder Nachfrageveränderungen zu erkennen, noch lassen sich gestiegene Rohstoffpreise ausmachen. Auch andere Gründe, die diese Preisanhebung hätten erklären können, sind nicht ersichtlich. Durch Beobachten des Marktes erkennt D die Preisentwicklungen. Er will das Gewinnpotential nicht ungenutzt wissen und entschließt sich, seine eigenen Preise ebenfalls anzuheben.

(2) Sensibilisierung und Problemeinführung

Kann man unter diesen Umständen tatsächlich behaupten, D hege keinerlei Verdacht bezüglich einer zwischen A, B und C getroffenen Kartellabsprache? Steht es dem Preisanstieg nicht förmlich auf die Stirn geschrieben, dass er das Resultat einer kartellrechtswidrigen Absprache ist? Und will man D als Nutznießer des Kartells tatsächlich die für ihn positiven Effekte des Kartells nutzen lassen, während andere daran Schaden nehmen?

Sicherlich wird man entgegen können, allen Geschädigten stehe das Recht zu, erlittene Schäden von den Kartellanten ersetzt zu verlangen. Oftmals werden diese Ansprüche jedoch keinen Erfolg haben, weil Kläger an den (zu) hohen Beweisanforderungen scheitern.⁴⁴⁸ Es ist daher zu befürchten, dass Nichtkartellanten im Windschatten des Kartells Gewinne erwirtschaften, während Betroffene auf ihren Schäden sitzen bleiben.

Das verletzte Rechtsgefühl sollte hier deshalb als „*Rechtsquelle*“ für justiziable Lösungen fungieren.⁴⁴⁹ Derartige Einzelfälle bedürfen besonderer Regeln und Maßstäbe. Dass D sehenden Auges den von einer Kartellabsprache aufgespannten Preisschirm zum Zwecke des eigenen Profits ausnutzen kann und dabei andere Marktteilnehmer zu Schaden kommen, ruft Unverständnis hervor.⁴⁵⁰ Gleichwohl ein solches Verhalten - und dies sei an dieser Stelle noch einmal ausdrücklich betont - mangels kommunikativem Element kartellrechtlich nicht zu beanstanden ist und einem wirtschaftlich rationalem Agieren entspricht, bedarf es - zum Schutz der Verbraucher und des Wettbewerbs - einer Neuregelung.

(3) Verhaltensmaßstäbe

Situationen, denen ihre wettbewerbsrechtliche Unvereinbarkeit förmlich auf die Stirn geschrieben steht, erfordern einen besonderen Umgang. Insbesondere plötzlich auftretende, nicht zu erklärende Preissteigerungen legen die Vermutung eines Kartells nahe.⁴⁵¹ Wenn man ein bewusstes Ausnutzen solcher Situationen zukünftig unterbinden möchte, bedarf es neuer „Spielregeln“.

Namentlich die „MP3-Player Entscheidung“ des BGH⁴⁵² könnte hierfür - obwohl sie rechtsthematisch dem Patentrecht zuzuordnen ist - Inspirationsquelle sein.

(a) „MP3-Player“ Entscheidung

Der Bundesgerichtshof hatte sich im Rahmen der MP3-Player Entscheidung mit der Frage auseinanderzusetzen, ob ein Spediteur, der - ohne dies zu wissen - patentrechtsverletzende Güter transportierte, in den von der Patentrechtsinhaberin geltend gemachten Vernichtungsanspruch einwilligen muss. Die Klägerin nahm den Spediteur wegen eigener Verletzung des Klagepatents in Anspruch.⁴⁵³

Gleichwohl die Sachverhalte (jener und oben formuliertes Beispiel) zunächst sehr verschiedenartig anmuten, so sind sie bei näherer Betrachtung ähnlich gelagert. Der Spediteur, der kein positives Wissen über die Patentrechtswidrigkeit des von ihm transportierten Gutes hat, befindet sich in einer mit dem Kartellaußenseiter vergleichbaren Lage - passt doch Letztgenannter seine Preise aufgrund eines am Markt wahrgenommenen Preisanstiegs an, ohne zu wissen, welche Umstände hierfür ursächlich sind. Beide mögen - abhängig von den konkreten Umständen des Einzelfalls - mehr oder weniger stark vermuten, dass eine Schutzrechtsverletzung bzw. Kartellabsprache vorliegt und entschließen sich gleichwohl zum Tätigwerden - dem Transport der Ware bzw. der Anhebung der Preise.

Der BGH urteilte, dass „den Spediteur keine generelle Prüfungspflicht im Hinblick auf Schutzrechtsverletzungen durch die transportierte Ware trifft“,⁴⁵⁴ denn eine solche würde die „Tätigkeit nicht nur erheblich verteuern und komplizieren, sie wäre auch nicht zu rechtfertigen“.⁴⁵⁵

„Eine Pflicht zur Einholung von Erkundigungen und gegebenenfalls zur eigenen Prüfung der Ware kann jedoch für den Spediteur entstehen, wenn ihm konkrete Anhaltspunkte für eine Schutzrechtsverletzung vorliegen“.⁴⁵⁶ „Art und Umfang einer Rechtspflicht richten sich im Einzelfall nach Abwägung aller betroffenen Interessen und relevanten rechtlichen Wertungen“,⁴⁵⁷ wobei es entscheidend darauf ankommen soll, ob und inwieweit dem in Anspruch Genommenen nach den Umständen des Einzelfalls ein Tätigwerden zuzumuten ist.⁴⁵⁸ Überhöhte, die geschäftliche Betätigung unzumutbar erschwerende Anforderungen dürfen jedenfalls nicht an die Prüfung gestellt werden.⁴⁵⁹ Der BGH führte weiter aus, dass sich „der Spediteur nur so lange ohne weiteres darauf verlassen darf, dass von dem Versender oder Empfänger die absoluten Rechte Dritter beachtet werden, wie ihm nicht konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass diese Rechte tatsächlich nicht beachtet worden sind und er (der Spediteur) folglich an der unlauteren Handlung eines Dritten mitwirkt. Ergeben sich solche Anhaltspunkte muss der Spediteur die zumutbaren Maßnahmen ergreifen, um den Verdacht der Schutzrechtsverletzung aufzuklären. Ergibt die Aufklärung, dass eine Schutzrechtsverletzung vorliegt, darf der Spediteur die Mitwirkung an der objektiv rechtswidrigen Handlung des Dritten ebenso wenig fortsetzen, wie er sonst vorsätzlich eine Schutzrechtsverletzung unterstützen darf. Kann hingegen der Verdacht der Schutzrechtsverletzung ausgeräumt werden oder ist mit den ihm möglichen und zumutbaren Mitteln eine Klärung der Rechtslage nicht erreichbar und eine Schutzrechtsverletzung mithin nicht positiv festzustellen, ist der Spediteur nicht gehindert, seinen Auftrag auszuführen, auch wenn dies objektiv die Förderung einer Patentverletzung bedeutet.“⁴⁶⁰

(b) Transfer der Verhaltensmaßstäbe

Die Situation des Spediteurs ist - wie gesehen - mit der eines Kartellaußenseiters vergleichbar.⁴⁶¹ Ob sich die vom BGH in der MP3-Player-Entscheidung aufgestellten Verhaltensgrundsätze tatsächlich für einen Transfer auf wettbewerbsrechtliche Sachverhalte eignen, soll die folgende Analyse zeigen.

Eine generelle Prüfungspflicht muss - gleichlautend zu dem vom BGH im Patentrecht begründeten Ergebnis⁴⁶² - auch für das Wettbewerbsrecht

abgelehnt werden. Marktteilnehmer dürfen mit einer solchen Pflicht nicht belastet werden. Dies wäre nicht nur mit allgemeinen marktwirtschaftlichen Verhaltensmaßstäben unvereinbar, sondern erschiene auch realitätsfremd. Marktakteure müssen sich auch im Wettbewerbsrecht jedenfalls so lange ohne Weiteres darauf verlassen dürfen, dass keine wettbewerbswidrige Absprache geschlossen wurde, wie ihnen nicht konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass kartellrechtliche Grundsätze tatsächlich nicht beachtet worden sind. Insoweit scheinen die vom BGH in der MP3-Player Entscheidung aufgestellten Maßstäbe ohne Modifikation übertragbar.

Fraglich allerdings ist, welche Verhaltensmaßstäbe heranzuziehen sind, wenn konkrete Anhaltspunkte auf eine Kartellrechtsverletzung hindeuten. Bedarf es unter diesen Umständen eines Ergreifens aller zumutbaren Maßnahmen, um den Verdacht aufzuklären?⁴⁶³ Eine derartige Pflicht in das Wettbewerbsrecht zu integrieren, schiene nicht nur gewagt, stellt sie die Marktakteure doch vor große praktische Herausforderungen und Probleme, sondern ließe einzelne Marktakteure darüber hinaus auch zu „kleinen Wettbewerbshütern“ mutieren. Ein Melden gegenüber den Behörden gliche nicht nur einer Illoyalitätsbekundung, sondern brandmarke einen als Querulanten. Eine solche Pflicht wäre verfehlt und nicht erfolgversprechend. Die vom BGH in der Rechtssache „MP3-Player-Import“ aufgestellte Verhaltensobliegenheit, unter Umständen eigene Aufklärungsarbeit leisten zu müssen, bedarf daher einer kartellrechtsspezifischen Modifikation, denn selbst Sachverhalte, die es (sehr) wahrscheinlich erscheinen lassen, dass wettbewerbsmanipulative Absprachen getroffen wurden, rechtfertigen eine derartige Pflicht nicht.

Beide Extreme, „keinerlei Reglementierung“ (status quo⁴⁶⁴) bzw. „weitreichende Aufklärungspflicht“ (Maßstab der MP3-Player-Entscheidung; Patentrecht) sind somit wenig geeignet, hervorgehobene Herausforderungen und Bedenken angemessen zu erfassen.

Eine „Meldepflicht“, wonach Nichtkartellanten - sofern ihnen konkrete Anhaltspunkte bezüglich einer zwischen Dritten geschlossenen Kartellabsprache vorliegen - ihre Preise nicht erhöhen dürfen, ohne zuvor einer Wettbewerbsbehörde ihren Verdacht mitzuteilen, könnte die

widerstreitenden Zustände in „praktische Konkordanz“⁴⁶⁵ bringen. Handeln Kartellaußenseiter dieser Pflicht zuwider, haften sie für die deshalb entstehenden Schäden gesamtschuldnerisch mit den Kartelltätern. Der Anwendungsbereich wäre auf Einzelfälle beschränkt, die sich durch eine gewisse Evidenz auszeichnen, denn andernfalls würde eine Lähmung der marktwirtschaftlichen Eigendynamik drohen. Ferner wäre ihre Justiziabilität gewährleistet und ihr Ausnahmecharakter betont. Namentlich einfache Verdachtsmomente ohne substanziellen Gehalt dürften die Meldepflicht nicht auslösen. Vielmehr müsste die Kartellrechtswidrigkeit in den zu beurteilenden Situationen offensichtlich sein, denn eine ausufernde Meldepflicht wäre weder von den Marktakteuren erwünscht, noch würde es den Kartellbehörden helfen. Letztgenannte wären durch einen übertriebenen Meldeifer nämlich nicht nur schlicht überfordert, sondern stünden auch vor Problemen bei der internen Bearbeitungsreihenfolge.

(4) Bewertung und rechtliche Zulässigkeit

Die Meldepflicht - als Instrument zur Förderung von Rechtsklarheit und Gerechtigkeit - wäre in ihrer Ausgestaltung neuartig. Dabei war das „Zügeln“ persönlicher Profitgier einzelner Kartellaußenseiter zu Lasten Dritter Leitmotiv der inhaltlichen Ausarbeitung. Eindeutige Fälle des bewussten Ausnutzens eines Preisschirmeffekts wären zukünftig nicht nur verboten, sondern würden darüber hinaus auch eine Haftung der nachziehenden und nichtmeldewilligen Kartellaußenseiter begründen.

Obwohl sich die der Meldepflicht innewohnende Idee als unterstützenswerter Zweck darstellt, wird ihre rechtliche Umsetzung - wie zu zeigen sein wird - mit Schwierigkeiten verbunden sein.

Allgemeine, gesetzlich angeordnete Handlungspflichten - wie sie die Meldepflicht vorsähe - lassen sich im deutschen Recht nur zum Schutze besonders wichtiger Rechtsgüter rechtfertigen.⁴⁶⁶ Wettbewerbskonforme und manipulationsfreie Märkte sind wünschens- und erstrebenswert; derart bedeutsam, eine dem Wettbewerbsschutz dienliche Meldepflicht als allgemeine gesetzliche Handlungspflicht zu begründen, sind sie jedoch nicht. Die Meldepflicht gliche einer allgemeinen Einstandspflicht für den

manipulationsfreien Wettbewerb - ein idealistisch erstrebenswertes, jedoch rechtsdogmatisch nicht umsetzbares Vorhaben. Das Rechtsgefühl mag eine derartige Verpflichtung noch so sehr fordern - bestimmte Grenzen bleiben unumstößlich. Auch das Androhen einer zwischen Kartelltäter und Kartellaußenseiter gesamtschuldnerischen Haftung wäre rechtsdogmatisch unvertretbar. Das Sanktionieren eines Unterlassens ist im deutschen Recht allein dann zulässig, wenn den Unterlassenden eine Rechtspflicht zum Handeln traf. Eine solche kann vorliegend aber gerade nicht begründet werden. Auch vor diesem Hintergrund wäre das Implementieren jener kartellrechtsspezifischen Meldepflicht nicht zu rechtfertigen.

Damit bleibt festzuhalten, dass die kartellrechtsspezifische Meldepflicht idealistisch erstrebenswert wäre und bedeutend zum allgemeinen Wettbewerbsschutz beitragen würde. Gleichwohl kann das Konzept mit anderen Rechtsgrundsätzen nicht in Einklang gebracht werden; eine Integrierung in das deutsche Kartellrecht ist deshalb nicht möglich.

cc. Sonderkonstellation: Das Kartell neben dem Kartell

Dem bewussten Ausnutzen eines Preisschirmeffekts sind aber jedenfalls dort Grenzen gesetzt, wo das Verhalten der Kartellaußenseiter seinerseits eine kartellrechtswidrige Handlung darstellt. Dann führt das Ausnutzen der Kartellierung zur eigenen Haftung. Unter Rückgriff auf das Ausgangsbeispiel soll für die weitere Illustration nun von folgender Marktsituation ausgegangen werden:

Neben A, B, C und D befinden sich zwei weitere Unternehmen auf dem Markt. Die ursprüngliche Kartellabsprache besteht - wie im Ausgangsbeispiel - zwischen A, B und C. Nun jedoch reagiert nicht nur D auf die veränderte Marktsituation. Auch E und F wollen den Preissetzungsspielraum nutzen und sprechen sich - gemeinsam mit D - bezüglich ihres Reaktionsverhaltens ab.

Diese Sachverhaltskonstellation begründet eine die ursprünglichen Kartellaußenseiter treffende Schadensersatzpflicht. D, E und F wurden durch ihr Verhalten zwar nicht Beteiligte der ursprünglich zwischen A, B und C geschlossenen Kartellabsprache (s.o.), doch haben sie ihrerseits den Tatbestand der kartellrechtswidrigen Koordinierungsform des aufeinander

abgestimmten Verhaltens erfüllt. Durch das koordinierte Auftreten schufen sie ein Kartell neben dem Kartell. Für die dadurch verursachten Schäden haften D, E und F als Kartelltäter gesamtschuldnerisch. Die Schadensgeltendmachung erfolgt anhand der üblichen Maßstäbe. Allein im Rahmen der Schadensberechnung ist danach zu differenzieren, ob D, E und F über den von A, B und C gesetzten Kartellpreis hinausgingen, oder ob sie ihren Kartellpreis innerhalb des vom ersten Kartell aufgespannten Preisschirms platzierten. Während im Rahmen solcher gegen A, B und C gerichteten Schadensersatzklagen auf die Differenz zwischen manipulationsfreien Wettbewerbspreis und Kartellpreis abzustellen ist, muss bei gegen D, E und F geltend gemachten Schadensersatzklagen die Differenz zwischen ursprünglichem Kartellpreis und neuem Kartellpreis ermittelt werden (Handlungsalternative: Preis liegt über ursprünglichem Kartellpreis). Lediglich für diesen Preiszuwachs haften D, E und F alleine als Gesamtschuldner. Wählen D, E und F hingegen ein Preisniveau, das innerhalb des von A, B und C aufgespannten Preisschirms liegt, so haften alle Beteiligten (A, B, C, D, E und F) gemeinsam als Gesamtschuldner für die von den Kunden der D, E und F erlittenen Schäden.

5. Die Bezifferung von Kartellschäden

a. Das Problem

Während die in eine Schadensquantifizierung einzubeziehenden Schadensposten⁴⁶⁷ heute weitestgehend⁴⁶⁸ feststehen, bereitet die Schadensbezifferung im Rahmen der gerichtlichen Geltendmachung privater Schadensersatzklagen - unabhängig davon, ob es sich um Preisschirmschäden oder (un)mittelbar erlittene Kartellschäden handelt⁴⁶⁹ - häufig die meisten Probleme.⁴⁷⁰ Während bereits der Nachweis, Opfer einer Kartellabsprache geworden zu sein, viele Geschädigte in Beweisnöte bringt, stellt die konkrete Bezifferung des Schadens für Schadensersatzbegehrende eine noch größere Hürde dar.⁴⁷¹

Einer besonders problematischen Beweissituation sehen sich Preisschirmgeschädigte ausgesetzt. Sie tragen - insoweit besteht kein Unterschied zur soeben beschriebenen Situation - die Beweislast sowohl

für das Vorliegen eines Preisschirmschadens als auch für dessen konkrete Bezifferung der Höhe nach.⁴⁷² Darüber hinaus allerdings müssen Preisschirmgeschädigte nachweisen, dass und in welchem Ausmaß die Preissteigerung des Kartellaußenseiters auf den Kartellverstoß selbst zurückzuführen ist. Es bedarf einer umfassenden Untersuchung dahingehend, welcher Teil des festgestellten Preisabstandes der kartellunabhängigen Heterogenität des Produktes, welcher dem Preisschirmeffekt und welcher der tatsächlich kartellbedingten Preisüberhöhung geschuldet ist. Anforderungen, die in der Regel kaum zu erfüllen sind.

Das Problem stellt sich - unabhängig davon, ob es sich um (un)mittelbare Schäden oder Preisschirmschäden handelt - im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität. In der Regel werden die für eine exakte Abbildung des wettbewerbsanalogen Zustand erforderlichen Beweismittel nicht zur Verfügung stehen.⁴⁷³ Deshalb greifen Richter zur Schadensbestimmung im Rahmen kartellrechtlicher Schadensersatzverfahren regelmäßig auf § 287 ZPO zurück. Dieser gestattet ihnen unter Würdigung aller Umstände und nach freier Überzeugung die Höhe eines entstandenen Schadens zu schätzen. „Völlig in der Luft hängen“ darf die Schätzung des Gerichts dabei aber nicht;⁴⁷⁴ denn auch § 287 ZPO verlangt grundsätzlich eine gewisse, vom Beschwerdeführer beizubringende Tatsachengrundlage.⁴⁷⁵ Dennoch herrschen namentlich für wettbewerbsrechtlich Geschädigte erleichterte Beibringungsvoraussetzungen.⁴⁷⁶ Hier reduziert der Bundesgerichtshof - die praktischen Beweisschwierigkeiten berücksichtigend - das Maß der beizubringenden Anknüpfungstatsachen, indem er „an die Darlegung der Mindestvoraussetzungen für eine Schätzung wettbewerbsrechtlicher Schäden im Hinblick auf die natürlichen Beweisschwierigkeiten im Wettbewerbsrecht keine hohen Anforderungen stellt“.⁴⁷⁷ Im Rahmen wettbewerbsrechtlicher Schadensersatzprozesse sollen die vom Kläger beizubringenden Anknüpfungstatsachen sogar soweit reduziert werden, dass „das Gericht eine Schadensschätzung - gegebenenfalls des Mindestschadens - bereits dann vorzunehmen hat, wenn ein Schaden des Verletzten zweifelsfrei gegeben ist und nicht jegliche Anhaltspunkte zur annähernden Bestimmung eines Schadens fehlen“.⁴⁷⁸ Die Schwelle der zu

beweisenden Anknüpfungstatsachen ist daher, insbesondere im Rahmen wettbewerbsrechtlicher Schadensersatzbegehren, bemerkenswert niedrig.

Dennoch schrecken viele Geschädigte vor einer gerichtlichen Verfolgung ihrer Schadensersatzansprüche zurück, da ihnen die zur Aufarbeitung des Sachverhalts benötigten Informationen fehlen. Dieser im Kartellrecht häufig kritisierte Informationsmangel liegt unter anderem in der stark eingeschränkten Publikmachung bereits behördlich ermittelter Kartellsachverhalte begründet.⁴⁷⁹ Berichte und Bußgeldbescheide von Kartellbehörden über aufgedeckte, zerschlagene und schließlich bußgeldbehaftete Kartelle bleiben der Öffentlichkeit verschlossen oder werden an den entscheidenden Stellen geschwärzt.⁴⁸⁰ Dies ist bedauerlich, da gerade in diesen der kartellrechtlich relevante Sachverhalt aufgearbeitet wird. Für Kartellgeschädigte wäre die darin enthaltene Information deshalb überaus wertvoll. Bereits ein veränderter Umgang mit Beweismitteln und ein Veröffentlichen der von den Kartellbehörden ermittelten Kartelldetails gliche viele Informationsdefizite aus. Eine solche Veränderung ist jedoch - jedenfalls in absehbarer Zeit - nicht zu erwarten,⁴⁸¹ weshalb alternative Schadensberechnungsmethoden für das Begründen der haftungsausfüllenden Kausalität heranzuziehen sind.⁴⁸²

b. Schadensberechnungsmethoden

aa. Der Preisunterbietungsansatz

Kartellbetroffene tragen die Beweislast nicht nur für das Vorhandensein (haftungsbegründende Kausalität), sondern auch für den Umfang (haftungsausfüllende Kausalität) der geltend gemachten Schadenssumme.⁴⁸³ Es verwundert daher kaum, dass die (zu hohe) Beweislast häufig als Ursache für die niedrige Erfolgsquote privater Schadensersatzklagen genannt wird.⁴⁸⁴

Vor Einführung der Vergleichsmarktmethode (siehe sogleich) wurde zur Bestimmung des Kartellschadens und zur Ermittlung des wettbewerbsanalogen Zustands auf den sogenannten Preisunterbietungsansatz zurückgegriffen. Diesem lag die Annahme zugrunde, dass der durchschnittliche, während einer Kartellierungsphase

auftretende Unterbietungspreis den wettbewerbsanalogen Preis widerspiegelt. Diese Berechnungsart war jedoch nie unumstritten, denn warum gerade der Unterbietungspreis Rückschlüsse auf den Wettbewerbspreis zulassen soll, war für viele - zu Recht - nicht ersichtlich. Gleichwohl hielt man lange Zeit daran fest, weil Alternativen fehlten. Erst als der Preisunterbietungsansatz - nachdem er im Jahr 2006 vom OLG Düsseldorf im Fall „*Papiergroßhandel*“⁴⁸⁵ zur Bestimmung des wettbewerbsanalogen Zustands herangezogen wurde⁴⁸⁶ - harscher höchstrichterlicher Kritik ausgesetzt war, suchte man nach einer Alternative. In seinem Beschluss vom 19.06.2006 („*Papiergroßhandel*“) stellte der BGH klar, dass der Preisunterbietungsansatz zu wirtschaftlich nicht nachvollziehbaren Ergebnissen führt.⁴⁸⁷ *„Einen durchschnittlichen Unterbietungspreis als Marktpreis zugrunde zu legen, ist schon deshalb unzulässig, weil sich auf einem durch eine Preisabsprache kartellierten Markt kein Marktpreis entwickeln kann. Durch die Preisabsprache sind die Marktmechanismen außer Kraft gesetzt. Selbst wenn es zu Unterbietungen des abgesprochenen Preises kommt“*⁴⁸⁸ (wovon längst nicht immer ausgegangen werden kann), *„ist dies kein Ausdruck eines marktkonformen Wechselspiels zwischen Angebot und Nachfrage“*⁴⁸⁹, sondern lediglich eine Folge mangelnder Kartelldisziplin,⁴⁹⁰ *„vielmehr orientieren sich auch die davon abweichenden Preise letztlich an dem ausgehandelten Kartellpreis. Die die Preisbildung bestimmende Überlegung wird immer nur sein, ob und inwieweit der Konkurrent die abgesprochene Preisbindung seinerseits unterbieten wird.“*⁴⁹¹

Nach dieser deutlichen Kritik des BGH bedurfte es alternativer Berechnungsmethoden. Man erkannte, dass zur Bestimmung des wettbewerbsanalogen Zustandes insbesondere solche Parameter geeignet sind, die aus Märkten stammen, welche keine Beeinflussung durch das Kartell erfahren haben. An ihnen lasse sich besonders leicht ablesen, ob eine Preiserhöhung kartellbedingt, oder auf dritte Gründe - wie beispielsweise Nachfrageschwankungen, zusätzliche Kosten, ein verändertes Wettbewerbsumfeld etc. - zurückzuführen ist.

bb. Die Vergleichsmarktmethode

Man entwickelte die sogenannte Vergleichsmarktmethode - das

mittlerweile praxistauglichste Instrument zur Schadensbestimmung.⁴⁹² Untergliedert in räumliche, sachliche und zeitliche Modellvarianten geht sie der Frage nach, welche Preisunterschiede sicher dem Umstand der Kartellierung zuzuschreiben sind. Dabei müssen der betroffene Markt und der Vergleichsmarkt stets vergleichbar sein.⁴⁹³ Drittfaktoren der Preisbeeinflussung⁴⁹⁴ gilt es als solche zu identifizieren, um das kontrafaktische Szenario möglichst genau bestimmen zu können.⁴⁹⁵ Dabei steht die Generierung einer für die nachfolgende Schadensbestimmung⁴⁹⁶ brauchbaren Datengrundlage im Zentrum der ökonomischen Analysen.

(1) Zeitlicher Vergleichsmarkt

(a) Allgemeines

Die zeitliche Vergleichsmarktmethode (engl. „*before and after method*“⁴⁹⁷) ist bei den Gerichten besonders beliebt.⁴⁹⁸ Grundsätzlich muss zwischen drei möglichen Referenzzeiträumen unterschieden werden. Es können die Zeiten (1) vor und während, (2) während und nach und (3) vor und nach der Kartellierungsphase miteinander verglichen werden.⁴⁹⁹ Dass im Rahmen der zeitlichen Vergleichsmarktmethode stets der kartellierte Markt selbst als Referenzmarkt herangezogen werden kann, erweist sich als überaus vorteilhaft.⁵⁰⁰ Denn dies verhindert, dass bestimmte Marktmerkmale das Analyseergebnis verfälschen.⁵⁰¹ In der Theorie mag die Anwendung dieser Variante der Vergleichsmarktmethode deshalb häufig vollkommen problemlos erscheinen;⁵⁰² dies entspricht jedoch nicht der tatsächlichen Rechtspraxis.⁵⁰³

(b) Nachteile und Herausforderungen

Als problematisch und für die Genauigkeit der zeitlichen Vergleichsmarktmethode besonders relevant, stellt sich die Bestimmung des Anfangs- und des Enddatums einer Kartellabsprache heraus.⁵⁰⁴ Die exakte Festlegung des Anfangsdatums bereitet dabei vor allem deshalb Schwierigkeiten, weil Kartellierungen in der Regel nicht plötzlich beginnen, sondern schleichend in Erscheinung treten;⁵⁰⁵ ein konkreter „Start“ lässt sich häufig gerade nicht oder nur schwer datieren.⁵⁰⁶

Ähnliches gilt für die Bestimmung des Enddatums einer Kartellabsprache. Grund hierfür sind die mitunter sehr lang anhaltenden Nachwirkungen eines Kartells.⁵⁰⁷ Denn regelmäßig bereitet das Aufdecken einer wettbewerbswidrigen Absprache einem überhöhten Kartellpreis kein unmittelbares Ende.⁵⁰⁸ Auch das Einpendeln auf ein wettbewerbskonformes Preisniveau nimmt bisweilen einige Zeit in Anspruch.⁵⁰⁹ Vereinzelt besteht sogar die Gefahr,⁵¹⁰ dass durch die Etablierung von Parallelverhalten das frühere Preisniveau des Kartells am Markt längerfristig bestehen bleibt.⁵¹¹ Beteiligte einer wettbewerbswidrigen Absprache, aber auch andere Marktakteure, halten an den Maßstäben einer Kartellierung der höheren Umsatzrenditen wegen gerne fest.⁵¹² Dadurch kann es vorkommen, dass das wettbewerbliche Preisniveau überschätzt wird.⁵¹³ In derartigen Fällen kann das Preisniveau nach Beendigung des Kartells lediglich zur Bestimmung eines kartellbedingten Mindestschadens genutzt werden.⁵¹⁴

Aber auch das Gegenteil ist denkbar. Ein verschärfter Wettbewerb mag an eine Kartellzerschlagung anschließen, mit der Folge, dass der Marktpreis auf ein Niveau fällt, das unter dem früheren liegt.⁵¹⁵ Bisweilen nehmen Kartelltäter in der post-Kartellphase sogar ein zeitweiliges Verlustgeschäft in Kauf, um Nachfrage abzugreifen und andere Akteure aus dem Markt zu drängen.⁵¹⁶ Dass auch dieser Marktpreis nicht als Vergleichsmaßstab genutzt und als Preisniveau eines zuwiderhandlungsfreien Szenarios bewertet werden kann, liegt auf der Hand. Kartellnachwirkungen in dieser Dimension dürften jedoch eine Ausnahme darstellen; meist entwickelt sich der Marktpreis auf ein wettbewerbskonformes Niveau zurück und ein Preisvergleich bleibt möglich.⁵¹⁷

(c) Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die zeitliche Vergleichsmarktmethode den Vorteil des einheitlichen Marktes bietet. Entscheidende Merkmale des kartellierten Marktes entsprechen - von Drittentwicklungen abgesehen⁵¹⁸ - einander sowohl im kartellierten Zeitraum als auch im zu bestimmenden, zuwiderhandlungsfreien Szenario. Gleichzeitig besteht die Herausforderung, Referenzzeiträume klar zu

definieren und voneinander abzugrenzen. Ist man sich dieser Probleme bewusst, bietet das Instrument eine taugliche Grundlage zur Bestimmung kartellbedingter Preisaufschläge.⁵¹⁹

(2) Räumlicher Vergleichsmarkt

(a) Allgemeines

Im Rahmen der räumlichen Vergleichsmarktmethode werden zur Bestimmung des zuwiderhandlungsfreien Szenarios Preisentwicklungen auf räumlich verschiedenen, aber sachlich identischen Märkten miteinander verglichen. Entscheidend ist, ob und wie sich die Preise auf dem gebildeten Referenzmarkt während der Kartellierungsphase im Vergleich zu den Preisen auf dem kartellierten Markt verändert haben und voneinander unterscheiden. Dabei ist die korrekte Bestimmung des Referenzmarktes notwendige Voraussetzung für die Validität des späteren Analyseergebnisses. Die Reichweite des Wettbewerbsverstoßes definiert und grenzt den kartellierten Markt von anderen Märkten ab und gibt taugliche Vergleichsmärkte vor.⁵²⁰ Dennoch kann natürlich nicht jeder kartellfreie Markt als Referenzmarkt herangezogen werden. Bestimmte Kriterien müssen erfüllt sein, um zur Ermittlung des zuwiderhandlungsfreien Szenarios in Frage zu kommen. Je größer dabei die Ähnlichkeit zwischen kartelliertem und kartellfreiem Markt, desto geeigneter.⁵²¹ Denn es soll ausgeschlossen werden, dass Preisveränderungen auf dem Vergleichsmarkt divergierenden Marktcharakteristika geschuldet sind. Allein den Effekt der Kartellierung gilt es zu bestimmen; andere Einflüsse bedeuten einen Validitätsverlust und eine „*Trübung*“ des Analyseergebnisses.⁵²²

Die Gewissheit zu haben, dass die auf dem jeweiligen Referenzmarkt nachgewiesenen Preisentwicklungen grundsätzlich allein Drittfaktoren⁵²³ geschuldet sind, erweist sich als besonders vorteilhaft.⁵²⁴ Um so wichtiger ist es, auf die Vergleichbarkeit der preisbestimmenden Drittfaktoren von Referenzmarkt und kartelliertem Markt zu achten. Insbesondere Marktcharakteristika wie Nachfragestruktur, Kostenentwicklung, Wettbewerbsumfeld oder Marktregulierungsvorschriften⁵²⁵ sollten einander ähnlich sein, damit keine Zweifel an der Kartellbedingtheit

nachgewiesener Preisveränderungen bestehen.

Dieser Gewissheit⁵²⁶ kann man sich jedoch nicht sicher sein. Denn es kommt vor, dass divergierende Preisentwicklungen nicht auf die Beeinflussung bzw. Nichtbeeinflussung des Kartells zurückzuführen, sondern den Eigenheiten des jeweiligen Marktes geschuldet sind.⁵²⁷ Sicherlich kann die Vergleichbarkeit durch nachgelagerte Zu- oder Abschläge wiederhergestellt werden;⁵²⁸ dies ist gängige Rechtspraxis und in Maßen möglich.⁵²⁹ Die Grenze dessen ist aber jedenfalls dann überschritten, wenn die räumliche Vergleichsmarktmethode zur bloßen Spekulation wird.⁵³⁰ Dann bedarf es der Wahl eines anderen Referenzmarktes oder des Rückgriffs auf eine alternative Methode zur Bestimmung des zuwiderhandlungsfreien Szenarios.

(b) Sonderfall: Preisschirmeffekte

In Sonderfällen kann die Abgrenzung des räumlichen Vergleichsmarktes Schwierigkeiten bereiten.⁵³¹ Derartige Probleme treten häufig dann auf, wenn die Reichweite der Kartellierung nur schwer zu lokalisieren ist. Es ist nicht ausgeschlossen, dass die Folgen einer Zuwiderhandlung auch auf solchen Märkten zu Tage treten, auf denen sie selbst nie stattgefunden hat.⁵³² Grund hierfür kann eine auf einen kartellbedingten Preisanstieg zurückzuführende Nachfrageverlagerung sein.⁵³³ Frühere Kunden der Kartelltäter weichen aufgrund des erhöhten Kartellpreises auf angrenzende Märkte aus, sodass der dort spürbare Nachfragezuwachs auch in diesen Märkten Preissteigerungen verursacht, namentlich Preisschirmeffekte hervorruft.⁵³⁴ Sie erschweren das Festlegen eines Referenzraumes erheblich und „verwischen“ die Konturen der ursprünglichen Kartellierung.⁵³⁵ Die Bestimmung des zuwiderhandlungsfreien Szenarios erhält so eine zusätzlich zu berücksichtigende Komponente. Werden die Auswirkungen eines Kartells inkorrekt analysiert und wird ein räumlicher Vergleichsmarkt bestimmt, auf dem - anders als angenommen - doch Fernwirkungen des Kartells aufgetreten sind, droht ein zu hohes Preisniveau als Referenzwert zur Quantifizierung des Kartellschadens herangezogen zu werden. Die Validität des Vergleichs zwischen kontrafaktischem Preis und kartellbedingtem Preisaufschlag wäre

gefährdet.

Dass Kartellabsprachen auch entferntere Märkte tangieren können, muss daher stets bedacht werden.⁵³⁶ Namentlich sachlich, räumlich und zeitlich nicht eng begrenzten Kartellierungen scheint ein besonders ausgeprägtes Streupotential inhärent;⁵³⁷ auch oligopolistische Märkte begünstigen ein weites Wirken einer Zuwiderhandlung. Hier muss mit dem Entstehen von Preisschirmeffekten stets gerechnet werden.⁵³⁸ Werden Preisschirmeffekte jedoch als solche identifiziert und in ihrem Ausmaß korrekt bestimmt, geht von ihnen keine „Gefahr“ aus. „Infizierte“ Märkte können im Rahmen der räumlichen Vergleichsmarktmethode zwar nicht als Referenzmarkt herangezogen werden, gleichwohl als Messgröße zur Berechnung des kartellbedingten Mindestschadens genutzt werden. Dabei werden Kartellpreis und Angebotspreis der Nichtkartellanten miteinander verglichen, sodass jedenfalls diese Mindestdifferenz zum wettbewerbsanalogen Zustand als Mindestschaden quantifiziert werden kann.⁵³⁹

(c) Zusammenfassung

Eine hinreichende Ähnlichkeit zwischen kartelliertem Markt und Referenzmarkt wird von der räumlichen Vergleichsmarktmethode stets vorausgesetzt. In Erscheinung getretene Differenzen lassen sich mittels kleinerer Zu- oder Abschläge ausgleichen. Um fehlerhafte Marktanalysen zu vermeiden, muss bedacht werden, dass ausufernde Kartellfernwirkungen vorkommen können. Preisschirmeffekte schränken die zur Verfügung stehende Auswahl an räumlichen Vergleichsmärkten ein, können aber als Messgröße zur Berechnung eines kartellbedingten Mindestschadens fungieren. Die räumliche Vergleichsmarktmethode kann deshalb als taugliches Instrument zur Bestimmung eines zuwiderhandlungsfreien Szenarios bewertet werden.

(3) Sachlicher Vergleichsmarkt

(a) Allgemeines

Schließlich kann zur Bestimmung des zuwiderhandlungsfreien Szenarios

auch ein sachlicher Vergleichsmarkt gebildet werden. Die dritte Variante der Vergleichsmarktmethode versucht mittels eines Vergleichs zu einem Drittprodukt auf den kontrafaktischen Preisverlauf des kartellierten Produkts zu schließen. Dabei differieren allein die miteinander zu vergleichenden Produkte; was die räumliche und zeitliche Komponente betrifft, so liegt der sachlichen Vergleichsmethode derselbe Markt zugrunde.⁵⁴⁰ Wichtig und für die Aussagekraft des Vergleichs entscheidend, ist, dass das Vergleichsprodukt dem kartellbefangenen Produkt ähnlich ist.⁵⁴¹ Dabei ist insbesondere auf ein vergleichbares Nachfrageverhalten und eine gleichartige Anbieterstruktur zu achten.⁵⁴² Oftmals sind die den Produkten anhaftenden Spezifika jedoch derart ausgeprägt, dass ein Vergleich - allein auf zwei Produkte gestützt - nur schwer möglich ist. Es verwundert daher nicht, dass die sachliche Vergleichsmarktmethode meist nur ergänzend zur Bestimmung des zuwiderhandlungsfreien Szenarios herangezogen wird.⁵⁴³

(b) Sonderfall: Substitutionsprodukte

Abermals muss - wie auch im Rahmen der räumlichen Vergleichsmarktmethode - bei der Festlegung des sachlichen Vergleichsprodukts auf mögliche Fernwirkungen einer Kartellabsprache geachtet werden. Neben den „normalen Folgen“⁵⁴⁴ einer Kartellabsprache, besteht bei hohen Preisaufschlägen die Möglichkeit, dass Kunden nicht nur auf solche, dem kartellierten Produkt besonders ähnliche Produkte ausweichen,⁵⁴⁵ sondern auch Substitutionsprodukte nachfragen.⁵⁴⁶ Nachfrage- und damit einhergehende kartellbedingte Preissteigerungen können somit auch zu Gunsten von Substitutionsprodukten auftreten und zum Entstehen von Preisschirmeffekten führen. Als Referenz darf deshalb keinesfalls ein Produkt gewählt werden, dessen Preis selbst kartellbedingt durch eine weit wirkende Nachfrageveränderung gestiegen ist. Ein falscher - da zu hoher - Vergleichspreis würde zur Bestimmung des zuwiderhandlungsfreien Szenarios herangezogen werden; der kartellbedingte Preisaufschlag würde, wie auch der erlittene Schaden, unterschätzt. Zur Bestimmung der eigentlichen Zielgröße der Vergleichsmarktanalyse taugen kartellinfinanzierte Substitutionsprodukte daher nicht. Gleichwohl lassen auch sie - wie

räumliche, kartellbetroffene Vergleichsmärkte⁵⁴⁷ - Rückschlüsse auf einen bestimmten kartellbedingten Mindestschaden zu.

Kartellabsprachen können also nicht nur zeitlich und räumlich extrem weit reichen, sondern auch sachlich zunächst fernliegend erscheinende Märkte tangieren. Namentlich Kartellabsprachen mit extremen Preisaufschlägen wohnt eine solche Streuwirkung inne. Dies muss bei der Bestimmung des sachlichen Vergleichsprodukts stets bedacht werden.

c. Zusammenfassung

Die Vergleichsmarktmethode umfasst drei Dimensionen. Es können zeitliche, räumliche oder sachliche Vergleichsmärkte zur Bestimmung des zuwiderhandlungsfreien Szenarios gebildet werden. Welche Variablen sich für die Festlegung des Vergleichsmarktes besonders eignen, hängt vom jeweiligen Preisbeeinflussungspotential ab; schließlich ist der Preis Zielgröße des Vergleichs.

Eine verallgemeinerungsfähige Aussage lässt sich allein in Bezug auf solche Faktoren treffen, die in den einzelnen Varianten der Vergleichsanalyse regelmäßig besondere Bedeutung erlangen. Während für die räumliche Vergleichsmarktanalyse typischerweise preisbestimmende Faktoren mit Gebietsbezug von Relevanz sind, erfahren im Rahmen des sachlichen Vergleichs sowohl Produkteigenschaften als auch die auf dem jeweiligen Markt vorherrschenden Angebots- und Nachfragestrukturen besondere Berücksichtigung. Zeitlich sich schnell verändernde Variablen, wie Kostenfaktoren oder konjunkturelle Änderungen werden schließlich im Rahmen der zeitlichen Vergleichsmarktanalyse als die wesentlichen preisbestimmenden Faktoren angesehen. Diese abstrakten Maßstäbe führen jedoch nur dann zu brauchbaren Analyseergebnissen, wenn eine Quantifizierbarkeit der einzelnen Faktoren überhaupt möglich ist. Nicht immer wird dies der Fall sein. Dann kann es sinnvoll sein, zwei oder sogar alle drei Dimensionen der Vergleichsmarktmethode miteinander zu kombinieren.⁵⁴⁸ Mit Fernwirkungen einer Kartellierung, namentlich mit Preisschirmeffekten, ist stets zu rechnen. Insbesondere im Rahmen der räumlichen und sachlichen Vergleichsmarktanalyse sollte dies bedacht werden, um

fehlerhaften Analyseergebnissen vorzubeugen.

Kein Ansatz ist grundsätzlich besser geeignet als der andere. Nicht nur das Beweismaß, die Beweislast und die finanziellen Kosten,⁵⁴⁹ auch das Verhältnis von Analyseaufwand und Schadenshöhe sollten bei der Wahl, welcher Ansatz für die Schadensermittlung zu wählen ist, Berücksichtigung finden.⁵⁵⁰

Die Vergleichsmarktanalyse präsentiert sich als probates Mittel zur Bestimmung des zuwiderhandlungsfreien Szenarios.⁵⁵¹ Die Praxis greift hierauf regelmäßig zurück und das aus gutem Grund.⁵⁵² Das Analysieren preisbildender Mechanismen und das Berücksichtigen entsprechender Veränderungen sind für das Gelingen und die Validität der Untersuchung notwendige Voraussetzung. Nicht unerwähnt bleiben soll an dieser Stelle jedoch auch, dass jede Variante der Vergleichsmarktanalyse einer nicht unbeträchtlichen Datengrundlage bedarf. Sie mittels spezieller - teils komplizierter - Techniken⁵⁵³ und umfangreicher Gutachten im Vorfeld zu generieren, verursacht enorme Kosten. Trotzdem werden und können Klagende der Substantiiertheit ihres Klagevorbringens wegen nicht auf diese Methoden verzichten. Ob sich dies unter der neuen kartellrechtlichen Schadensersatzrichtlinie ändern wird, bleibt abzuwarten. Womöglich könnte die in Art. 17 Abs. 2 S. 1 der Richtlinie enthaltene gesetzliche Schadensvermutung zu einer gewissen Verbesserung führen.⁵⁵⁴

V. Rechtsvergleichende Analyse - Das U.S.-amerikanische Antitrustrecht als Inspirationsquelle?

Bevor eigene, die Position von Preisschirmopfern regelnde und ihre Rolle als Aktivlegitimierte eines kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs stärkende Umsetzungsvorschläge präsentiert werden, bedarf es eines horizonterweiternden und rechtsvergleichenden Blicks auf das U.S.-amerikanische Antitrustrecht. Wesentlichen Zielen der Richtlinie, namentlich der Stärkung des privaten Rechtsschutzes, wird im U.S.-amerikanischen Antitrustrecht eine höhere Bedeutung beigemessen. Eine rechtsvergleichende Analyse ist deshalb unerlässlich.⁵⁵⁵

1. Rechtslage in den USA

Empfehlungen zur Stärkung des privaten Rechtsschutzes entstammen inhaltlich oftmals dem klägerfreundlichen Antitrustrecht der Vereinigten Staaten⁵⁵⁶ - dem Mutterland des Kartellrechts.⁵⁵⁷ Der die kartellrechtliche Schadensersatzrichtlinie betreffende Umsetzungsprozess wird dazu führen, dass man als nationale Regierung auch auf das U.S.-amerikanische Antitrustrecht blickt.⁵⁵⁸ Ob das amerikanische Wettbewerbsrecht - insbesondere⁵⁵⁹ aus dem Sherman Antitrust Act (1890)⁵⁶⁰, dem Clayton Act (1914)⁵⁶¹ und dem Federal Trade Commission Act (1914)⁵⁶² bestehend - tatsächlich als Inspirationsquelle dienen wird, bleibt abzuwarten und soll in der folgenden Analyse näher untersucht werden.

Das amerikanische Wettbewerbsrecht blickt auf eine lange Tradition zurück und misst dem privaten Rechtsschutz große Bedeutung bei.⁵⁶³ Kaum eine andere Rechtsordnung vermag eine solche Vielzahl die private Rechtsdurchsetzung erleichternde Rechtsvorschriften aufzuweisen. Neben der in den USA bestehenden Möglichkeit der Schadensvervielfachung („*treble damages*“), erleichtern Institute wie das der „*pre-trial-discovery*“ oder die Klageform der „*class action*“ eine erfolgreiche Geltendmachung privater Schadensersatzklagen erheblich.⁵⁶⁴ Diese Rechtsinstitute des U.S.-amerikanischen Antitrustrechts sollen vorgestellt und auf ihre Kompatibilität mit dem deutschen Rechtssystem überprüft werden, denn es

erscheint fraglich, ob sie als Inspirationsquelle zur Stärkung und Fortentwicklung des privaten Rechtsschutzes in Deutschland bei der Umsetzung der kartellrechtlichen Schadensersatzrichtlinie herangezogen werden können.

a. Treble damages⁵⁶⁵

aa. Einführung

Das U.S.-amerikanische Rechtsinstitut der treble damages⁵⁶⁶ ermöglicht Aktivlegitimierten, eine über die Maße der Kompensation hinausgehende Schadenssumme zu verlangen,⁵⁶⁷ wobei deren Höhe auf das Dreifache des tatsächlich erlittenen Schadens begrenzt ist.⁵⁶⁸

Diese Schadensvervielfachung mag im amerikanischen Wettbewerbsrecht etabliert sein, doch ob ein Gewähren von Strafschadensersatz mit dem deutschen Kartellrecht vereinbar ist, erscheint höchst fraglich.⁵⁶⁹

bb. Kritik am Rechtsinstitut

Große Sorgen bereitet die Kompatibilität mit deutschen Rechtsgrundsätzen. Nicht nur der Kompensationsgedanke⁵⁷⁰ prägt das inländische Schadensersatzrecht maßgeblich;⁵⁷¹ auch die dem Staat zustehende, ihm obliegende Ausgleichsfunktion⁵⁷² und der aus Art. 103 Abs. 3 GG herzuleitende „*ne bis in idem*“-Grundsatz⁵⁷³ zählen zu den elementaren Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung. Sie drohen durch das Einführen eines entsprechenden Rechtsinstituts tangiert zu werden.

Schnell wird klar, dass ein Nebeneinander von kartellbehördlich verhängtem Bußgeld und privat geltend gemachter Schadensersatzstrafe,⁵⁷⁴ das Risiko der Doppelbestrafung in sich birgt.⁵⁷⁵ Denn dass ein privates Rechtsschutzverfahren auf ein kartellbehördliches Bußgeldverfahren abgestimmt wird, scheint illusorisch.⁵⁷⁶ Des Weiteren wäre unter diesen Umständen - spräche man sowohl der privaten als auch der staatlichen Rechtsdurchsetzung pönale Elemente zu - ein Wettlauf zwischen beiden zu befürchten.⁵⁷⁷ Auch der Vorschlag, die nachgelagerte

Gewährung eines Strafschadensersatzanspruchs von einem vorgeschaltetem Bußgeldverfahren abhängig zu machen, überzeugt nicht.⁵⁷⁸ Auf diese Weise wäre zwar zuletzt genannter Wettlauf ausgeschlossen, doch die Gefahr einer mangelhaften Abstimmung bestünde weiterhin fort. Praxistauglich erschiene deshalb allenfalls ein System, in welchem das bestrafende Element entweder ausschließlich dem privaten oder dem staatlichen Rechtsschutz zugesprochen wird.⁵⁷⁹ Bislang kommt diese Aufgabe im deutschen Rechtssystem ausschließlich dem Staat zu;⁵⁸⁰ hierzu hat man sich aus rechtspolitischer Überzeugung entschieden.⁵⁸¹ Weshalb zukünftig gerade die private Straffunktionsfähigkeit wirkungsvoller als die bisherige sein soll, erschließt sich einem nicht.⁵⁸²

Schließlich bleibt anzumerken, dass kein Konflikt mit dem Kompensationsgedanken (s.o.) besteht. Man mag über die Vereinbarkeit des „*bestrafenden Teils*“ eines Schadensersatzanspruchs mit dem deutschen Schadensersatzrecht unterschiedlicher Meinung sein und insoweit eine Unvereinbarkeit mit dem genannten Rechtsgrundsatz annehmen wollen. Dass jedoch auch einem Strafschadensersatz kompensatorische Elemente innewohnen, die zum Ausgleich erlittener Schäden beitragen, ist offensichtlich. Eine Überkompensation führt nämlich - wie dem Wortstamm zu entnehmen ist - jedenfalls immer auch zur Kompensation.

cc. Vorteile des Rechtsinstituts

Obwohl mit dem Rechtsinstitut viele Nachteile einhergehen, lassen sich auch positive Aspekte benennen. Namentlich die besondere Abschreckungswirkung⁵⁸³ und das Generieren zusätzlicher Klageanreize sprechen für das Rechtsinstitut.⁵⁸⁴ Das Risiko, sich einer Verdreifachung der Schadenssumme gegenüberzusehen, lässt potentielle Kartelltäter vor wettbewerbswidrigem Verhalten zurückschrecken.⁵⁸⁵ Ein wirkungsvoller, die Generalprävention fördernder Abschreckungseffekt kann bisweilen nur dann erreicht werden, wenn die Haftungssumme die Schadenssumme übersteigt.⁵⁸⁶ Im Sondergutachten Nr. 32 der Monopolkommission heißt es: „*Um Anreize zur Klageerhebung*⁵⁸⁷ *durch private Dritte zu verstärken,*

*ist die Einführung von Schadensersatzansprüchen, die den tatsächlich erlittenen Verlust spürbar übersteigen, zu erwägen.*⁵⁸⁸

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass eine vollkommene Aufklärungswahrscheinlichkeit des Kartells und dessen negativer Auswirkungen selten bzw. nie zu gewährleisten sein wird.⁵⁸⁹ Stets ist deshalb zu befürchten, dass bestimmte Schäden nicht (vollständig) erfasst werden. Das Institut der treble damages sorgt dafür, dass jener unter Umständen nicht messbare Allokationsverlust in die Schadenssumme integriert wird.⁵⁹⁰

dd. Benischs kritische Haltung zum Rechtsinstitut

Benisch hält diese Argumente hingegen für nicht überzeugend. Neben den bereits oben genannten Aspekten bezüglich einer Überspannung der Ausgleichsfunktion des Staates und des Konflikts mit Art. 103 Abs. 3 GG,⁵⁹¹ führe das Rechtsinstrument „zu einer Prozessiererei, die für Rechtspflege, Rechtsfrieden und Wirtschaftsleben schädlich wäre (...) und mit Leistung und Fairness im Geschäftsleben nichts zu tun hat. (...) Der gebotene Weg, sich an Gesetzesübertretern bereichern zu können, ist zugeschnitten für die Cleveren, die Skrupellosen, die Neider und die wirtschaftlich Gescheiterten; er gedeiht auf Racheinstinkten und erpresserischen Veranlagungen.“⁵⁹²

Obgleich die Kritik *Benischs* ins Polemische abdriftet, ist ihr ein berechtigter Kern nicht abzustreiten. Die Chance, übergebührenden Schadensersatz zu erlangen, motiviert zum Prozessieren⁵⁹³ und wirkt durch entsprechend hohe Schadensersatzsummen auf potentielle Kartelltäter abschreckend.⁵⁹⁴ Dass generalpräventive Signale erforderlich sind, um zukünftige, wettbewerbsmanipulierende Absprachen zu verhindern, steht außer Zweifel. Unverständlich bleibt jedoch, weshalb die private Rechtsverfolgung (für den Fall, dass man sich für eine Übertragung des Rechtsinstitutes entscheidet) diesem Bestreben in Zukunft besser gerecht werden soll. Das Argument, generalpräventive Wirkung könne (auch) im Wege des private enforcement durch eine Schadensvervielfachung erzeugt werden,⁵⁹⁵ ist mit diesem Einwand sicherlich nicht gänzlich entkräftet, doch erscheint diese Behauptung nicht

überzeugend genug, um von dem bislang bewährten System abzuweichen.⁵⁹⁶ Die mit einer Bußgelddrohung verbundenen Vorteile sprechen - zusammen mit den durch einen Strafschadensersatz einhergehenden Nachteilen - dafür, die generalpräventive Wirkung im deutschen Rechtssystem weiterhin durch eine behördliche Drohkulisse aufrechtzuerhalten und zu gewährleisten.

Das Rechtsinstitut der treble damages mag für sich genommen somit unterstützenswerte Ziele verfolgen, doch lässt es sich - ohne eine gravierende Umstrukturierung des jetzigen Rechtszustandes - nicht in das deutsche Recht integrieren.⁵⁹⁷ Auch der Europäische Gesetzgeber tritt der Einführung einer entsprechenden Regelung entschieden entgegen.⁵⁹⁸ Art. 3 Abs. 3 RL verbietet, dass Schadensersatz zu einer Überkompensation führt.⁵⁹⁹ Strafschadensersatz gewährende Vorschriften Eingang in das deutsche Wettbewerbsrecht finden zu lassen, scheint deshalb ausgeschlossen.⁶⁰⁰

ee. Mögliche Einfallstore für das U.S.-amerikanische Recht und die Sicht der deutschen Rechtsprechung

Selbst wenn sich der deutsche Gesetzgeber gegen eine Implementierung des Rechtsinstituts in das eigene Rechtssystem entscheidet (wovon auszugehen ist), bleibt fraglich, ob allein dies zur „Verteidigung“ vor U.S.-amerikanischen Strafschadensersatzklagen genügt.⁶⁰¹ Transkontinental agierenden Unternehmen könnte womöglich die Verwicklung in einen in den USA zur Anklage gebrachten Schadensersatzprozess drohen. Hierfür müsste das Haager Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen (HZÜ) vom 15. November 1965 (Bundesgesetzblatt 1977, Teil II, S. 1452) anwendbar sein. Denn jenes verpflichtet die Unterzeichnerstaaten grundsätzlich zur Zustellung ausländischer Klageschriften,⁶⁰² insbesondere auch solcher Klageschriften, mit denen Schadensersatzansprüche nach U.S.-amerikanischem Recht verfolgt werden.⁶⁰³ Einige bezweifeln bereits die Anwendbarkeit des HZÜ. Der starke pönale Charakter von punitive damages-Klagen führe dazu, dass es bereits an einer für das HZÜ

erforderlichen Zivil- oder Handelssache fehle (Art. 1 Abs. 1 HZÜ⁶⁰⁴).⁶⁰⁵ Schon der Anwendungsbereich des HZÜ sei folglich nicht eröffnet, weshalb eine Zustellungsobliegenheit in Bezug auf Strafschadensersatzklagen nicht angenommen werden könne.

Die große Mehrheit des Schrifttums und die Rechtsprechung teilen diese Einschätzung allerdings - zu Recht⁶⁰⁶ - nicht.⁶⁰⁷ Sie gehen von einer grundsätzlich bestehenden Übermittlungspflicht aus, mit der Folge, dass deutschen Unternehmen die Zustellung exorbitant hoher Schadensersatzklagen,⁶⁰⁸ welche in den USA zu Gericht getragen wurden, drohen kann.⁶⁰⁹ Gleichzeitig weisen auch sie jedoch darauf hin, dass die Zustellungsobliegenheit nicht ausnahmslos gelte.⁶¹⁰ Das Bundesverfassungsgericht urteilte in diesem Zusammenhang, dass die grundsätzliche Pflicht zur Übermittlung dort ende, wo das mit der Klage verfolgte Ziel *„offensichtlich gegen unverzichtbare Grundsätze eines freiheitlichen Rechtsstaats verstoße“*,⁶¹¹ namentlich dem deutschen *ordre public*⁶¹² zuwiderlaufe,⁶¹³ wobei die bloße *„Möglichkeit der Verhängung von Strafschadensersatz“*⁶¹⁴ hierfür noch nicht ausreiche. *„Die Zustellung einer Klage, mit der Ansprüche auf Strafschadensersatz nach U.S.-amerikanischem Recht geltend gemacht werden, (verletze) in der Regel nicht die allgemeine Handlungsfreiheit in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip.“*⁶¹⁵ Gleichwohl ist *„bei Forderungen von Strafschadensersatz in für einen Beschwerdeführer⁶¹⁶ existenzgefährdender Höhe (...) die Unvereinbarkeit einer Zustellung mit unverzichtbaren Grundsätzen eines freiheitlichen Rechtsstaats jedenfalls dann nicht schlechthin auszuschließen, wenn diese Forderungen offensichtlich rechtsmissbräuchlich sind“*.⁶¹⁷ In derartigen Situationen sei der deutsche Staat - hierauf weist das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich hin - gem. Art. 40 Abs. 3 EGBGB⁶¹⁸ und Art. 13 Abs. 1 HZÜ⁶¹⁹ verpflichtet, seiner ihm obliegenden Schutzpflicht durch Ablehnung bzw. Nichtübermittlung rechtsmissbräuchlicher Schadensersatzklagen nachzukommen.⁶²⁰ Denn drohenden, dem *ordre public* zuwiderlaufenden Verstößen müsse präventiv begegnet werden.⁶²¹ Damit relativiert das Bundesverfassungsgericht seine zunächst scheinbar liberal anmutende Haltung punitive damages-Klagen gegenüber. Und obwohl das Bundesverfassungsgericht allein über die eine ausländische

Strafschadensersatzklage betreffende Zustellungspflicht zu entscheiden hatte, tritt die dem Rechtsinstitut der punitive damages gegenüber vertretene Haltung deutlich zu Tage. Denn eine Zustellung fremder Schadensersatzklagen gegebenenfalls bereits aufgrund präventiver Erwägungen zu untersagen, zeigt die derartigen Klagen innewohnende, dem ordre public zuwiderlaufende Gefahr und betont die grundsätzlich bestehende Unvereinbarkeit mit dem deutschen Rechtssystem.

Während also das Bundesverfassungsgericht über die Zustellungspflicht der Zentralen Behörde⁶²² zu urteilen hatte, entschied der Bundesgerichtshof bereits im Jahre 1992, dass U.S.-amerikanische Strafschadensersatzurteile in Deutschland nicht vollstreckt werden dürfen.⁶²³ Mit der Begründung, punitive damages-Klagen seien mit wesentlichen Grundzügen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar, erklärte der Bundesgerichtshof pauschal zuerkannten Strafschadensersatz von nicht unerheblicher Höhe im Inland für nicht vollstreckbar.⁶²⁴ Der aus dem Rechtsstaatsprinzip herzuleitende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit stehe einer Vollstreckung entgegen.⁶²⁵ Ihm entstamme der dem zivilrechtlichen Schadensersatzrecht innewohnende Kompensationsgedanke, wonach Schadensersatz grundsätzlich allein zum Zwecke des Schadensausgleichs zu gewähren sei.⁶²⁶ Auch aus diesem Grund müsse eine Vollstreckbarerklärung abgelehnt werden. Darüber hinaus wies der Bundesgerichtshof zum einen darauf hin, dass *„Sanktionen, die der Bestrafung und Abschreckung - also dem Schutz der Rechtsordnung im allgemeinen - dienen, nach deutscher Auffassung grundsätzlich dem Strafmonopol des Staates“* unterfallen.⁶²⁷ Zum anderen deutete er - ohne hierzu substantiiert Stellung zu beziehen - an, dass zusätzliche Konflikte mit der öffentlichen Ordnung, ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG und eine Verletzung des Verbots der Mehrfachbestrafung (Art. 103 Abs. 3 GG) bei einer Vollstreckbarerklärung von Strafschadensersatzklagen zu befürchten seien.⁶²⁸ Schließlich schlussfolgerte er, dass diese *„zivilrechtsfremden Beweggründe (...) geeignet“* seien, *„die gesamten inländischen Haftungsmaßstäbe zu sprengen“*.⁶²⁹

Eine Vollstreckbarerklärung U.S.-amerikanischer Strafschadensersatzurteile ist damit in Deutschland ausgeschlossen.

ff. Zusammenfassung und Beurteilung und der Analyseergebnisse

Sowohl das Bundesverfassungsgericht als auch der Bundesgerichtshof beziehen klar Stellung. Sie erklären zwar die Zustellung (von Ausnahmen abgesehen), nicht aber die Vollstreckbarkeit U.S.-amerikanischer Strafschadensersatzklagen, als vereinbar mit dem deutschen Recht. Die Urteilsgründe lassen erkennen, weshalb das Rechtsinstitut mit der hiesigen Rechtsordnung inkompatibel ist. Wenn *K. Schmidt* schon im Jahre 1978 aus rechtspolitischer Überzeugung äußerte, dass der „*Mehrfach-Schadensersatz schlecht in die bürgerlichrechtliche Landschaft passt*“,⁶³⁰ so lag er mit seiner Einschätzung, was die Vereinbarkeit mit deutschem Recht betrifft, richtig. Von einer Umsetzung des U.S.-amerikanischen Rechtsinstituts der punitive damages in das deutsche Recht ist deshalb strikt abzuraten.⁶³¹

b. Pre-trial-discovery

aa. Einführung

Die pre-trial-discovery⁶³² - geregelt in den rules 26-37 der Federal Rules of Civil Procedure (FRCP)⁶³³ - dient der Nivellierung von Informationsasymmetrien und der Bekämpfung von Beweisschwierigkeiten.⁶³⁴ Die dabei im Fokus stehende Sachverhaltsermittlung kennt, wie auch die Beweismittelakquirierung, kaum Grenzen,⁶³⁵ denn die in den FRCP vorgesehenen Instrumente zur Sachverhaltsaufklärung sind weit gefasst. Nur sehr selten wird es zu einer Einschränkung der Informations- und Kooperationspflichten kommen. So statuiert Rule 26 (b) (1) FRCP: „*Unless otherwise limited by court order, the scope of discovery is as follows: Parties may obtain discovery regarding any non-privileged matter that is relevant to any party’s claim or defense. (...) Relevant information need not be admissible at the trial if the discovery appears reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence.*“⁶³⁶ Das Auskunftsverlangen einer Partei darf sich demnach sogar auf Beweisstücke beziehen, deren Zweck sich darin erschöpft, andere Beweismittel ausfindig zu machen.⁶³⁷ Dass die

discovery häufig auch als „*fishing expedition*“ tituliert wird, verwundert deshalb nicht.⁶³⁸

bb. Die Missbrauchsanfälligkeit der pre-trial-discovery

Ein fehlerfreies Funktionieren der pre-trial-discovery setzt voraus, dass Parteien und deren Anwälte das Rechtsinstitut nicht missbrauchen.⁶³⁹ Die Rolle des Gerichts ist grundsätzlich von untergeordneter Bedeutung, womit sich die pre-trial-discovery als selbstregulierendes Verfahren präsentiert.⁶⁴⁰ In den USA lassen sowohl die passive Richterstellung als auch die beeinflussende Verfahrensdominanz der betreuenden Anwälte die discovery zu einem missbrauchsanfälligen Rechtsinstitut werden.⁶⁴¹ Die „*American Rule*“ - ein verfahrensrechtlicher Grundsatz des amerikanischen Prozessrechts - wonach jede Partei ihre Rechtsverfolgungskosten selbst zu tragen hat,⁶⁴² verstärkt diese Gefahr. Taktieren und ein bewusstes Ausnutzen der gegnerischen Aufklärungsobliegenheit ermöglichen es, die Gegenpartei in eine kostenintensive discovery zu verwickeln.⁶⁴³ Überfordert der (finanzielle) Druck die zur Ausforschung verpflichtete Partei, ist diese schließlich nicht nur leichter erpressbar, sondern darüber hinaus auch vergleichswilliger.⁶⁴⁴ Die discovery kann bei missbräuchlicher Ausübung der Auskunftsrechte deshalb schnell zu einer Plattform für Erpressung und Pressure werden.⁶⁴⁵

cc. Zweifelhafter Mehrwert für das deutsche Rechtssystem

Obwohl die discovery Informationsasymmetrien ausgleicht, Beweisschwierigkeiten verringert und zur Stärkung des privaten Rechtsschutzes beiträgt, lassen einen die mit dem Rechtsinstitut verbundenen Nachteile vor einer Implementierung ins deutsche Prozessrecht zurückschrecken. Wenngleich durch die deutlich dominanteren und aktiveren Rolle des Richters im deutschen Prozessrecht die Missbrauchsgefahr hierzulande geringer scheinen mag, sollte dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass die discovery mit unserem deutschen Prozessrecht schlicht nicht kompatibel ist. Sicherlich würde sie - insbesondere mittelbaren Kartellopfen und Preisschirmgeschädigten - helfen, die für eine erfolgreiche Schadensersatzklage erforderlichen Beweisstücke zusammenzutragen, denn gerade jene Geschädigte stehen

oftmals vor enormen Beweisschwierigkeiten.⁶⁴⁶ Dennoch darf die Fortentwicklung und Stärkung des privaten Rechtsschutzes nicht mittels Integrierung des Rechtsinstituts der discovery erfolgen, denn es wäre bedauerenswert, würde sich die amerikanische Prozesskultur, welche von zeitaufwendigen und kostspieligen Verfahren geprägt ist,⁶⁴⁷ auch in Deutschland einbürgern. Auch die Tradition des deutschen Zivilprozessrechts steht der Einführung einer vergleichbaren Regelung entgegen. Denn anders als die U.S.-amerikanische pre-trial-discovery oder die englische disclosure of documents, ist es dem deutschen Zivilprozessrecht fremd, die vollkommene Wahrheit zu ergründen.⁶⁴⁸ Die deutsche Prozessordnung wird vom Beibringungsgrundsatz getragen, der das Anführen geeigneter Beweismittel grundsätzlich zur Aufgabe der Prozessparteien erklärt.⁶⁴⁹ Kann die Wahrheit im Zuge dessen nicht vollkommen nachgewiesen werden, so ist dies hinzunehmen. Die Einführung einer der pre-trial-discovery vergleichbaren Regelung wäre daher auch aus diesem Grund kaum mit dem deutschen Zivilprozessrecht zu vereinbaren.

dd. Haltung des Bundesverfassungsgerichts

Selbst wenn das Bundesverfassungsgericht in der bereits oben zitierten Entscheidung anmerkt, dass ein möglicherweise drohendes pre-trial-discovery-Verfahren keineswegs stets dazu führt, dass eine - im Sinne des Art. 40 EGBGB bzw. des § 13 HZÜ - besonders schwere Beeinträchtigung der Wertungsgrundlagen der Rechtsordnung droht,⁶⁵⁰ so kann und darf dies sicherlich nicht als „*Freifahrtsschein*“ für eine Integrierung des Rechtsinstituts in das deutsche Prozessrecht verstanden werden.⁶⁵¹ Vielmehr sieht das Bundesverfassungsgericht die Zentrale Behörde - entsprechend des Haager Zustellungsübereinkommens - verpflichtet,⁶⁵² auch solche Schadensersatzklagen zuzustellen, die mit einem U.S.-amerikanischen pre-trial-discovery-Verfahren einhergehen. Dieses Tolerieren des Bundesverfassungsgerichts als eine Form des Zugeständnisses zu werten, wäre jedoch im Lichte der vorangegangenen Interpretation verfehlt.

ee. Zusammenfassung und Ausblick

Es wurde deutlich, dass das Rechtsinstitut der discovery nicht in das deutsche Prozessrecht übertragbar ist. Sicherlich bietet es insbesondere aufgrund einer erleichterten Informationsbeschaffung und der damit verbundenen vereinfachten Klagegeltendmachung Vorteile. Gleichwohl können diese positiven Effekte nicht die mit einer Implementierung einhergehenden Nachteile kompensieren.

Die Weiterentwicklung des privaten Rechtsschutzes wird deswegen jedoch nicht stagnieren. Denn die in der Richtlinie des Europäischen Parlaments und Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union⁶⁵³ vorgesehenen Neuerungen betonen und erweitern die Rechte der Schadensersatzberechtigten,⁶⁵⁴ ohne dabei altbewährte Grundregeln des Prozessrechts hintenanzustellen. Die Richtlinie kann als Kompromiss zwischen der bisherigen konservativen Rechtslage und dem Bedürfnis nach Fortschritt verstanden werden. Die dominante und kontrollierende Rolle des Richters muss und wird auch weiterhin prägend sein. Dies schließt Reformen jedoch nicht grundsätzlich aus, sondern führt lediglich zu einer Einschränkung der zur Verfügung stehenden Möglichkeiten. Namentlich die in Art. 6 Abs. 5, 6 und 9 der Richtlinie getroffenen Regelungen präsentieren sich als ein - die Offenlegung von Beweismitteln bestimmendes - differenzierendes System, welches sich für eine Reformierung der privaten Rechtsdurchsetzung hervorragend eignet.⁶⁵⁵ Die Staffelung in verschiedene Beweismittelkategorien - „*gray list*“ (Art. 6 Abs. 5 RL), „*black list*“ (Art. 6 Abs. 6 RL) und „*white list*“ (Art. 6 Abs. 9 RL) - schafft einen angemessenen Ausgleich divergierender Parteiinteressen.

c. Class action

aa. Einführung und allgemeine Hinweise

Die class action (zu dt. Gruppenklage) ist das bekannteste und wohl zugleich wichtigste prozessrechtliche Institut des kollektiven Rechtsschutzes.⁶⁵⁶ Es erlaubt einer Person, die Ansprüche aller Beteiligten zu bündeln und in Form eines Gesamtschadens einzuklagen. In den USA

wurde die Gruppenklage im Jahre 1966 durch eine gesetzliche Reformierung⁶⁵⁷ der bis dahin zu wagen gebliebenen Regelungen näher konkretisiert.⁶⁵⁸ In Titel IV Rule 23 der FRCP legte man die an eine class zu stellenden Voraussetzungen fest. Danach soll es auf a) die Gruppenstärke (numerosity), b) die gemeinsame Rechtsfrage (commonality), c) einen geeigneten, die typischen Interessen der Gruppe vertretenden Repräsentanten (typicality) und d) dessen Loyalität gegenüber der class (adequate representation) ankommen.⁶⁵⁹ Als charakteristisch für das prozessrechtliche Institut der class action erweist sich die Tatsache, dass dessen Rechtswirkungen grundsätzlich für alle class members bindend sind.⁶⁶⁰ Für Gruppenmitglieder, die von ihrer „opt out“-Möglichkeit keinen Gebrauch machen, ergeht ein rechtskräftiges und bindendes Urteil; auch an einen geschlossenen Vergleich sind sie gebunden. Ein anschließendes Individualverfahren kann nicht mehr angestrengt werden.⁶⁶¹

Wichtig für die weitere Beurteilung ist die Unterscheidung zwischen einer „lawyerdriven“-class action⁶⁶² und einer „aggregation type of class action“. Während sich erstgenannte dadurch auszeichnet, dass class members aktiv - meist von Anwälten - „gesucht“ werden, gelangt letztgenannte Klageformalternative durch ein auf Eigeninitiative beruhendes selbständiges Bündeln der Kläger zur Entstehung.⁶⁶³

bb. Die Zwecke einer Sammelklage

Die mit der class action verfolgten Grundideen sind vielfältiger Natur. Neben den allgemeinen Leitprinzipien des privaten Rechtsschutzes (Individualschutz und Verhinderung monopolbedingter Wohlfahrtsverluste) zielt das prozessrechtliche Instrument der Sammelklage insbesondere auf die Zwecke der Verfahrensbündelung, der Effizienzsteigerung und des Schadensausgleiches ab.⁶⁶⁴ Es wirkt verstärkt verhaltenssteuernd, indem es klagefördernde Anreize schafft.⁶⁶⁵ Häufig verursachen kartellrechtswidrige Absprachen (insbesondere Preisabsprachen) Streuschäden, die eine Vielzahl von Personen mit individuell überschaubaren Schäden belasten, aber in der Summe zu einem beträchtlichen Ausmaß führen.⁶⁶⁶ Jene Schäden eigens gerichtlich geltend

machen zu wollen, wäre angesichts der hohen Prozesskosten und eines womöglich langjährigen Verfahrens mit ungewissem Prozessausgang wirtschaftlich unvernünftig.⁶⁶⁷ Erst die Bündelung der Streuschäden macht eine andernfalls unrentable Rechtsverfolgung für geringfügig Geschädigte attraktiv.⁶⁶⁸ Es gilt zu verhindern, dass Kartelltäter vom prozessrechtlichen Desinteresse der Kartellopfer profitieren.⁶⁶⁹

Mit dem Zweck der Verfahrensbündelung geht das Interesse an einer Effizienzsteigerung einher. Durch das Zusammenfügen voneinander isolierter Einzelprozesse lassen sich Synergieeffekte erzielen, die durch das Vermeiden repetitiver Verfahren⁶⁷⁰ oder das Verhindern widersprüchlicher Urteile⁶⁷¹ zu einer verbesserten und schnelleren Verfahrensabwicklung führen.⁶⁷²

cc. Die ungewisse Zukunft der class action im deutschen Kartellrecht

Damit wäre das Rechtsinstitut der class action geradezu prädestiniert, um den privaten Rechtsschutz - namentlich auch zugunsten von Preisschirmgeschädigten - zu stärken; schließlich ist es typisch, dass gerade Preisschirmschäden in ihrem Ausmaß deutlich geringer als Schäden von Direktkunden der Kartellanten ausfallen.⁶⁷³ Die class action würde deshalb die Scheu vor einer gerichtlichen Auseinandersetzung mindern und das Prozesskostenrisiko senken.⁶⁷⁴

Gleichwohl kann mitnichten behauptet werden, das prozessrechtliche Institut der class action wäre lediglich mit Vorteilen behaftet. Das Gegenteil ist der Fall: Klägern wie Beklagten drohen empfindliche Nachteile.⁶⁷⁵ Während für Kläger, namentlich in anwaltlich geführten class action Verfahren (lawyer-driven class action)⁶⁷⁶ die Gefahr besteht, dass weniger sie als Geschädigte als vielmehr die Anwälte als Repräsentanten der class profitieren,⁶⁷⁷ kann die Beklagtenseite durch den extremen Streitwert eines Schadensersatzverlangens enorm unter Druck gesetzt werden.⁶⁷⁸ Denn durch das Bündeln von Kartellschäden lassen sich Haftungssummen generieren, die - in Verbindung mit publizistischem Druck⁶⁷⁹ - als besonders wirkungsvolles Drohmittel⁶⁸⁰ eingesetzt und als solches missbraucht werden können.⁶⁸¹ Daneben kann die Abtretung von

Schadensersatzansprüchen an einen unterfinanzierten Dritten zu einer unangemessenen, namentlich sittenwidrigen und damit unwirksamen Verlagerung des Prozesskostenrisikos führen.⁶⁸² Besonders kritisch werden auch sog. „*blackmail settlements*“ betrachtet, in denen sich Betroffene auf einen Vergleich unter Wert einlassen, weil sie die noch bevorstehenden Rechtskosten fürchten.⁶⁸³

dd. Die Haltung des Bundesverfassungsgerichts und des OLG Düsseldorf

Auch das Bundesverfassungsgericht hat zu U.S.-amerikanischen Sammelklageverfahren Stellung bezogen. Es befasste sich mit der Frage, ob die Zustellung einer auf einer class action basierenden Schadensersatzklage „*offensichtlich gegen unverzichtbare Grundsätze eines freiheitlichen Rechtsstaats verstößt*“.⁶⁸⁴ Der Antrag der Beschwerdeführerin wurde - wie auch schon in den zuvor zitierten Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen - auf Art. 13 Abs. 1 HZÜ gestützt. „*Die class action diene (...) - so die Beschwerdeführerin - offenkundig nur dem Ziel, durch eine möglichst hohe Zahl von Beklagten und eine möglichst hohe potenzielle Schadenssumme die Vergleichsbereitschaft der Beklagten zu erhöhen*“.⁶⁸⁵ Es werde „*in rechtsmissbräuchlicher Art und Weise unter Ausnutzung der Kostentragungsregeln (publizistischer) Druck aufgebaut, um die Beteiligung der Beschwerdeführerin an einem Vergleich zu erzwingen*“.⁶⁸⁶

Bevor das Bundesverfassungsgericht konkret über den Antrag der Beschwerdeführerin entschied, betonte es, dass sich die Bundesrepublik Deutschland „*durch den Beitritt zum HZÜ grundsätzlich verpflichtet habe, Verfahren vor ausländischen Gerichten zu fördern und andere Rechtsordnungen auch dann zu achten, wenn sie nicht mit dem deutschen Rechtsverständnis übereinstimmen*“.⁶⁸⁷ Eine Ausnahme statuiert in diesem Zusammenhang lediglich Art. 13 HZÜ, dessen Anwendungsbereich jedoch äußerst restriktiv auszulegen sei.⁶⁸⁸ Obwohl die class action eine Art gesamtschuldnerische Haftung der Beklagten beantrage (joint and several liability), sodass jeder Beklagte grundsätzlich Gefahr läuft, unabhängig von der Reichweite seines Verursachungsbeitrags, im Ergebnis auf die gesamte Schadenssumme zu haften, verstoße allein dies - auch wenn es den Vergleichsdruck weiter

erhöht - nicht gegen unverzichtbare Grundsätze eines freiheitlichen Rechtsstaats.⁶⁸⁹

Diese zustellungsfreundliche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts darf - dies sei noch einmal ausdrücklich betont - nicht darüber hinwegtäuschen, dass (bedeutende) Vorbehalte gegen das prozessrechtliche Rechtsinstitut der class action bestehen. Beispielhaft sei die „*CDC-Entscheidung*“ des OLG Düsseldorf genannt, in der sich das Gericht u.a. mit der Zulässigkeit einer das Zementkartell betreffenden Sammelklage befassen musste.⁶⁹⁰ Die Klage wurde vom OLG aufgrund der fehlenden Klageberechtigung der „*class-Vertreterin*“ abgewiesen.⁶⁹¹ Die Klägerin stützte ihre Aktivlegitimation auf Forderungsabtretungen der Kartellgeschädigten. Diese waren jedoch unwirksam, da sittenwidrig. Das OLG legte dar, dass „*eine Forderungsabtretung sittenwidrig ist, wenn eine unvernünftige Partei zur gerichtlichen Durchsetzung von Ansprüchen vorgeschoben wird und dies bezweckt, das Kostenrisiko zu Lasten der beklagten Partei zu vermindern oder auszuschließen*“.⁶⁹² Dies sei regelmäßig dann anzunehmen, „*wenn der Zedent bzw. der Rechtsträger einen wesentlich besseren finanziellen Rückhalt als der Zessionar bzw. der zur Prozessführung Ermächtigte hat*“.⁶⁹³ Einer amerikanischen Klageaktivität und -moral wird damit entschieden entgegengetreten. Das OLG weist darauf hin, dass die mit einer Sammelklage angestrebten Vorteile der Prozessökonomie - namentlich die Vermeidung mehrfacher Beweisaufnahmen und die Einsparung von Prozesskosten - auch mit einer aktiven Streitgenossenschaft zu erzielen gewesen wären.⁶⁹⁴ Der Rückgriff auf das prozessrechtliche Instrument „*Sammelklage*“ (nach amerikanischem Vorbild) sei gerade nicht notwendig.

Kainer und *Persch* dagegen wollen das Argument der sittenwidrigen Prozesskostenverlagerung nicht ohne weiteres gelten lassen. Mit Blick auf den europäischen Effektivitätsgrundsatz sei § 138 BGB bei Abtretungskonstellationen im Rahmen kartellbedingter privater Sammelklagen teleologisch zu reduzieren. Namentlich die mit einer Sammelklage einhergehende effektivere Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, das Nivellieren ökonomischer Disparitäten und das Einrücken Privater in das wettbewerbsrechtliche Sanktionsgefüge würden einen großzügigeren Umgang bei der Bewertung von

Forderungsabtretungen rechtfertigen.⁶⁹⁵ An die Liquidität des Dritten dürften in kartellrechtlichen Schadensersatzverfahren jedenfalls dann keine zu hohen Anforderungen gestellt werden, „wenn eine einschlägige und bestandskräftige Entscheidung einer Kartellbehörde bzw. eines Kartellgerichts vorliegt, das festgestellte Kartell ein Hardcorekartell ist und der Kläger Tatsachen vortragen kann, die einen Anscheinsbeweis in Bezug auf das Entstehen eines Schadens und eine Schadensschätzung gem. § 287 ZPO im Rahmen des geltend gemachten Schadens zulassen“.⁶⁹⁶ Kainer und Persch schlussfolgern sogar, dass sich bei Berücksichtigung des europäischen Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatzes „die Sittenwidrigkeit einer Abtretung kartellrechtlicher Schadensersatzforderungen auf ein hierfür spezialisiertes Unternehmen zur prozessweisen Geltendmachung kaum mehr begründen lasse“.⁶⁹⁷

Diese Schlussfolgerung setzt jedoch voraus, dass der Effektivitätsgrundsatz auf den kollektiven Rechtsschutz anwendbar ist. Da der Europäische Gesetzgeber zuletzt⁶⁹⁸ jedoch gerade keine solche den kollektiven Rechtsschutz betreffenden Regelungen erlassen hat, scheint dies fraglich. Zwar enthält die neue kartellrechtliche Schadensersatzrichtlinie andere Regelungen, die das Prozessrisiko zulasten der Kartelldelinquenten verändern;⁶⁹⁹ deshalb jedoch davon auszugehen, dass jedes den privaten Rechtsschutz effektuierende Mittel in den Schutzbereich des Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz fällt,⁷⁰⁰ scheint überzogen. Es muss vielmehr davon ausgegangen werden, dass der Europäische Gesetzgeber gerade keine den kollektiven Rechtsschutz behandelnden Regelungen erlassen wollte (arg. e contrario), weshalb auch eine auf den Effektivitätsgrundsatz zurückgeführte teleologische Reduktion des § 138 BGB abzulehnen ist. Kartellrechtlich bedingte Forderungsabtretungen zum Zwecke der Schadensgeltendmachung im prozessrechtlichen Kleid einer Sammelklage rechtfertigen es nicht, an die Liquidität des zur Prozessführung Ermächtigten geringere Maßstäbe anzusetzen.

ee. Zusammenfassung und Ergebnis

Geht es um die Gestaltung des eigenen Prozessrechts, müssen andere Maßstäbe angelegt werden. Sowohl die Rechtskultur als auch die

Rechtspolitik in Europa und Deutschland stehen dem Rechtsinstitut der U.S.-amerikanischen Sammelklage äußerst skeptisch gegenüber.⁷⁰¹ Dies zeigen auch die jüngsten Gesetzgebungsvorschläge aus Brüssel. Das Thema des kollektiven Rechtsschutzes findet in der kartellrechtlichen Schadensersatzrichtlinie⁷⁰² keinerlei Niederschlag.⁷⁰³ Man zeigt sich in dieser Angelegenheit offenbar besonders traditionsbehaftet und verzichtet ganz bewusst auf das Übernehmen fremder Rechtspraktiken.⁷⁰⁴

Im Ergebnis können die positiven Effekte nicht über die Vielzahl der Kritikpunkte hinwegtäuschen. Zumindest in seinem U.S.-amerikanischen Gewand wird das prozessrechtliche Rechtsinstitut der class action im deutschen Verfahrensrecht keine Zukunft haben. Ob zukünftig eine weniger missbrauchsanfällige Modifikation des Rechtsinstituts Einzug in unser Prozessrecht finden wird, bleibt abzuwarten.⁷⁰⁵ Ausgeschlossen scheint zu diesem Zeitpunkt zumindest, dass die im Herbst 2014 erlassene Richtlinie dahingehende Veränderungen bewirken wird.

Dennoch muss das Thema des kollektiven Rechtsschutzes zeitnah angegangen werden, da die bei der Durchsetzung geringer Schadensersatzforderungen auftretenden prozessrechtlichen Probleme einer Lösung bedürfen.⁷⁰⁶ Klar ist, dass bestimmte Aspekte (siehe sogleich) im Rahmen der inhaltlichen Ausarbeitung einer entsprechenden Klageform besonders zu berücksichtigen wären, um negative - wie in den USA übliche - Seitenwirkungen zu vermeiden. Zentral, da missbrauchshemmend scheint dabei insbesondere das der Klageform zugrundeliegende Modell. Anders als in den USA⁷⁰⁷ sollte die Gruppe der Kläger sich durch ausdrückliche Zustimmung zusammenfinden („opt-in“-Prinzip). Daneben muss ein nachträgliches Ausscheiden aus der Gruppe, ebenso wie ein nachträgliches Anschließen an die Klagepartei bis zur Verkündung des endgültigen Urteils möglich sein.⁷⁰⁸ Werden kollektive Schadensersatzverfahren von Vertreterorganisationen geführt (sog. Vertreterklagen⁷⁰⁹), ist darüber hinaus sicherzustellen, dass bestimmte Mindestvoraussetzungen, wie beispielsweise das Vorhandensein ausreichender finanzieller Ressourcen erfüllt sind.⁷¹⁰ Auf diese Weise kann nicht nur eine unangemessene Benachteiligung der beklagten Partei vermieden, sondern auch der dem deutschen Prozessrecht

zugrundeliegende Grundsatz, wonach die Rechtskosten der obsiegenden Partei zu erstatten sind,⁷¹¹ gewahrt werden.⁷¹² Auch der Problematik überhöhter Erfolgs- und Anwaltshonorare ist bei der Ausarbeitung eines kollektiven Rechtsschutzsystems besondere Aufmerksamkeit zu widmen.⁷¹³

2. Fazit

Für den Erfolg des privaten Rechtsschutzes sind in Amerika insbesondere die oben vorgestellten Rechtsinstitute verantwortlich. Sie erleichtern eine erfolgreiche Klagegeltendmachung namentlich für Kartellopfer, die an einem Informationsdefizit leiden oder nur geringfügig geschädigt wurden. Ohne die „*pre-trial-discovery*“ und die Klageform der „*class action*“ wären die Klageerfolgchancen solcher Kartellopfer denkbar gering.

Gleichwohl wurde deutlich, dass die mit den Rechtsinstituten des U.S.-amerikanischen Antitrustrechts einhergehenden Nachteile überwiegen, sodass ein bloßes „Übertragen“ der prozessrechtlichen Institute in das deutsche Recht ausgeschlossen ist. Im Rahmen der Richtlinienumsetzung wird es vielmehr darauf ankommen, die positiven, den privaten Rechtsschutz fördernden Elemente zu übernehmen und dabei gleichzeitig darauf zu achten, das eigene Rechtssystem vor den benannten Schwachstellen der U.S.-amerikanischen Rechtsinstitute zu bewahren. Die Art. 5-8 der Richtlinie beispielsweise werden den Zugang zu Beweismitteln erleichtern, scheinen dabei aber gleichzeitig gegen eine der „*pre-trial-discovery*“ anhaftende Missbrauchsanfälligkeit immun. Ähnlich wird man in anderen Bereichen vorzugehen haben.

VI. Die Umsetzung der kartellrechtlichen Schadensersatzrichtlinie

1. Was lange währt, wird endlich gut? -

Die europäische Richtlinie zum kartellrechtlichen Schadensersatz Die Richtlinie 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 (im Folgenden: Richtlinie) ist für den Deutschen Gesetzgeber ein Novum. Noch nie musste eine das Kartellrecht betreffende europäische Richtlinie in innerstaatliches Recht umgesetzt werden.

Nachdem zunächst das Zustandekommen der Richtlinie und deren Entstehungshintergründe geschildert werden, gilt es die Richtlinie daran anschließend überblicksartig - und auf die Thematik der Preisschirmeffekte fokussiert - vorzustellen, bevor zuletzt die Vor- und Nachteile der Richtlinie gegeneinander abgewogen werden.

a. Ziele, Entstehungsgeschichte und Zustandekommen der Richtlinie

Bereits der am 11.06.2013 von der Kommission an den Rat übermittelte Richtlinienentwurf⁷¹⁴ ließ wesentliche Ziele der geplanten wettbewerbsrechtlichen Richtlinie erkennen. Eine wirksame Durchsetzung der EU-Wettbewerbsvorschriften gewährleisten zu können, sei das mit der Richtlinie angestrebte Hauptziel.⁷¹⁵ Dabei sollen insbesondere eine optimierte Koordinierung zwischen behördlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung sowie eine uneingeschränkte Verfolgung des Kompensationsgedankens für eine umfassendere Beachtung der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften sorgen.⁷¹⁶

Nachdem noch am selben Tag (11.06.2013) einzelne - für das Thema der vorliegenden Arbeit nicht weiter relevante - Ergänzungen am Richtlinienentwurf vorgenommen wurden, übermittelte man diesen tags darauf (12.06.2013) an das Europäische Parlament und den Rat. Beide

machten Anfang Juli 2013 von ihrem in Art. 114 AEUV niedergelegten Recht, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss um eine Stellungnahme zu bitten, Gebrauch. In der am 16.10.2013 veröffentlichten Stellungnahme zum Richtlinienvorschlag wurde abermals - nun auch vom Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss - die hohe Bedeutung eines wirkungsstarken privaten Rechtsschutzes zum Ausdruck gebracht.⁷¹⁷ Insbesondere der erleichterte Zugang zu Beweismitteln sei für eine erfolgreiche Ausübung der Rechtsmittel wesentlich.⁷¹⁸ Jedem Geschädigten müsse nicht nur das theoretische Recht, sondern auch die praktische Möglichkeit zustehen, seine erlittenen Schäden geltend zu machen.⁷¹⁹ Der „Anspruch auf Ersatz des gesamten - durch wettbewerbswidrige Praktiken entstandenen - Schadens sei ein „Grundrecht“ für Kartellopfer“.⁷²⁰

Nachdem das Europäische Parlament die Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zu Kenntnis genommen hatte, legte es seinen eigenen Standpunkt am 17.04.2014 in erster Lesung fest.⁷²¹ Unter der Federführung von Herrn *Joaquin Almunia*, seines Zeichens Kommissar des Ressorts Wettbewerb, ergänzte man den Richtlinienvorschlag in vielerlei Hinsicht.⁷²² Änderungen, welche die Rolle von Preisschirmgeschädigten betreffen, ließen sich jedoch nicht ausmachen.

Nachdem die Kommission ihren Standpunkt zu den Änderungsanträgen des Europäischen Parlaments in erster Lesung am 09.07.2014 veröffentlichte, verabschiedete der Rat die Richtlinie schließlich am 10.11.2014. Nach Veröffentlichung im EU-Amtsblatt verbleibt den Mitgliedstaaten eine zweijährige Umsetzungsfrist.⁷²³

b. Die Richtlinie im Überblick⁷²⁴

Motiviert durch den zunehmenden Bedeutungsgewinn privater Schadensersatzklagen hielt es die „*Europäische Legislative*“ für geboten, den in diesem Zusammenhang drohenden Rechtsunsicherheiten und praktischen Schwierigkeiten entgegenzuwirken. Es war ausdrücklich erklärtes Ziel, jedem⁷²⁵ das Recht auf vollständigen Schadensersatz zu gewähren,⁷²⁶ denn so fordere es der zu garantierende Effektivitäts- und

Äquivalenzgrundsatz.⁷²⁷ Nicht minder bedeutsam war es für den Europäischen Gesetzgeber im Rahmen der Richtlinienausarbeitung jedoch, auf ein wirksames Ineinandergreifen von public und privat enforcement zu achten.⁷²⁸ Als Substrat langwieriger Verhandlungen einigten sich die Verantwortlichen in Brüssel schließlich auf den Richtlinientext in seiner heutigen Form.⁷²⁹ Auffällig ist, dass fast alle Vorschriften zu einer Besserstellung der schadensersatzbegehrenden Partei beitragen. Ob dies Regelungen sind, die die Offenlegung von Beweismitteln,⁷³⁰ die Bindungswirkung nationaler Entscheidungen⁷³¹ oder die Verjährung von Ansprüchen,⁷³² die Ausgestaltung der gesamtschuldnerischen Haftung,⁷³³ die Problematik der Schadensabwälzung⁷³⁴ oder die Ermittlung des Schadenumfangs⁷³⁵ betreffen - dominierendes und sich regelmäßig wiederholendes Leitmotiv bleibt die Verbesserung der privaten Rechtsschutzmöglichkeiten. Allein die Vermeidung einer Überprivilegierung der Klägerseite und das Aufrechterhalten der Funktionsweise des Kronzeugenprogramms wirkten als Einhalt gebietende Maßstäbe. Im Ergebnis wird die Richtlinie in vielen Bereichen zu fortschrittlichen - namentlich klägerbegünstigenden - Veränderungen führen. Beispielhaft seien an dieser Stelle der erleichterte Zugang zu Beweismitteln⁷³⁶ und die von einer bestandskräftigen Gerichtsentscheidung ausgehende unwiderlegliche Feststellungswirkung bezüglich des Vorliegens einer kartellrechtlichen Zuwiderhandlung,⁷³⁷ die mittelbaren Abnehmer von Kartellanten betreffende Vermutung, dass eine Schadensabwälzung zu ihren Ungunsten stattgefunden hat⁷³⁸ und die Schadensvermutung im Hinblick auf das Verursachen eines kartellbedingten Schadens⁷³⁹ genannt. Einer Überprivilegierung und Beeinträchtigung des Kronzeugenprogramms entgegensteuernde Vorschriften sind hingegen nur vereinzelt erkennbar. Neben der haftungsrechtlichen Sonderstellung für Kronzeugen,⁷⁴⁰ dem Offenlegungsverbot für Kronzeugenerklärungen⁷⁴¹ und der bewusst begrenzten Vermutungswirkung des Art. 17 Abs. 2 S. 1 RL⁷⁴² wurden zur Verfolgung letztgenannter Ziele keine weiteren Regelungen erlassen.

c. Bewertung der Richtlinie

Die wettbewerbsrechtliche Schadensersatzrichtlinie wird - wie gesehen - zu einigen bedeutenden Neuerungen im deutschen Kartellrecht führen.⁷⁴³ Die Umsetzung der Richtlinie wird - so Dr. Armin Jungbluth, Bundesministerium für Wirtschaft und Energie⁷⁴⁴ - ausschließlich zu Veränderungen im GWB führen. Man plane die umsetzungsrelevanten Aspekte der Richtlinie als §§ 33a-z und §§ 87a-z in das GWB zu integrieren.⁷⁴⁵ Die Gesetzestexte des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) und der Zivilprozessordnung (ZPO) sollen (zur Freude vieler) unangetastet bleiben.⁷⁴⁶

Die Richtlinie rückt insbesondere die Themen der Offenlegung von Beweismitteln, der gesamtschuldnerischen Haftung, der Ermittlung des Schadensumfangs und das Problem des „*passing-on*“ in das Zentrum der Aufmerksamkeit.⁷⁴⁷ Ob einzelne Neuregelungen, wie beispielsweise die haftungsrechtliche Privilegierung von kleinen oder mittleren Unternehmen (KMU), gelungen sind, mag an dieser Stelle dahin stehen.⁷⁴⁸ Obgleich all dies zweifelsohne bedeutende Aspekte sind, derer es sich anzunehmen galt, besorgt es, dass andere zentrale Fragen, wie beispielsweise die des kollektiven Rechtsschutzes, in der Richtlinie keinerlei Erwähnung finden. Auch und insbesondere verwundert es, dass die Haftung für Preisschirmeffekte und die Rolle von Preisschirmgeschädigten nicht thematisiert werden. Vor dem Hintergrund der Aufsehen erregenden „*Kone*“-Entscheidung⁷⁴⁹ des EuGH aus dem Spätsommer 2014 scheint es fast so, als wäre der EuGH dem Europäischen Parlament in Sachen Rechtsfortbildung enteilt. Die Richtlinie hätte sich hervorragend dafür geeignet, die Rechtsprechung des EuGH aufzugreifen und gesetzlich zu konkretisieren. Gleichwohl findet sich in der Richtlinie - zumindest keine ausdrückliche - die Aktivlegitimation von Preisschirmgeschädigten betreffende Regelung.⁷⁵⁰

Die Richtlinie spricht sowohl in Art. 1 Abs. 1 als auch in Art. 3 Abs. 1 davon, dass *„jedem, der einen durch eine Zuwiderhandlung eines Unternehmens oder einer Unternehmensvereinigung gegen das Wettbewerbsrecht verursachten Schaden erlitten hat, das Recht, den vollständigen Ersatz dieses Schadens von diesem Unternehmen oder dieser Unternehmensvereinigung zu verlangen“*⁷⁵¹ zustehen muss, womit der

Wortlaut einer Erstreckung auf Preisschirmgeschädigten grundsätzlich nicht entgegen steht. Dessen ungeachtet ist aber wohl davon auszugehen, dass diese Formulierung weniger als ein unmittelbares Aufgreifen der „Kone“-Rechtsprechung zu deuten ist, sondern ihren gedanklichen Ursprung vielmehr in den Urteilen „Courage“⁷⁵² und „Manfredi“⁷⁵³ findet. Eine inhaltliche Anpassung des ursprünglichen Richtlinienvorschlags wäre (zeitlich) zwar möglich gewesen, doch lassen sich in den Sitzungsprotokollen keinerlei Anhaltspunkte dafür finden, dass - in Reaktion auf die Urteilsfindung in der Rechtssache „Kone“ - die Rolle von Preisschirmgeschädigten betreffende Änderungen diskutiert oder vorgenommen wurden. Es zeigt sich, dass die in der Richtlinie verwendete Formulierung („jeder“) schon in der ersten Fassung des Richtlinienvorschlags enthalten war. Die Erarbeitung des Richtlinienvorschlags begann schon im Frühjahr 2013 - mithin zu einer Zeit, in der dem europäischen Gesetzgeber keinerlei Anhaltspunkte bezüglich des über ein Jahr später ergehenden „Kone“-Urteils bekannt sein konnten. Es scheint deshalb kaum möglich, dass die Verantwortlichen in Brüssel bei der inhaltlichen Ausarbeitung die Rolle von Preisschirmgeschädigten mitregeln wollten. Plausibel erscheint es - wie bereits zuvor angedeutet - vielmehr, die Formulierung als gesetzlichen Niederschlag der im Jahr 2001 im Fall „Courage“ ergangenen und im Jahr 2006 im Fall „Manfredi“ bestätigten „Jedermann-Rechtsprechung“ zu qualifizieren.⁷⁵⁴

Für zusätzliche Verwirrung sorgt schließlich Art. 11 Abs. 4 lit. a) und b) der Richtlinie.⁷⁵⁵ Danach *„gewährleisten die Mitgliedstaaten, abweichend von Art. 11 Abs. 1, dass ein Kronzeuge gesamtschuldnerisch haftbar ist a) gegenüber seinen unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten und b) gegenüber anderen Geschädigten nur dann, wenn von den anderen Unternehmen, die an derselben Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht beteiligt waren, kein vollständiger Schadensersatz erlangt werden kann“*.

Fraglich ist, wer „*anderer Geschädigter*“ im Sinne des Art. 11 Abs. 1 lit. b) der Richtlinie sein soll, wenn damit offenbar weder unmittelbar noch mittelbar Geschädigte gemeint sein können (arg. e. contrario). Der Wortlaut ist deutungs offen und damit eine Subsumtion von

Preisschirmgeschädigten unter den Begriff „andere Geschädigte“ grundsätzlich möglich.⁷⁵⁶ Auch *Inderst* und *Thomas* ziehen diese Schlussfolgerung.⁷⁵⁷ Den Gesamtschuldnerinnenausgleich nach Art. 11 Abs. 5 RL betreffend kommen sie zum Ergebnis, dass „unklar bleibt, wodurch sich die relative Verantwortung des einzelnen Kartellanten mit Blick auf den Schaden direkter und indirekter Kartellkunden einerseits und die Haftung gegenüber anderen Geschädigten andererseits unterscheidet“.⁷⁵⁸ Nach ihrer Ansicht „bezieht sich die relative Verantwortung auf die Begehung der Kartellzuwiderhandlung in ihrer Gesamtheit und ist daher unabhängig davon dieselbe, ob es um einen Schaden direkter und indirekter Kartellkunden einerseits oder anderer Betroffener andererseits geht. Für sogenannte Umbrella-Kunden sollte die Innenhaftungsquote nicht von den im Übrigen geltenden Maßstäben abweichen“.⁷⁵⁹

Der Ansicht *Indersts* und *Thomas*’, dass mit „anderer Geschädigter“ Preisschirmgeschädigte gemeint sein sollen, ist indes nicht zu folgen. Ein Blick auf Art. 11 Abs. 4 und 5 RL zeigt vielmehr, dass die gewählte Formulierung einzig darauf abzielt, die Haftungsprivilegierung für Kronzeugen ausnahmslos zu garantieren, fehlen doch andere Hinweise in der Richtlinie, die die Vermutung zulassen, man hätte sich mit der Preisschirmproblematik auseinander gesetzt.⁷⁶⁰ Auch wenn beispielsweise Erwägungsgrund 10 des Richtlinienvorschlags betont, dass es andere „in dieser Richtlinie nicht behandelte Aspekte“ gibt, so vermag dieser Hinweis sicherlich nicht unbegrenzte Deutungs- und Auslegungsmöglichkeiten zu generieren. In Sinne der - insbesondere im Erbrecht relevanten - Andeutungstheorie hätte es zur Untermauerung der These *Indersts* und *Thomas*’ deutlicherer Hinweise dahingehend bedurft, dass die Verantwortlichen in Brüssel bei der Ausarbeitung der Richtlinie in Kenntnis der Preisschirmproblematik gehandelt haben. Derlei Anhaltspunkte lassen sich allerdings nirgends finden, weshalb davon auszugehen ist, dass die offenen und auslegungsbedürftigen Formulierungen („andere Geschädigte“; „jeder“) keine die Rolle von Preisschirmgeschädigten betreffenden Situationen regeln sollten.⁷⁶¹

Damit haben es die Verantwortlichen in Brüssel versäumt, die jüngst vom EuGH in der Rechtssache „Kone“ entwickelten Rechtsfortschritte

aufzugreifen.⁷⁶² Auch die polnische, slowenische und deutsche Delegation äußerten ihre diesbezügliche Unzufriedenheit. Nachdem sie in ihrer am 3. November 2014 veröffentlichten Erklärung zunächst die mit dem Richtlinienvorhaben anvisierten Ziele herausarbeiten, bilanzieren sie, dass *„diese Ziele durch den endgültigen Kompromisstext nicht annähernd erreicht werden“*.⁷⁶³ Es bleibt abzuwarten, ob der von der kartellrechtlichen Schadensersatzrichtlinie erhoffte Fortschritt für die private Rechtsdurchsetzung tatsächlich eintritt und wie die einzelnen Mitgliedstaaten die Richtlinie in nationales Recht umsetzen. Obwohl die Richtlinie die Problematik von Preisschirmklagen bedauerlicherweise nicht ausdrücklich regelt und die Rolle von Preisschirmgeschädigten bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Richtlinie wohl keine (wesentliche) Bedeutung gespielt haben dürfte, bietet der offene Wortlaut Spielraum bei der Umsetzung der Richtlinie auf nationaler Ebene.⁷⁶⁴ Diesen Spielraum hätte der deutsche Gesetzgeber nutzen können, um Rechtssicherheit und -klarheit zu schaffen. Bedauerlicherweise deutet der Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Neunten GWB-Novelle⁷⁶⁵ darauf hin, dass es auch der deutsche Gesetzgeber verpasst hat, die Chance der Richtlinienumsetzung zu nutzen, um dargelegte Rechtsunsicherheiten und -unklarheiten auszuräumen, schließlich finden sich auch dort keinerlei Anhaltspunkte die auf eine Berücksichtigung der Preisschirmproblematik hinweisen.

2. Die deutsche Umsetzung der Richtlinie

Die Umsetzung der Richtlinie hat und wird den deutschen Gesetzgeber - wie angedeutet - vor Herausforderungen stellen. Obwohl Deutschland im Vergleich zu anderen europäischen Staaten bereits auf ein sehr fortschrittliches Wettbewerbsrecht blicken kann, bedurfte es zahlreicher Modifikationen. Deutschland hatte es in der Hand, einen großen Beitrag zur Weiterentwicklung und Stärkung des privaten Rechtsschutzes zu leisten.

Die folgende inhaltliche Auseinandersetzung wird sich - darauf sei an dieser Stelle vorab hingewiesen - insbesondere auf die im Rahmen der Geltendmachung privater Schadensersatzklagen auftretenden Probleme konzentrieren und dabei in erster Linie die Rolle von Preisschirmklägern berücksichtigen.⁷⁶⁶

Wie bereits oben festgestellt, behandelt die Richtlinie die Problematik der Preisschirmklagen und die Rolle von Preisschirmgeschädigten nicht ausdrücklich. Eine unmittelbare Umsetzung im Sinne einer bloßen Übertragung des Richtlinienwortlauts brächte deshalb keine diesen Aspekt betreffende zusätzliche Rechtsklarheit. Gleichwohl ist zu bedenken, dass es sich bei der kartellrechtlichen Schadensersatzrichtlinie um eine Mindestharmonisierung des Wettbewerbsrechts handelt.⁷⁶⁷ Unter Ausübung ihres Ermessens entscheiden die Mitgliedstaaten, ob sie im Rahmen der nationalen Umsetzung ein „*Mehr*“ anstreben oder es bei dem vorgegebenen Minimum belassen.⁷⁶⁸ Fest steht, dass die mindestharmonisierende Richtlinie Raum für eigene Schwerpunkte und detailliertere Regelungen lässt. Auf welche Themenbereiche der deutsche Gesetzgeber im Rahmen der Umsetzung besonderen Wert legte, lässt bereits die „*Präambel*“ des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung erkennen.⁷⁶⁹

Der deutsche Gesetzgeber fühlte sich - so *Dr. Armin Jungbluth* - herausgefordert, die Vorgaben aus Brüssel zufriedenstellend umzusetzen. *Dr. Jungbluth*, Bundesministerium für Wirtschaft und Energie,⁷⁷⁰ berichtete im März 2015, dass man vor einer Vielzahl ungeklärter

Probleme stehe. Die Schwierigkeit bestehe darin, die europäischen Vorgaben vertragstreu und mit dem deutschen Rechtssystem kompatibel umzusetzen. Im Rahmen der Umsetzung seien die Ermittlung des Schadenumfangs, die „*passing-on defense*“, die Offenlegung von Beweismitteln, das Akteneinsichtsrecht, die gesamtschuldnerische Haftung und deren Vereinbarkeit mit einvernehmlichen Streitbeilegungen die zentralen Aspekte.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hatte es in Zusammenarbeit mit dem Bundesjustizministerium in der Hand, - ganz im Sinne des *effet utile* - gesetzliche Konkretisierungen auszuarbeiten, die dem privaten Rechtsschutz zu größerer Durchsetzungskraft verhelfen.⁷⁷¹ Dabei war zu bedenken, dass eine fortschrittliche Weiterentwicklung des deutschen Wettbewerbsrechts nicht nur die Zahl erfolgreicher privater Schadensersatzklagen erhöhen würde, sondern zudem erheblichen Einfluss auf die Attraktivität Deutschlands als Gerichtsstandort im internationalen Vergleich hätte.⁷⁷² Ende 2016 nun legte die Bundesregierung ihren Gesetzesentwurf zur Umsetzung der Richtlinie vor,⁷⁷³ wobei auffällt, dass dieser kaum Regelungen enthält, die über den in der Richtlinie vorgesehenen Regelungsinhalt hinausgehen, und namentlich solche Regelungen gänzlich vermissen lässt, die sich der Preisschirmproblematik annehmen. Gerade im Hinblick auf die oben dargelegten Regelungunklarheiten wäre dies wünschenswert gewesen. Damit scheint (bedauerlicherweise) auch der deutsche Gesetzgeber die Chance verpasst zu haben, gesetzliche Regelungsdefizite - jedenfalls bezogen auf das Phänomen der Preisschirmeffekte - auszuräumen.

a. Die Geltendmachung privater Schadensersatzklagen - Eine Bestandsaufnahme

Private Schadensersatzklagen scheiterten bislang häufig - wie vielfach zu Recht kritisiert - an den zu hohen Beweislasthürden.⁷⁷⁴ Die Erfolgsquote erfolgreicher Schadensersatzprozesse ist erschreckend gering.⁷⁷⁵ Dabei bereitete den Betroffenen insbesondere das konkrete Beziffern der erlittenen Schäden die größten Probleme.⁷⁷⁶ Auch das prozessrechtliche Instrument des § 287 ZPO⁷⁷⁷ konnte diesen Zustand bislang nicht

durchbrechen.⁷⁷⁸

Selbst seine scheinbar geringen Anknüpfungstatsachen, wonach die klagende Partei lediglich (*irgend*)einen Schaden erlitten haben muss,⁷⁷⁹ konnten bislang offenbar häufig nicht nachgewiesen werden. Obwohl also § 287 ZPO die Anforderungen an das Beweismaß im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität zurückschraubt, genügten diese prozessrechtlichen Erleichterungen augenscheinlich nicht, um die Erfolgsquote privater Schadensersatzklagen zu steigern.

b. Die Geltendmachung privater Schadensersatzklagen nach nationaler Umsetzung der Richtlinie

Mit der Umsetzung der Richtlinie⁷⁸⁰ erhofft man sich eine deutliche Verbesserung der Situation. Die Stärkung des privaten Rechtsschutzes wird ausdrücklich als Zielverbindlichkeit deklariert.⁷⁸¹ Neben klägerfreundlicheren Regelungen, die die Offenlegung von Beweismitteln betreffen,⁷⁸² erregt insbesondere **Kapitel V** der Richtlinie (Ermittlung des Schadensumfangs) Aufsehen.⁷⁸³ Sich der enormen Beweisschwierigkeiten bewusst und die Stärkung des privaten Rechtsschutzes im Blick, verpflichtet der Europäische Gesetzgeber die Mitgliedstaaten in Art. 17 Abs. 1 **S. 1** der Richtlinie dazu, zu gewährleisten, „*dass weder die Beweislast noch das Beweismaß für die Ermittlung des Schadensumfangs die Ausübung des Rechts auf Schadensersatz praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren*“.⁷⁸⁴ Er konkretisiert dieses Anliegen in Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie. Dort wird gesetzlich vermutet, „*dass Zuwiderhandlungen in Form von Kartellen einen Schaden verursachen*“.⁷⁸⁵

aa. Tatbestandliche Reichweite der Schadensvermutung

Die Regelungsreichweite des Art. 17 Abs. 2 **S. 1** RL ist in der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie nicht genau bestimmt.⁷⁸⁶ Dabei scheint weniger die Bestimmung der inhaltlichen Reichweite als vielmehr die Abgrenzung des Tatbestands problematisch. Inhaltlich behandelt die Schadensvermutung lediglich die Frage des „Ob“ der

Schadensentstehung; allein die haftungsbegründende Kausalität zwischen wettbewerbsrechtlicher Zuwiderhandlung und Schadenseintritt ist Gegenstand der Vermutung. Ausführungen im Hinblick auf die haftungsausfüllende Kausalität lassen sich der in Art. 17 Abs. 2 S. 1 RL enthaltenen Schadensvermutung nicht entnehmen. Eine von diesem Verständnis abweichende Beurteilung dürfte kaum vertretbar sein.

Problematischer erscheint dagegen die Abgrenzung des Tatbestandes. Gesetzlich wird - wie bereits erwähnt - vermutet, „*dass Zuwiderhandlungen in Form von Kartellen einen Schaden verursachen*“.⁷⁸⁷ Ob diese Vermutung der im Herbst 2014 erlassenen Richtlinie dabei auch Preisschirmschäden umfasst oder allein auf Schäden unmittelbarer und mittelbarer Abnehmer Bezug nimmt, lässt sich aufgrund des unbestimmten Wortlauts nicht zweifelsfrei eruieren. Insoweit kann die zuvor zu der Frage, ob Preisschirmgeschädigte dem Kreis der Aktivlegitimierten angehören, entwickelte Argumentationsstruktur übertragen werden.⁷⁸⁸

Da Deutschland - wie auch den anderen Mitgliedstaaten - im Zuge der Richtlinienumsetzung jedoch ein gewisser Ermessens- und Umsetzungsspielraum zusteht⁷⁸⁹ - sodass der vage Richtlinienwortlaut auch hier Raum für nationale Konkretisierungen lässt - kann dahinstehen, ob ursprünglich auch Preisschirmschäden in den tatbestandlichen Anwendungsbereich der Schadensvermutung fallen sollten.⁷⁹⁰ Damit Zweifel ausgeräumt werden und zukünftig klargestellt ist, dass die in Art. 17 Abs. 2 S. 1 RL enthaltene Schadensvermutung auch für Preisschirmschäden gelten soll, bedarf es aber einer entsprechenden Umsetzung des deutschen Gesetzgebers. Die Wahl eines eindeutigen Gesetzeswortlauts würde Unklarheiten ausräumen und ließe die vormals wage Formulierung der Richtlinie eine Rechtsklarheit bringende Konkretisierung erfahren.⁷⁹¹

bb. Die zu erwartenden Fortschritte im Rahmen der Richtlinienumsetzung

Im Wege der Schadensvermutung sollte deshalb fortan vermutet werden, dass wettbewerbsrechtliche Zuwiderhandlungen in Form von Kartellen nicht nur unmittelbare oder mittelbare Kartellschäden, sondern auch

Preisschirmschäden verursachen.⁷⁹² Diese Vermutensregelung würde nicht nur Geschädigte bei der Geltendmachung ihrer erlittenen Schäden unterstützen, auch der privaten Rechtsdurchsetzung und dem europäischen Kartellverbot verhülfe sie zu neuer Durchsetzungskraft und Effektivität.⁷⁹³ Verglichen mit dem bisherigen Status quo wird Art. 17 Abs. 2 S. 1 RL verschiedene Vorteile und Fortschritte mit sich bringen, wobei im Rahmen dessen zwei Veränderungen besonders hervorzuheben sind. Während Kartellgeschädigte Beweiserleichterungen erwarten dürfen, wird sich die Position Beklagter verschlechtern. Erstgenannter Aspekt hängt von der besonders praxisrelevanten Problematik ab, welche Beweisqualität für die Tatsache der Schadensverursachung erforderlich ist. Strittig war bislang, ob die vom Kläger zu beweisende Tatsache der Schadensverursachung (haftungsbegründende Kausalität) dem Strengbeweis des § 286 ZPO⁷⁹⁴ oder den erleichterten Beweisanforderungen des § 287 ZPO unterliegt;⁷⁹⁵ die deutsche Rechtsprechung zeigte sich in diesem Punkt unterschiedlicher Meinung. Während sich das OLG Düsseldorf für eine reduzierte Beweisqualität im Sinne des § 287 ZPO aussprach, bewertete beispielsweise das Kammergericht Berlin die von Klägern vorgetragene Tatsachen anhand der Maßstäbe des Vollbeweises (§ 286 ZPO). Dieser Streit wird mit Einführung der Schadensvermutung seine Relevanz verlieren, sodass die Frage der Beweisqualität zukünftig dahinstehen kann. Insoweit wird die Richtlinie nicht nur ein bislang ungeklärtes Problem lösen, sondern auch durch das Schaffen klarer Klagevoraussetzungen zur Stärkung des privaten Rechtsschutzes beitragen.⁷⁹⁶

Die Schadensvermutung des Art. 17 Abs. 2 S. 1 der Richtlinie wird Kartellgeschädigten jedoch noch einen weiteren Vorteil bringen: Bislang griff die Gerichtspraxis lediglich bei Hardcore-Kartellen auf die Beweiserleichterung des Anscheinsbeweises zurück und vermutete das Entstehen eines Kartellschadens.⁷⁹⁷ Zuletzt entschied das OLG Karlsruhe sogar, „*dass jedenfalls bei erheblicher Marktabdeckung und längerer Dauer eines Kartells ein Beweis des ersten Anscheins dafür besteht, dass das Kartell auch Auswirkungen auf die Preise von Kartellaußenseitern hat. Für den Fall, dass die Marktverhältnisse transparent sind und eine gegenseitige Marktbeobachtung stattfindet, bedarf es einer längeren Dauer des Kartells nicht.*“⁷⁹⁸ Richter sahen den für dieses Instrument

erforderlichen Erfahrungssatz als gegeben an und verhalfen Geschädigten auf diese Weise zu einer erleichterten Klagegeltendmachung. Beklagte, namentlich Beteiligte eines Hardcore-Kartells, konnten diesen gegen sie wirkenden Anscheinsbeweis mittels eines Gegenbeweises erschüttern.⁷⁹⁹ Dabei genügte bislang bereits das Vortragen konkreter Tatsachen, aus denen sich die ernsthafte Möglichkeit eines abweichenden Geschehensablaufs ergab.⁸⁰⁰ Das Führen eines vollständigen Gegenbeweises war nicht notwendig.⁸⁰¹

Die Einführung der Schadensvermutung wird nun insoweit zu der Neuerung führen, als dass - anders als bei Anscheinsbeweisen - das Widerlegen einer Schadensvermutung einen „vollwertigen“ Gegenbeweis verlangt, der nicht nur die Überzeugung des Gerichts zu erschüttern geeignet sein muss, sondern den Maßstäben des § 286 ZPO (Vollbeweis) zu genügen hat; die Qualität des Gegenbeweises wird also eine höhere sein und Kartelltäter vor größere Schwierigkeiten als bislang stellen. Während somit die Beweislasthürden für Schadensersatzbegehrende reduziert werden, erhöhen sich die für einen Gegenbeweis zu erbringenden Anforderungen für Beklagte. Die häufig geäußerte Kritik, Kartellgeschädigte stünden zu hohen Beweishürden gegenüber, wird damit künftig zumindest teilweise entkräftet.⁸⁰²

Damit diese Fortschritte schließlich nicht nur für unmittelbar und mittelbar Kartellgeschädigte gelten, bedarf es - wie gezeigt - einer Erweiterung des Tatbestandes auch auf Preisschirmschäden. Mit Blick auf den Gesetzesentwurf zur Neunten GWB-Novelle, ist wohl davon auszugehen, dass es der deutsche Gesetzgeber verpasst hat, mittels Erweiterung des Tatbestands, auch zugunsten von Preisschirmgeschädigten für eine ausdrückliche Schadensvermutung zu sorgen. Die mehr oder minder wortgetreue Umsetzung des Richtlinien textes wird zur Folge haben, dass weiterhin ungewiss bleibt, ob auch Preisschirmschäden von der Vermutung umfasst sind.

c. Die konkrete Schadensbeziehung als Problem der Beweislast

aa. Einführung in die Problematik

Kommt es zur Implementierung der soeben vorgestellten und im Folgenden als „einfache“⁸⁰³ Schadensvermutung bezeichneten Vermutungsregelung in das deutsche Wettbewerbsrecht, so wird allein diese die vorherrschenden Probleme nicht zu lösen im Stande sein. Die „einfache“ Schadensvermutung wird lediglich bezüglich der Frage der Schadensentstehung zu prozessrechtlichen Erleichterungen führen.⁸⁰⁴ Sie vermutet das Entstehen eines (Preisschirm)Schadens⁸⁰⁵ (im Sinne der haftungsbegründenden Kausalität).⁸⁰⁶ Weiter reicht diese „einfache“ Vermutung nicht. Namentlich eine konkrete Schadenshöhe (im Sinne der haftungsausfüllenden Kausalität) wird nicht vermutet, sodass es Schadensersatzbegehrenden nach wie vor obliegen wird, die eigene Schadenssumme konkret zu beziffern.⁸⁰⁷

Die Ermittlung und Bezifferung der geltend gemachten Schadenssumme unterliegt grundsätzlich dem Maßstab des Vollbeweises im Sinne von § 286 ZPO.⁸⁰⁸ So hat die Schadensersatz begehrende Partei belastbare Angaben zum Schadensumfang beizubringen, um das Gericht von der Schadenshöhe zu überzeugen.⁸⁰⁹ § 286 ZPO verlangt keine absolute Gewissheit oder zwingende Evidenz.⁸¹⁰ Gleichwohl bleibt ein für das praktische Leben brauchbarer Grad an Gewissheit, der etwaigen Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen, erforderlich.⁸¹¹ Jener wird jedoch - da die exakte Quantifizierung von Kartellschäden in der Praxis kaum möglich ist⁸¹² - selten den Anforderungen des § 286 ZPO genügen.⁸¹³ In diesen Fällen steht es Klägern zu - sollte eine Schadensbezifferung anhand der Maßstäbe des § 286 ZPO nicht möglich sein - subsidiär⁸¹⁴ auf § 287 ZPO zurückzugreifen.⁸¹⁵

bb. Einfluss des § 287 ZPO

Das prozessrechtliche Instrument des § 287 ZPO⁸¹⁶ erlaubt Gerichten, unter Würdigung aller Umstände und nach freier Überzeugung die Höhe eines entstandenen Schadens zu schätzen.⁸¹⁷ Ein Scheitern materiell begründeter Schadensersatzansprüche an prozessualen Anforderungen soll verhindert werden,⁸¹⁸ wobei auch im Rahmen von § 287 ZPO die Schätzung des Gerichts nicht „völlig in der Luft hängen“ darf.⁸¹⁹ Im Rahmen wettbewerbsrechtlicher Schadensersatzprozesse sollen die vom

Kläger beizubringenden Ausgangs- bzw. Anknüpfungstatsachen soweit reduziert werden, dass „das Gericht eine Schadensschätzung - gegebenenfalls des Mindestschadens - bereits dann vorzunehmen hat, wenn ein Schaden des Verletzten zweifelsfrei gegeben ist und nicht jegliche Anhaltspunkte zur annähernden Bestimmung eines Schadens fehlen“.⁸²⁰ Die Schwelle der zu beweisenden Anknüpfungstatsachen ist daher insbesondere im Rahmen wettbewerbsrechtlicher Schadensersatzbegehren bemerkenswert niedrig.⁸²¹

Trotz dieser Erleichterungen blieb die Erfolgsquote privater Schadensersatzklagen gering und das private enforcement bislang nahezu bedeutungslos. Allein das public enforcement, namentlich das Verhängen von hohen Bußgeldern, wurde und wird von Kartellsündern als drohendes und zu (be)fürchtendes Übel wahrgenommen. Offenbar waren nicht nur die Beibringungsvoraussetzungen des § 286 ZPO, sondern selbst die von § 287 ZPO „entschärften“ Hürden der Beweislast zu hoch, als dass Kartellgeschädigte ihre erlittenen Schäden erfolgreich gerichtlich hätten geltend machen können. Eine private Rechtsverfolgung schien unter den bisherigen rechtlichen Rahmenbedingungen kaum möglich. Zu untersuchen bleibt deshalb, ob die nunmehr einzuführende Schadensvermutung neue Impulse für einen verbesserten privaten Rechtsschutz bereithält.⁸²²

(1) Ineinandergreifen von gesetzlicher Schadensvermutung und § 287 ZPO

Fraglich erscheint im Rahmen dessen - abgesehen von den bereits zuvor genannten Neuerungen - insbesondere, ob das zukünftige Ineinandergreifen von gesetzlicher Schadensvermutung und § 287 ZPO die aufgezeigten Probleme zu lösen im Stande ist. Namentlich die für eine Schadensschätzung notwendige Voraussetzung, wonach die klagende Partei nachweisbar (*irgend*)einen Schaden erlitten haben muss und nicht jegliche Anhaltspunkte zur annähernden Schadensbestimmung fehlen dürfen,⁸²³ könnte zukünftig - so könnte man meinen - stets durch die Regelungswirkung des Art. 17 Abs. 2 S. 1 der Richtlinie⁸²⁴ erfüllt sein. Dieser Automatismus wäre nicht nur neuartig, sondern auch die eine erfolgreiche Klagegeltendmachung tangierenden Probleme zu lösen im Stande. Das Zusammenwirken von gesetzlicher Schadensvermutung und

BGH-Rechtsprechung⁸²⁵ hätte zur Folge, dass bei kartellrechtlichen Schadensersatzklagen (a) stets *ein* Schaden als solcher vermutet und (b) dessen konkrete Mindesthöhe von einem Gericht geschätzt würde - ein Ergebnis, das dem durch eine konkrete Schadensvermutung hervorgerufenen Resultat bemerkenswert ähnlich wäre. Wenn jedoch das Ineinandergreifen von gesetzlicher Schadensvermutung und richterlicher Schadensschätzung (§ 287 ZPO) bewirkt, dass - im Ergebnis - eine konkrete Schadenssumme bestimmt wird, so schiene die Richtlinienkonformität des prozessrechtlichen Instituts fraglich. Schließlich schließt die Richtlinie gerade aus, dass ein konkreter Schaden ohne ein substantiiertes Darlegen des Anspruchstellers bestimmt wird (s.u.).⁸²⁶

(a) Reichweite der europäischen Pflicht zur Richtlinienkonformität nationaler Gesetze

Die hinsichtlich der Richtlinienkonformität des § 287 ZPO geäußerten Bedenken wären unbegründet, würde der in Erwägungsgrund 47 Satz 3 enthaltene Zusatz ausschließlich für das umsetzungsrelevante Gesetz gelten. Wäre dem so, käme es auf die Richtlinienkonformität des § 287 ZPO nicht weiter an. Dass das unerwünschte Resultat Folge des prozessrechtlichen Instruments wäre, wäre dann zwar misslich, jedoch für die Frage der Richtlinienkonformität irrelevant. Es bleibt also zu diskutieren, ob allein die Richtlinienkonformität des umsetzungsrelevanten Gesetzes zu garantieren ist oder ob darüber hinaus auch das restliche materielle wie prozessuale Recht mit der Richtlinie in Einklang zu bringen ist.

Zumindest früher, noch bevor der EuGH zu dieser Frage ausdrücklich Stellung bezog, schien es vertretbar, den Grundsatz der Richtlinienkonformität allein auf das umsetzungsrelevante Gesetz zu beschränken. Anfangs ließ der EuGH offen, ob sich die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung ausschließlich auf das umsetzungsrelevante Gesetz bezieht. Seinen Urteilen war eine klare Haltung nicht zu entnehmen. So betonte der EuGH zwar, dass „*das nationale Gericht bei der Anwendung des nationalen Rechts, insbesondere auch die Vorschriften eines speziell zur Durchführung der Richtlinie (...)*

erlassenen Gesetzes, (...) im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen hat“.⁸²⁷ Ob jedoch insoweit auch anderes nationales Recht mit der Richtlinie vereinbar sein muss, blieb zu diesem Zeitpunkt unklar.

Später jedoch räumte der EuGH die aufgetretenen Zweifel aus und stellte klar, „*dass ein nationales Gericht, soweit es bei der Anwendung des nationalen Rechts - gleich, ob es sich um vor oder nach der Richtlinie erlassene Vorschriften handelt - dieses Recht auszulegen hat, seine Auslegung soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie ausrichten muss, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen (...)*“.⁸²⁸ Noch deutlichere Worte fand Generalanwalt *Walter Van Gerven*, als er hervorhob, dass es keinen Grund gebe, dass Erfordernis richtlinienkonformer Auslegung auf nationale Rechtsvorschriften zu beschränken, die speziell zur Durchführung der betreffenden Richtlinie erlassen sind.⁸²⁹ Die umsetzungsrelevante Richtlinie und die darin zum Ausdruck kommenden Ziele haben als Bestandteil des Gemeinschaftsrechts grundsätzlich Vorrang vor allen Bestimmungen des nationalen Rechts.⁸³⁰ Eine nur eingeschränkte Prüfung der Richtlinienkonformität nationalen Rechts lasse sich mit europarechtlichen Grundsätzen nicht vereinbaren.

Die ausnahmslose Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts kann deshalb heute nicht mehr bestritten werden.⁸³¹ Entscheidend ist dabei zudem, dass sich die Pflicht nicht nur auf materielles Recht, sondern auch auf Prozessrecht erstreckt. Gerade im vorliegenden Fall darf die Richtlinienkonformität des umsetzungsrelevanten Gesetzes daher nicht isoliert im Zentrum der Aufmerksamkeit stehen. Vielmehr ist daneben insbesondere die Richtlinienkonformität des § 287 ZPO zu überprüfen. Eine alleinige Prüfung des umsetzungsrelevanten Gesetzes würde den europarechtlichen Anforderungen nicht genügen.

(b) Richtlinienkonformität des § 287 ZPO

Entscheidend ist daher, ob das Nebeneinander von gesetzlicher Schadensvermutung und richterlicher Schätzungsbefugnis (§ 287 ZPO)

tatsächlich - wie oben vermutet - stets zur automatischen Festsetzung eines konkreten Schadens führt. Wäre dem so, begründete dies die Unvereinbarkeit mit der Richtlinie, denn für die Frage der rechtlichen Zulässigkeit kann es nicht darauf ankommen, ob ein konkreter Schaden im Vorfeld gesetzlich vermutet oder vom Gericht im Nachhinein geschätzt wird. Mit anderen Worten: Allein die Schadensbestimmung im Wege der richterlichen Schadensschätzung könnte ein von der Richtlinie ungewolltes Resultat nicht legitimieren.

Jede Schadensschätzung bedarf belastbarer Berechnungs- und Schätzungsgrundlagen (s.o.).⁸³² Dabei genügt die Gewissheit oder die Vermutung, dass ein Schaden entstanden ist, nicht. Verlangt werden vielmehr solche Bezugsgrößen, die eine nähere Bestimmung des tatsächlich erlittenen Schadens ermöglichen.⁸³³ Es bedarf detaillierter Informationen über die Preisentwicklung des kartellierten Produkts vor, während und nach des Kartellzeitraumes.⁸³⁴ Anders als zunächst angenommen, vermutet Art. 17 Abs. 2 S. 1 RL bzw. § 33a Abs. 2 RegE.⁸³⁵ lediglich, dass kartellrechtliche Zuwiderhandlungen einen Schaden verursachen. Darüber hinaus gehende, diese Vermutung konkretisierende Tatsachen werden nicht vermutet. Die Schadensvermutung wird deshalb nicht im Stande sein, die für eine Schadensschätzung gem. § 287 ZPO erforderlichen Anknüpfungstatsachen „*automatisch*“ zu erfüllen. Wird daher lediglich die Schadensentstehung als solche vermutet, genügt dies der Darlegungslast des § 287 ZPO nicht. Der vermutete Automatismus bleibt aus und die Vereinbarkeit des § 287 ZPO mit europäischem Recht ist sichergestellt.

(2) Zwischenergebnis

Sicherlich trägt die neue „*einfache*“ Schadensvermutung zu einer erleichterten Klagedurchsetzung bei.⁸³⁶ Gleichwohl wird die bloße Vermutung der Schadensverursachung nicht genügen, um die von § 287 ZPO vorausgesetzten Anknüpfungstatsachen zu erfüllen. Die Richtlinienkonformität des § 287 ZPO ist deshalb - auch unter Hinzuziehung der neuen, „*einfachen*“ Schadensvermutung - gewährleistet. Damit einhergehend ist jedoch ebenso festzuhalten, dass auch das Zusammenwirken von gesetzlicher Schadensvermutung und richterlicher

Schadensschätzung die bislang vorherrschenden Beweislastprobleme nicht zu lösen im Stande sein wird. Selbst bei einem Nebeneinander von gesetzlicher Schadensvermutung und prozessrechtlichem Regelungsinstitut wird die Schwierigkeit der konkreten Schadensbezifferung für (Preisschirm)Geschädigte weiterhin eine (unüberwindbare) Hürde darstellen. Das Problem der Beweislast wird so nicht gelöst, sondern lediglich verschoben.

d. Einführung einer konkreten Schadensvermutung - de lege ferenda im Rahmen der Richtlinienumsetzung

Damit die Richtlinie nicht als „*zahnloser Papiertiger*“ verkommt, sondern die vorgesehenen Regelungsinstitute zu praxistauglichen Instrumenten heranwachsen, bedarf es einer über den originären Richtlinientext hinausgehenden Umsetzung.⁸³⁷ Erforderlich scheint eine weiterreichende Vermutung, die auch eine konkrete Schadenshöhe umfasst.⁸³⁸ Eine solche könnte den privaten Rechtsschutz zu der erwünschten zweiten „*tragfähigen Säule*“ erstarken⁸³⁹ und gleichberechtigt an die Seite des public enforcement treten lassen,⁸⁴⁰ denn je klägerfreundlicher die nationale Umsetzung der Richtlinie, desto höher die Erfolgsquote zukünftiger Schadensersatzklagen. Die folgende Analyse soll untersuchen, ob die Implementierung einer solchen Vermutung mit der Richtlinie vereinbar wäre.

aa. Wortlaut

Fraglich scheint zunächst, ob die Einführung einer konkreten Schadensvermutung mit dem Richtlinientext vereinbar wäre. Dabei bereitet weniger der Wortlaut des Art. 17 Abs. 2 S. 1 RL als vielmehr der des Erwägungsgrundes 47 Probleme. Während Art. 17 Abs. 2 S. 1 RL lediglich „*vermutet, dass Zuwiderhandlungen in Form von Kartellen einen Schaden verursachen*“, ergänzt Satz 3 des Erwägungsgrundes 47, dass „*diese Vermutung*⁸⁴¹ *nicht die konkrete Höhe des Schadens erfassen sollte*“. Grundsätzlich lässt das Konzept der Mindestharmonisierung - wie bereits erwähnt - eine über das von der Richtlinie vorgegebene Schutzniveau hinausgehende Umsetzung zu.⁸⁴² Ein Überschreiten des

Mindeststandards in der Form, dass neben der bloßen Schadensverursachung auch eine konkrete Schadenshöhe gesetzlich vermutet wird, wäre daher grundsätzlich im Rahmen des noch Zulässigen. Im vorliegenden Fall könnte der nationalgesetzgeberische Umsetzungsspielraum jedoch aufgrund des Wortlauts des Erwägungsgrundes 47 auf null reduziert sein und insoweit dem Vermuten einer konkreten Schadenshöhe entgegenstehen.⁸⁴³ Dies wäre jedenfalls dann anzunehmen, wenn der in Erwägungsgrund 47 enthaltene Zusatz als zwingendes Verbot zu interpretieren wäre. Dies jedoch ist fraglich.

Nach Erwägungsgrund 47 Satz 3 „*sollte diese Vermutung nicht die konkrete Höhe des Schadens erfassen*“.⁸⁴⁴ Die Verbwahl „*sollte*“ erinnert an die aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht bekannte Fallgruppe des intendierten Ermessens, wonach grundsätzlich dem Vorgesprochenen zu folgen, jedoch in Ausnahmefällen ein Abweichen möglich und zulässig ist.⁸⁴⁵ Ein zwingendes, unmissverständliches Verbot hätte - so könnte man argumentieren - einer eindeutigen, wie folgt lautenden Formulierung bedurft: „*Diese Vermutung darf die konkrete Höhe des Schadens nicht erfassen.*“ Oder: „*Diese Vermutung muss auf das bloße Vermuten der Schadensentstehung beschränkt bleiben.*“ Hieran mangelt es vorliegend jedoch, weshalb man meinen könnte, der Wortlaut des Erwägungsgrundes schließe eine erweiterte, auch eine konkrete Schadenshöhe umfassende Vermutung nicht aus.

Gleichwohl spricht Erwägungsgrund 47 Satz 3 eine klare Sprache, die bei natürlichem Sprachverständnis nur eine Auslegung zulässt: Der in Erwägungsgrund 47 ausdrücklich festgehaltene Hinweis, dass die Vermutung nicht die konkrete Höhe des Schadens erfassen sollte, ist als ein „*Nein*“ zu interpretieren. Auch, dass dieser Zusatz lediglich Niederschlag in einem Erwägungsgrund gefunden hat, lässt keine hiervon abweichende Auslegung zu.⁸⁴⁶ Begründungserwägungen sind gem. § 296 Abs. 2 AEUV integraler Bestandteil einer Richtlinie und werden gemeinsam mit dem übrigen Richtlinien text als ein einheitliches Gesetzgebungsdokument veröffentlicht.⁸⁴⁷ Sie sind, wie Artikel, voll- und daher gleichwertiger Bestandteil der Richtlinie. Im Rahmen der Auslegung ist deshalb auch ihnen eine wesentliche Bedeutung beizumessen. Auch der EuGH bestätigt, dass „*der verfügende Teil der Richtlinie untrennbar mit*

seiner Begründung verbunden ist“.⁸⁴⁸ Oftmals sollen Erwägungsgründe sogar die wichtigste Orientierungshilfe bei der Auslegung des Sinngehalts und der Zielsetzung darstellen.⁸⁴⁹

Der Wortlaut des Erwägungsgrundes 47 Satz 3 muss deshalb als klares Verbot verstanden werden, welches eine Erweiterung der „*einfachen*“ Schadensvermutung um eine konkrete Schadenshöhe ausschließt.⁸⁵⁰ Auch die Heranziehung der vom Bundesverwaltungsgericht geprägten Rechtsfigur des intendierten Ermessens scheint nicht geeignet, ein hiervon abweichendes Auslegungsergebnis zu begründen; schließlich erfolgt die Auslegung und Umsetzung von Richtlinien anhand anderer Maßstäbe. Insbesondere darf der Wortlaut von Erwägungsgründen nicht überinterpretiert werden, denn Begründungserwägung fehlt häufig die nötige Bestimmtheit.⁸⁵¹ Es sollte deshalb weniger der konkreten Wortwahl besondere Bedeutung beigemessen, als vielmehr der übergeordnete Sinngehalt ergründet werden.⁸⁵² Dieser liegt vorliegend zweifelsohne darin begründet, eine Ausweitung der Schadensvermutung zu untersagen. Somit steht der Richtlinienwortlaut der Implementierung einer konkreten Schadensvermutung entgegen.

bb. Telos

Womöglich könnten jedoch die mit der Richtlinie verfolgten Ziele eine Ausdehnung der „*einfachen*“ Schadensvermutung rechtfertigen. Sowohl der private Rechtsschutz als auch die wirksame Durchsetzung der EU-Wettbewerbsvorschriften - beides ausdrücklich benannte Zielverbindlichkeiten der Richtlinie⁸⁵³ - würden durch eine Erweiterung der Schadensvermutung gestärkt. Die Zielverbindlichkeiten zu berücksichtigen, ist Ausfluss der in Art. 288 Abs. 3 AEUV zum Ausdruck kommenden Pflicht, nationales Recht richtlinienkonform auszulegen und umzusetzen.⁸⁵⁴ Die mit der Schadensvermutung einhergehende Reduzierung der Beweislast würde zu einer erhöhten Erfolgchance privater Schadensersatzklagen führen⁸⁵⁵ - eine Folge, die namentlich mit dem Telos der Richtlinie uneingeschränkt vereinbar wäre.

Auch die Verantwortlichen in Brüssel erkannten, dass oben genannte Hauptziele durch eine Ergänzung der Schadensvermutung erheblich

gestärkt würden und prognostizierten Kartellgeschädigten eine deutlich bessere Chance, Schadensersatzansprüche gegenüber Kartelltätern gerichtlich durchzusetzen.⁸⁵⁶ Gleichwohl schlossen sie eine Erweiterung der „*einfachen*“ Schadensvermutung aus, da andernfalls - so meinten sie - eine Überprivilegierung der Beschwerdeführer drohe.⁸⁵⁷ Sie appellierten an die zwischen Kläger und Beklagtem einzuhaltenden Waffengleichheit.⁸⁵⁸ Sicherlich seien Klageerleichterungen notwendig, doch dürfe die Privilegierung nicht derart gravierend sein, dass die Beklagtenseite unangemessen benachteiligt werde.⁸⁵⁹ Nach Einschätzung des europäischen Gesetzgebers führe eine Erweiterung der Schadensvermutung um die Festlegung einer bestimmten Schadenshöhe jedoch zu genau diesem Zustand.

Während also die Stärkung der Richtlinienziele für eine Ergänzung der Schadensvermutung spricht, steht dem eine - nach Ansicht der Kommission - uferlose und einseitige Privilegierung der Klägerseite und das Recht auf gleichen und fairen Rechtsschutz entgegen, sodass fraglich bleibt, welches Bestreben den Vorzug verdient. Als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG) steht jeder Prozesspartei - Klägern wie Beklagten - das Recht auf ein faires Verfahren zu. Es widerspräche dem allgemeinen Prozessgrundrecht, eine Partei (hier die Klägerseite) über Gebühr zu privilegieren.⁸⁶⁰ Auch die unbestrittene Förderung der Richtlinienziele vermag eine Ausweitung der einfachen Schadensvermutung und eine damit einhergehende Privilegierung der Klägerseite unter diesen Umständen deshalb nicht zu rechtfertigen. Im Ergebnis steht damit auch der Telos der Richtlinie einer Erweiterung der Schadensvermutung entgegen.

cc. Systematik

Ob systematische Erwägungen die Überlegung einer erweiterten Schadensvermutung tragen, scheint ebenfalls fraglich. In diesem Zusammenhang dürfte insbesondere Art. 17 Abs. 1 S. 2 der Richtlinie von Bedeutung sein. Dieser lässt systematische Rückschlüsse auf die (Un-)Zulässigkeit der diskutierten Schadensvermutung zu. In Art. 17 Abs. 1 S. 2 der Richtlinie werden alle Mitgliedstaaten dazu angehalten, dafür Sorge zu tragen, „*dass die nationalen Gerichte gemäß den nationalen Verfahren*

befugt sind, die Höhe des Schadens zu schätzen, wenn erwiesen ist, dass ein Kläger einen Schaden erlitten hat, es jedoch praktisch unmöglich oder übermäßig schwierig ist, die Höhe des erlittenen Schadens aufgrund der vorhandenen Beweismittel genau zu beziffern“.

Hielte man die oben beschriebene Erweiterung der Schadensvermutung für zulässig, schiene der von der richterlichen Schätzungsbefugnis ausgehende Nutzen fraglich. Denn wozu bedarf es einer richterlichen Schadensschätzungsbefugnis, wenn eine gesetzliche Vermutung zur Bestimmung des erlittenen Schadens zur Verfügung steht? Liefere die Vorschrift des Art. 17 Abs. 1 S. 2 der Richtlinie nicht leer? Ein Ergebnis, das mit dem Willen des europäischen Gesetzgebers unvereinbar wäre und somit einer Erweiterung der Schadensvermutung entgegenstünde.

Fraglich aber ist, ob Art. 17 Abs. 1 S. 2 der Richtlinie wirklich leer liefere, ließe man eine Erweiterung der gesetzlichen Schadensvermutung zu. Auf den ersten Blick mag dies so scheinen. Tatsächlich aber verblieben der Vorschrift aber auch dann noch Anwendungsbereiche. Dies wird insbesondere in solchen Situationen ersichtlich, in denen Mitgliedstaaten bewusst auf eine Erweiterung der Schadensvermutung verzichten.⁸⁶¹ Da die Richtlinie nur einen zu gewährleistenden Mindeststandard vorgibt, bleiben darüberhinausgehende Regelungen optional. Mitgliedstaaten müssen von der Möglichkeit einer überschießenden Umsetzung keinen Gebrauch machen. Verzichten sie darauf, kommt es auf die in Art. 17 Abs. 1 S. 2 der Richtlinie vorgesehene richterliche Schätzungsbefugnis an. Selbiges gilt für Situationen, in denen Kartellgeschädigte einen Schaden erleiden, der größer ist als die gesetzlich vermutete Schadenssumme oder Sachverhalte zu bewerten sind, die nicht in den Anwendungsbereich der Schadensvermutung fallen.⁸⁶² Unabhängig davon, ob sich ein Mitgliedstaat für die Einführung einer konkreten Schadensvermutung entscheidet, wird in diesen Fällen ein Rückgriff auf die richterliche Schätzungsbefugnis jedenfalls für den Teil des Schadens hilfreich sein und erforderlich bleiben, der über die gesetzlich vermutete Schadenssumme hinausgeht.

Ein vollständiges Leerlaufen der Vorschrift wäre also selbst dann nicht zu befürchten, wenn man eine Ergänzung der Schadensvermutung zuließe.

Allein dies kann die zur Diskussion stehende Zulässigkeit einer konkreten Schadensvermutung jedoch nicht begründen. Das Argument, der Europäische Gesetzgeber habe Art. 17 Abs. 1 S. 2 der Richtlinie allein für die beiden zuletzt genannten Anwendungsfälle geschaffen, überzeugt nicht. Die Verantwortlichen in Brüssel hatten vielmehr das Bild zweier ineinandergreifender, sich ergänzender Vorschriften vor Augen. Während Art. 17 Abs. 2 S. 1 RL bei Fragen der haftungsbegründenden Kausalität zum Tragen kommt, sollte Art. 17 Abs. 1 S. 2 RL für Erleichterung im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität sorgen. Art. 17 Abs. 1 S. 2 RL schließt an Art. 17 Abs. 2 S. 1 RL an. Dass Art. 17 Abs. 2 S. 1 RL auch haftungsausfüllende Aspekte betreffen sollte, lässt sich nicht belegen.⁸⁶³

Eine Erweiterung der gesetzlichen Schadensvermutung um das Vermuten einer konkreten Schadenshöhe lässt sich folglich auch nicht mit der Systematik der Richtlinie vereinbaren.

dd. Historie

Schließlich soll einen Blick auf die Entstehungsgeschichte der Richtlinie helfen, um zu ergründen, ob eine Ausdehnung der „einfachen“ Schadensvermutung mit dem Willen des Europäischen Gesetzgebers vereinbar wäre. Ganz besonders ist dabei auf die Hintergründe und das Zustandekommen der Begründungserwägung 47 einzugehen.

Auffällig ist, dass Satz 3 des Erwägungsgrundes 47 vom Rat der Europäischen Union erst im Laufe des Richtlinienausarbeitungsprozesses in das Ratsdokument aufgenommen wurde. Während der Richtlinientext des Rates der Europäischen Union in der Fassung vom 24. Oktober 2013 („ST 9671 2013 INIT“)⁸⁶⁴ noch keinen Hinweis enthielt, der eine Begrenzung der Schadensvermutung ausschloss, nahm man jene Ergänzung erstmals am 08. November 2013 in das Ratsdokument („ST 15928 2013 INIT“)⁸⁶⁵ auf. Welche Gründe die Ursache für das zeitlich nachgelagerte Aufnehmen des Zusatzes waren, lässt sich den veröffentlichten Dokumenten nicht entnehmen.

Entscheidend für die Einschätzung ist jedoch Folgendes: Jener, beim

ersten Trilog am 6. Februar 2014 von der damaligen Ratspräsidentschaft vorgeschlagene Zusatz erfuhr von Seiten des Parlaments und der Kommission von Beginn an uneingeschränkte Zustimmung, sodass er sofort in den endgültigen Richtlinienentwurf aufgenommen wurde. Dr. Andreas Schwab, Berichterstatter des Europäischen Parlaments, erklärte, dass - wie bereits erwähnt - durch die Ergänzung des Erwägungsgrundes 47 eine übergebührende Privilegierung des Beschwerdeführers bei der Bemessung der Schadenshöhe verhindert werden sollte.⁸⁶⁶ Eine Diskussion über die inhaltliche Richtigkeit des Satz 3 und dessen Begründung habe zu keinem Zeitpunkt stattgefunden. Ganz gleich, ob dies mangelndem Interesse oder uneingeschränkter Zustimmung geschuldet war; der Wille des Europäischen Gesetzgebers ist in diesem Punkt eindeutig, ergo als solcher zu respektieren.⁸⁶⁷ Auch die historische Auslegung der Richtlinie ist mit dem bisher Analysierten konsistent. Sie steht einer Erweiterung der Schadensvermutung entgegen.

ee. Zwischenergebnis

Im Ergebnis bleibt damit festzuhalten, dass sich eine konkrete Schadensvermutung jedenfalls im Rahmen der Richtlinienumsetzung nicht in das deutsche Recht integrieren lässt. Neben Wortlaut, Telos und Systematik steht auch die historische Auslegung der Richtlinie einer derartigen Umsetzung entgegen.⁸⁶⁸ Obwohl sich der Umsetzungsprozess für die Aufwertung des privaten Rechtsschutzes besonders gut geeignet hätte, dürfen die in der Richtlinie vorgesehenen Grenzen nicht missachtet werden. Insoweit scheint der deutsche Gesetzgeber - jedenfalls was die Regelung des § 33a Abs. 2 GWB angeht - in seinem Gesetzesentwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen⁸⁶⁹ diese Grenzen eingehalten zu haben, denn auch der deutsche Gesetzgeber plant aufgrund der genannten Schranken, nur eine „*einfache*“ Schadensvermutung in das GWB zu integrieren.

Sicherlich tragen einige Bereiche der Richtlinie zum Fortschritt bei, doch bleiben der erhoffte Durchbruch, die erhoffte Aufwertung und Stärkung des privaten Rechtsschutzes aus. Der Europäische Gesetzgeber hatte es in der Hand, den privaten Rechtsschutz zu reformieren. Leider ist ihm dies nur ansatzweise gelungen. Die neu getroffenen Regelungen scheinen

bisweilen etwas zu sehr lösungs- und zu wenig problemorientiert. Jedenfalls für das Problem der (zu) hohen Beweislasthürden setzte der europäische Gesetzgeber nicht an der entscheidenden Stelle an. Es bleibt abzuwarten, wie rasch und deutlich die aufgezeigten Defizite zu Tage treten müssen, damit neue Anstrengungen der europäischen Legislative folgen.

e. Die Einführung einer konkreten Schadensvermutung - de lege ferenda nach abgeschlossener Richtlinienumsetzung

aa. Einleitung

„Es bestehen gute Gründe für die Annahme, dass ein Kartell bei den von der Zuwiderhandlung erfassten Gütern regelmäßig zu einem Preisanstieg führt. Dieser Anschein beschränkt sich aber auf das „Ob“ eines Preisanstiegs und damit Schadens. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass ein Kartell regelmäßig zu einem Preisaufschlag in einer bestimmten Höhe führt. Ausgehend von den vorherigen Ausführungen würde ein solcher Ansatz starke Abweichungen von dem real eingetretenen Schaden in Kauf nehmen müssen, was die sachliche Berechtigung für einen entsprechenden Anschein zu Lasten des Beklagten fraglich erscheinen ließe.“⁸⁷⁰

Dieser Meinung sind *Inderst* und *Thomas*. Sie scheinen die Einschätzung zu teilen, dass der für eine Schadensvermutung erforderliche Erfahrungssatz - was die Verursachung eines Schadens als solche anbelangt - besteht. Die Entscheidung, eine diesbezügliche gesetzliche Schadensvermutung zu installieren, dürften deshalb auch sie unterstützen. Anders hingegen beurteilen sie den Aspekt, die Vermutungswirkung auf eine konkrete Schadenshöhe zu erstrecken. Für Letztgenannte gäbe es ihrer Ansicht nach keinen Erfahrungssatz, der eine entsprechende Vermutensregelung stützen könnte.⁸⁷¹ Ob sie mit dieser Einschätzung Recht behalten, wird die folgende Analyse zeigen.

Nachdem die Richtlinie eine Erweiterung der Schadensvermutung ausschließt und auch der Gesetzesentwurf der Bundesregierung⁸⁷² eine solche nicht vorsieht, bleibt im Folgenden zu untersuchen, ob die

Einführung einer konkreten Schadensvermutung zu einem späteren Zeitpunkt rechtspolitisch sinnvoll und angemessen erscheint. Dies wäre - und hierauf ist ausdrücklich hinzuweisen - jedenfalls nur dann möglich und zulässig, sofern der Europäische Gesetzgeber von seiner bisherigen Überzeugung - die Implementierung einer konkreten Schadensvermutung führe zu einer Überprivilegierung der Klägerseite - Abstand nimmt und Erwägungsgrund 47 S. 3 der Richtlinie streicht oder korrigiert. Denn andernfalls behielten die oben gegen die Einführung der konkreten Schadensvermutung dargelegten Erwägungen ihre Gültigkeit und eine Implementierung bliebe ausgeschlossen.

Zu der Frage des „Ob“ einer Schadensvermutung wurde bereits Stellung bezogen, weshalb es die inhaltliche Diskussion nun fortzuführen gilt. Belässt man es - wie *Inderst* und *Thomas* vorschlagen - bei der „einfachen“ Vermutungsregelung oder besteht nicht vielmehr Anlass dazu, die Vermutungswirkung um die Tatsache zu erweitern, dass nicht nur der Schadenseintritt als solcher (das „Ob“), sondern auch dessen bestimmte Höhe (das „Wie“) durch eine wettbewerbswidrige Absprache verursacht und deshalb vermutet wird?⁸⁷³

bb. Die Vermutung einer konkreten Schadenshöhe

Mit einer Erweiterung der „einfachen“ Schadensvermutung würde nicht nur das grundsätzliche Entstehen eines (Preisschirm)Schadens, sondern auch dessen konkrete Höhe vermutet werden. Dass dem europäischen Wettbewerbsrecht die Idee einer gesetzlichen Schadensvermutung nicht gänzlich fremd ist, zeigt der in Erwägungsgrund 42 des Standpunktes des Europäischen Parlaments zum Ausdruck gebrachte Ansatz: *„Um die Informationsasymmetrie und einige der mit der Quantifizierung des kartellrechtlichen Schadens verbundenen Schwierigkeiten zu beheben und um die wirksame Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen zu gewährleisten, ist es angebracht, bei Zuwiderhandlungen in Form von Kartellen zu vermuten, dass diese Zuwiderhandlung einen Schaden verursacht hat, insbesondere durch die Auswirkungen auf die Preise“*.⁸⁷⁴

Bislang beschränkte sich der europäische Gesetzgeber darauf, allein die Schadensverursachung zu vermuten. Ob gesetzliche Neuerungen

notwendig sind (siehe unten (a) Die Notwendigkeit erweiternder Schadensvermutungen - das „Ob“), wird ebenso wie die konkrete Höhe der gesetzlichen Schadensvermutung (siehe unten (b) Die Bestimmung der konkreten Schadenshöhe - das „Wie“) im Folgenden zu analysieren sein.

(1) Die Notwendigkeit einer erweiterten Schadensvermutungen - das „Ob“

Unstrittig ist, dass die einem Kläger obliegende Beweislast bei der Geltendmachung privater Schadensersatzklagen regelmäßig Schwierigkeiten bereitet.⁸⁷⁵ Darüber kann - wie gesehen - auch § 287 ZPO nur in begrenztem Maße hinweghelfen. Häufig verhindern Informationsdefizite und -asymmetrien⁸⁷⁶ eine erfolgreiche Geltendmachung privater Schadensersatzklagen und führten so zu einem nicht erstrebenswerten und unter allen Umständen zu vermeidenden prozessrechtlichen Desinteresse.⁸⁷⁷ Die von einer konkreten Schadensvermutung ausgehende prozessrechtliche Entlastungswirkung wäre deshalb ein wichtiger Beitrag zur Stärkung des privaten Rechtsschutzes.

Kritiker befürchten hingegen eine sich ins Extreme verschärfende Situation. Sie prognostizieren, dass klägerfreundlichere Schadensersatzregelungen schnell zu einer ausufernden Prozesslust führen könnten. Die Chance, vergleichsweise einfach eine bestimmte Schadenssumme erfolgreich geltend machen zu können,⁸⁷⁸ berge die Gefahr einer nicht wünschenswerten Prozessflut. Ob sich diese Prognose bewahrheitet, kann zum jetzigen Zeitpunkt nicht mit abschließender Sicherheit beurteilt werden. Es ist zwar wahrscheinlich, dass die Zahl privater Schadensersatzklagen zunehmen wird; Belege für eine zu befürchtende, nicht wünschenswerte Prozessflut gibt es bislang jedoch keine. Allein materiell Berechtigten soll die gerichtliche Geltendmachung ihrer Schadensersatzansprüche durch den Wegfall prozessualer Hindernisse erleichtert werden. Dass daneben auch materiell Nichtberechtigte Schadensersatzprozesse anstrengen werden - und allein eine solche Entwicklung würde eine nicht wünschenswerte Prozessflut begründen - konnte bislang nicht nachgewiesen werden.⁸⁷⁹ Mangels eines Belegs für die Befürchtungen der Kritiker steht jedenfalls fest, dass das Interesse an einer konkreten Schadensvermutung und damit auch an einem

flächendeckendem und wirkungsvollem private enforcement überwiegt.

Darüber hinaus würde der durch Kartelle verursachte gesamtgesellschaftliche Wohlfahrtsverlust verringert werden.⁸⁸⁰ Dieser jährlich durch wettbewerbswidrige Absprachen in der EU verursachte Schaden beläuft sich laut einer von der Europäischen Kommission in Auftrag gegebenen Studie auf 138,7 Mrd. Euro.⁸⁸¹ Jeder zu dessen Reduzierung geeignete Beitrag ist deshalb nicht nur wünschens- und erstrebenswert, sondern geradezu notwendig.⁸⁸²

Ferner tragen Kritiker vor, dass Schadensgutachten die erhoffte Wirkung einer konkreten Schadensvermutung konterkarieren würden. Aufgrund des breiten Spektrums kartellbedingter Preisaufschläge (s.u.)⁸⁸³ werde sich immer ein niedrigerer Schaden begutachten lassen als gesetzlich vermutet wird.⁸⁸⁴ Der positive Effekt einer konkreten Schadensvermutung sei daher begrenzt.⁸⁸⁵

Diese Einschätzung verwundert in zweierlei Hinsicht. Zum einen scheint zweifelhaft, ob der von einer konkreten Schadensvermutung ausgehende positive Effekt wirklich nur ein sehr begrenzter wäre und zum anderen bleibt - selbst wenn dem tatsächlich so wäre - unverständlich, weshalb dieser kleine Fortschritt nicht gewollt wird. Es ist auffällig, dass die vorgetragene Kritik den Eindruck erweckt, das Verwenden von Schadensgutachten sei eine bislang kaum bzw. nicht genutzte Praktik. Dies ist schlicht falsch. „Gutachten-Schlachten“ wären sicherlich kein neu auftretendes Phänomen, denn schon heute ist das Vorlegen von Schadensgutachten gängige Praxis.⁸⁸⁶ Daran dürfte sich auch in Zukunft kaum etwas ändern, denn wie bisher wird man - der Einzelfallgerechtigkeit wegen - gerade auch in Zukunft auf das Recht, eine von der Gegenpartei geltend gemachte Schadenssumme mittels Gutachten widerlegen zu dürfen,⁸⁸⁷ nicht verzichten können.⁸⁸⁸ Ein potentieller Missbrauch der Schadensvermutung kann deshalb zwar nicht ausgeschlossen werden, doch ist dies kein allein der Schadensvermutung anhaftendes Problem.⁸⁸⁹ Schadensgutachten werden die Wirkung einer konkreten Schadensvermutung nicht konterkarieren. Die Missbrauchsanfälligkeit als Argument gegen die Implementierung einer konkreten Schadensvermutung anzuführen, ist deshalb wenig überzeugend.

Das gegenseitige Vorlegen von Schadensgutachten wird also Usus bleiben, doch ist zu erwarten (und dies wäre ein bedeutender Fortschritt), dass sich die gutachterlich determinierte Schadenshöhe an der von der gesetzlichen Schadensvermutung vorgegebenen Schadenshöhe orientieren wird. Während bislang keinerlei Schadenshöhe vorgegeben wurde, hält die konkrete Schadensvermutung einen Ausgangswert bereit. Selbst wenn daher tatsächlich die befürchtete „*Gutachten-Schlacht*“ droht, so würde diese zumindest durch die Höhe der Schadensvermutung beeinflusst. Auf diesen - von manchen wohl als unbedeutend wahrgenommenen - Fortschritt sollte nicht verzichtet werden.

Zuletzt bleibt darauf hinzuweisen, dass eine konkrete Schadensvermutung die logische und zugleich notwendige Schlussfolgerung zur „*einfachen*“ Schadensvermutung wäre. Letztgenannte geht - wie gesehen - davon aus, dass Kartelle einen Schaden verursachen.⁸⁹⁰ Aus dieser Vermutung folgt zwingend, dass irgendein Schaden > 0 entstanden sein muss.⁸⁹¹ Allein die Höhe der Schadenssumme bleibt unbestimmt. Will man Kartellgeschädigte und Gerichte an dieser Stelle tatsächlich sich selbst überlassen? Oder wäre es nicht vielmehr sinnvoll und nur konsequent, mittels einer konkreten Schadensvermutung allen Beteiligten eine Orientierungshilfe zur Seite zu stellen?⁸⁹² Wenn schon die „*einfache*“ Schadensvermutung davon ausgeht, dass ein Schaden verursacht wurde, sollte die Vermutung spezifiziert, namentlich konkretisiert werden. Ein möglicher Konflikt mit dem Bereicherungsverbot mag einen an der Rechtmäßigkeit dieser Schlussfolgerung jedoch zweifeln lassen.⁸⁹³ Ein solcher Konflikt wäre namentlich dann zu befürchten, wenn durch die gesetzlich vermutete Schadenshöhe Ersatzansprüche erstritten würden, die über die im konkreten Einzelfall tatsächlich erlittenen Schäden hinausgingen. Denn dann drohe nicht nur die Gefahr der Überkompensation, sondern zugleich ein Widerspruch mit dem übrigen deutschen Haftungssystem. Dieser Missstand ist nicht auszuschließen. Gleichwohl kann er mitnichten als ein allein einer konkreten Schadensvermutung anhaftendes Risiko deklariert werden. Denn selbst die von der Europäischen Kommission vorgeschlagene „*einfache*“ Schadensvermutung in Art. 17 Abs. 2 **S. 1** der Richtlinie kann zu einem Konflikt mit den oben genannten Grundsätzen des deutschen Schadensersatzrechts führen. Diese Gefahr besteht nämlich namentlich auch dann, wenn im konkreten Einzelfall entgegen der

gesetzlichen „*einfachen*“ Schadensvermutung ausnahmsweise einmal überhaupt kein Kartellschaden entstanden ist. Denn dann würde selbst die in der Richtlinie vorgesehene Schadensvermutung, die irgendeinen Schaden > 0 vermutet, zu einem Konflikt mit dem Bereicherungsverbot führen. Die Gefahr der Überkompensation besteht damit auch bei der einfachen Schadensvermutung. Diese Gefahr kann deshalb nicht allein als Argument gegen die Implementierung einer konkreten Schadensvermutung herangezogen werden. Soll dieses Risiko vollkommen ausgeschlossen sein, müsste konsequenterweise die Einführung der „*einfachen*“ Schadensvermutung abgelehnt werden. Dazu hat sich der Europäische Gesetzgeber jedoch offenbar nicht entschlossen. Daneben gilt es zu bedenken, dass es sowohl in Bezug auf die vorgelagerte Frage der Schadensentstehung als auch für die nachgelagerte Bestimmung der konkreten Schadenshöhe an dem Beklagten liegt, der Gefahr einer übergebührenden Inanspruchnahme mittels Widerlegen der vermuteten und geltend gemachten Schadenshöhe entgegenzuwirken.

Die offensichtliche Notwendigkeit einer entsprechenden Schadensvermutung wird durch die geäußerten Bedenken folglich nicht widerlegt.⁸⁹⁴ Die Ausgangsfrage, namentlich „*ob*“ die Installation einer konkreten Schadensvermutung *de lege ferenda* sinnvoll ist, gilt es daher - trotz kritischer Stimmen - zu bejahen.

(2) Die Bestimmung einer konkreten Schadenshöhe - das „*Wieviel*“

Im Folgenden wird die Bestimmung einer für eine gesetzliche Schadensvermutung geeigneten Schadenshöhe im Mittelpunkt der Analyse stehen. Zuvor soll einleitend mittels eines rechtsvergleichenden Blicks auf die damit einhergehenden Herausforderungen eingegangen werden. Nachdem schließlich ein geeigneter und angemessener Schadenswert ermittelt wurde, gilt es Parallelen zu anderen, etablierten Rechtsinstituten aufzuzeigen.

(a) Einführung in die Problematik

Schon seit Längerem ruft die Kommission dazu auf, auf ein wirkungsvolles und erfolgreiches Ineinandergreifen von public und private

enforcement hinzuarbeiten.⁸⁹⁵ Namentlich die Einführung einer konkreten Schadensvermutung und die damit einhergehende Stärkung des privaten Rechtsschutzes wären für das Gelingen dieses Bestrebens wichtige Schritte. Kartellgeschädigten würde durch eine konkrete Schadensvermutung wohl regelmäßig die letzte und entscheidende Hürde der Beweislast genommen werden.⁸⁹⁶ Obwohl die Unterschiedlichkeit von Kartellabsprachen auf den ersten Blick zu groß scheint, als dass ein allgemeingültiger und angemessener Schadensmedian für eine entsprechende Schadensvermutung bestimmt werden könnte,⁸⁹⁷ verlangt der Bedarf nach klägerfreundlicheren Regelungen einen Fortschritt im Bereich der privaten Rechtsdurchsetzung. Aus einer von *Connor* und *Lande* im Jahr 2008 veröffentlichten Studie geht die - zunächst womöglich abschreckend wirkende - Heterogenität kartellbedingter Preisaufschläge anschaulich hervor.⁸⁹⁸ Danach haben 7% der von *Connor* und *Lande* untersuchten Fälle⁸⁹⁹ keine kartellbedingten Preisaufschläge hervorgerufen,⁹⁰⁰ 16% der Fälle verursachten einen Preisaufschlag zwischen 0 und 10% und in 36% der untersuchten Sachverhalte ermittelte man einen Preisaufschlag zwischen 10 und 20%.⁹⁰¹ Kartellbedingte Preisaufschläge zwischen 20 und 30% bzw. 30 und 40 % konnten schließlich nur in 18% bzw. 15% der analysierten Fälle aufgezeigt werden.⁹⁰² Darüber hinausgehende Preisaufschläge waren die Ausnahme und fielen prozentual betrachtet kaum ins Gewicht.⁹⁰³

(b) Ungarische 10 %-Vermutung

Um rechtsvergleichend in die Diskussion einzuleiten, sei an dieser Stelle auf das ungarische Wettbewerbsrecht verwiesen. Als im Jahr 2009 das ungarische Wettbewerbsrecht novelliert wurde, existierten auf europäischer Ebene - anders als heute - keine harmonisierenden Vorschriften, um privatrechtliche Schadensersatzklagen im Kartellrecht einheitlich zu regeln. Man befasste sich zwar schon eine Weile mit den sich in diesem Themenbereich aufdrängenden Problemen, riss jene jedoch lediglich im Grünbuch⁹⁰⁴ bzw. später im Weißbuch⁹⁰⁵ an. Diese gesetzgeberische und vom EuGH bewusst in die Kompetenz der Mitgliedstaaten gelegte Freiheit nutzte der ungarische Gesetzgeber Mitte des Jahres 2009, als er im Rahmen der kartellrechtlichen Gesetzesnovelle

§ 88/C schuf.⁹⁰⁶ Dieser vermutet, dass horizontale Hardcore-Kartelle zu einem 10-prozentigen Preisanstieg führen,⁹⁰⁷ wobei Käuferkartelle hiervon ausgenommen sind.⁹⁰⁸

Ungarn erregte mit dieser Vermutung das Aufsehen vieler europäischer Staaten, denn eine Regelung dieser Art war bemerkenswert, da neuartig. Selbst heute noch enthält allein das ungarische Wettbewerbsrecht eine solche Vermutung.⁹⁰⁹ Gleichwohl scheint der von ihr ausgehende Nutzen begrenzt. Neben der Tatsache, dass sich der Anwendungsbereich auf horizontale Hardcore-Kartelle beschränkt,⁹¹⁰ ist auch die praktische Bedeutung der Vermutung stark komprimiert. Denn während sich die Berechnung der Schadenssumme (1) aus der Feststellung der kartellbedingten Preiserhöhung, (2) der Subtraktion des Teils der Kostenerhöhung, welcher abgewälzt wurde (passing-on) und (3) der Berücksichtigung der wegen der Preiserhöhung verursachten Absatzminderung zusammensetzt, ersetzt die Vermutung lediglich erstgenannten Schritt zur Schadensbestimmung.

Die Vermutung konnte deshalb bislang nur bedingt zur Verbesserung des privaten Rechtsschutzes in Ungarn beitragen.⁹¹¹ Gleichwohl - und dies gilt es zu betonen und als Novum herauszustellen - wagte der ungarische Gesetzgeber, den von einer Kartellabsprache ausgehenden Preisaufschlag gesetzlich zu vermuten; dies ist innovativ und inspirierend gleichermaßen. Im Ergebnis kann die ungarische 10%-Vermutung damit zwar nicht als „Durchbruch“, aber sicherlich als erster Schritt in die richtige Richtung bewertet werden.⁹¹² Zumindest für bestimmte kartellrechtliche Schadensersatzprozesse schafft sie verbesserte Klagebedingungen. Besonders wichtig aber ist, dass das Vermuten eines konkreten Preisaufschlags nicht ausgeschlossen scheint.

(c) Ökonomische Studien

Dass die Analyseergebnisse⁹¹³ der *Connor-Lande-Studie* (s.o.) die Wahl einer fairen, gesetzlich vermuteten Schadenshöhe erschweren, ist offensichtlich;⁹¹⁴ die Bandbreite der analysierten Preisaufschläge ist groß.⁹¹⁵ Eine für alle Sachverhaltskonstellationen und Schadensersatzprozesse passende Schadenshöhe festzulegen, ist nicht

möglich.⁹¹⁶ Eine konkrete Schadensvermutung kann nur auf Wahrscheinlichkeitsgrößen basieren. Ziel muss es deshalb sein, einen für die Mehrzahl der Fälle fairen prozessrechtlichen „Startpunkt“ zu bestimmen, dessen konkrete Bestimmung um der Einzelfallgerechtigkeit willen durch Gegenbeweis widerlegbar bleiben soll. Der Zweck besteht gerade nicht darin, mit Hilfe einer konkreten Schadensvermutung alle künftigen kartellrechtlichen Schadensersatzprozesse „über einen Kamm zu scheren“. Entscheidend ist, einen angemessenen Ausgangswert zu finden. Selbst den zuvor zunächst äußerst heterogen erscheinenden Preisauflagsamplituden der *Connor-Lande*-Studie lässt sich eine für diesen Zweck brauchbare Tendenz entnehmen. Es fällt auf, dass die Mehrzahl der untersuchten Kartellabsprachen,⁹¹⁷ nämlich 36% der untersuchten Fälle, einen Preisauflag in Höhe von 10 bis 20% verursachte.⁹¹⁸ Gerade diese Homogenität sollte für die Wahl eines Schadenmedians genutzt werden. Atypische Extreme gilt es außen vor zu lassen.

Ähnliche Erkenntnisse lieferten auch andere Untersuchungen.⁹¹⁹ Ihre Ergebnisse sind mit dem sich in der *Connor-Lande*-Studie abzeichnenden Trend in Einklang zu bringen. *Posner* beispielsweise errechnete in seiner im Jahr 2001 veröffentlichten Studie einen durchschnittlichen Kartellaufschlag von 28%.⁹²⁰ Er liegt damit nicht nur leicht über dem von *Connor* und *Lande* errechneten Schadenmedian, sondern auch über dem von der OECD im Jahr 2002 deklarierten Wert von 15 bis 20%.⁹²¹ Von vergleichbarer Art präsentiert sich daneben der von *Connor* und *Bolotova* errechnete durchschnittliche Kartellpreisauflag. In ihrer Studie aus dem Jahr 2006 gelangten sie auf einen durchschnittlichen Kartellaufschlag in Höhe von 19%.⁹²² Damit in Einklang zu bringende Ergebnisse lieferte ferner das von *Connor* und *Helmerts* im Jahr 2007 veröffentlichte „*Working Paper No. 07-01*“. Darin analysierten die Autoren sämtliche innerhalb der Jahre 1990 bis 2005 entdeckten Kartellabsprachen.⁹²³ Sie kategorisierten die zu analysierenden Kartellvereinbarungen nach Regionen und errechneten im Zuge dessen separate Preisauflagsraten. Auffällig wiederum ist, dass auch diese Werte kaum von den zuvor genannten differieren.⁹²⁴ Die Spannweite sämtlicher Preisauflagsraten lag lediglich zwischen 24 und 29%.⁹²⁵ Selbiges gilt nicht zuletzt auch für

die von der *Oxera Consulting Ltd.* (2009) und von *Boyer und Kotchoni* (2011) ermittelten durchschnittlichen Kartellaufschläge. Während erstgenannte Studie einen durchschnittlichen Kartellpreisaufschlag von 18% auswies⁹²⁶, lag jener Wert in zweitgenannter bei 14%.⁹²⁷

Doch nicht nur Wissenschaftler errechneten die im Durchschnitt von einer Kartellabsprache ausgehende Preiserhöhung. Im Jahr 2013 veröffentlichte das Bundeskartellamt eine Leitlinie für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren.⁹²⁸ Darin stellte es fest, dass Kartellabsprachen durchschnittlich einen Schaden in Höhe von 10% des während der Dauer des Kartellverstoßes erzielten tatbezogenen Umsatzes des Unternehmens verursachen.⁹²⁹ Tatbezogener Umsatz definierte das Bundeskartellamt als der mit den Produkten bzw. Dienstleistungen während des gesamten Tatzeitraums erzielte Inlandsumsatz, welcher mit der Zuwiderhandlung in Zusammenhang steht.⁹³⁰ Obwohl als Bezugsgröße hier nicht - anders als in den zuvor vorgestellten Analysen - der von einer Kartellabsprache ausgehende Preisaufschlag verwendet, sondern auf den während einer Kartellabsprache erwirtschafteten tatbezogenen Umsatz als Referenzwert abgestellt wurde, weisen beide Werte in dieselbe Richtung; übereinstimmend wird von dem regelmäßigen Auftreten eines Kartellschadens ausgegangen, dessen Höhe mittels verschiedener Variablen konkret bezifferbar ist.

Im selben Jahr (2013) veröffentlichte das britische Department für Business Innovation & Skills („*Department for BIS*“) seinen „*Government Response*“.⁹³¹ Darin sollte eine Messgröße für Kartellschäden bzw. kartellbedingte Preisaufschläge bestimmt werden. Das „*Department for BIS*“ rekurrierte dabei jedoch nicht wie das Bundeskartellamt auf einen vom tatbezogenen Umsatz des Unternehmens abhängigen prozentualen Schaden, sondern knüpfte stattdessen - wie auch die ökonomischen Studien - an den durchschnittlichen Preisaufschlag von Kartellabsprachen an. Nach den Erkenntnissen des britischen „*Department for BIS*“ liegt dieser bei 20%.⁹³²

Schließlich spricht eine weitere von der Europäischen Kommission in Auftrag gegebene Studie aus dem Jahr 2007 von einer 25-prozentigen kartellbedingten Preisüberteuering.⁹³³ Sie widerspricht damit ausdrücklich

der in den US Sentencing Guidelines getroffenen Annahme, Kartellabsprachen würden eine Preissteigerung von nur 10%⁹³⁴ verursachen.⁹³⁵ Auch dieser Wert fügt sich somit in die Bandbreite der zuvor vorgestellten Ergebnisse ein.

(d) Zwischenergebnis

Dass die „*einfache*“ Schadensvermutung zwar zum Fortschritt des privaten Rechtsschutzes beiträgt, jedoch ergänzende Regelungen nicht ersetzt, wurde aufgezeigt. Nur zu gut würde sich deshalb eine erweiterte Schadensvermutung eignen, um letzte, aber entscheidende Beweislasthürden aus dem Weg zu räumen.⁹³⁶ Die Gegenüberstellung der Analyseergebnisse ließ das Finden einer angemessenen Schadensvermutung auf den ersten Blick problematisch erscheinen. Zweifelsohne wichen die Ergebnisse und errechneten Durchschnittswerte voneinander ab - allerdings in Maßen.⁹³⁷ Damit zukünftig weder Kartellopfer überprivilegiert, noch Kartelltäter unangemessen benachteiligt werden, galt es ein geeignetes Mittelmaß zu bestimmen.⁹³⁸ Nach Auswertung aller Daten und Metadaten zeigte sich, dass der Medianwert aller durchschnittlichen Kartellpreisaufschläge ca. 20% beträgt.⁹³⁹ Die vermutete Schadenshöhe dem durchschnittlichen, üblicherweise durch eine Kartellabsprache verursachten Preisaufschlag anzupassen, ist nicht nur sinnvoll, sondern auch angemessen.⁹⁴⁰ Der mit einer konkreten Schadensvermutung verfolgte Zweck, einen fairen prozessrechtlichen „*Startpunkt*“ für kartellrechtliche Schadensersatzklagen zu schaffen, lässt sich mit Rückgriff auf den durchschnittlichen Kartellpreisaufschlag am besten verfolgen.⁹⁴¹

Es wird deshalb vorgeschlagen, folgende konkrete Schadensvermutung als § 33 Abs. 3a GWB in den Gesetzestext zu integrieren:

„Wird ein Anspruch nach Abs. 3 auf eine verbotene Koordinierung⁹⁴² unter Wettbewerbern⁹⁴³ gestützt, so wird vermutet, dass die Preissetzung der Kartellbeteiligten 120% des Wettbewerbspreises beträgt.“⁹⁴⁴

Auf diese Weise kann vom bekannten Kartellpreis auf den unbekanntem Wettbewerbspreis geschlossen werden, sodass schließlich aus der

Differenz zwischen Kartellpreis und Wettbewerbspreis der ersatzfähige Kartellschaden hervorgeht.⁹⁴⁵ Die konkrete Schadensvermutung vermutet die konkrete Höhe des Kartellschadens deshalb nur mittelbar, wohingegen der hypothetische Wettbewerbspreis unmittelbar bestimmt wird.⁹⁴⁶

(e) Kritik

Die konkrete Schadensvermutung wird Kartellgeschädigten weitreichende Vorteile bieten und erheblich zur Verbesserung ihrer Position vor Gericht beitragen. Gleichwohl bleiben Kritikpunkte offen, die nicht unerwähnt bleiben sollen.

(aa) Kein Nutzen bei überdurchschnittlich hohen Schäden

Ein Schwachpunkt offenbart sich beispielsweise dann, wenn der im konkreten Einzelfall erlittene Schaden höher als der gesetzlich vermutete ausfällt. Dies wird regelmäßig dann der Fall sein, wenn sich Kartelldelinquenten auf einen Preisaufschlag von über 20% verständigt haben. Die Beweissituation wird hier - jedenfalls für den über die Schadensvermutung hinausgehenden Betrag - unverändert schwierig bleiben, denn die Wirkung der konkreten Schadensvermutung ist begrenzt. Beweiserleichterungen sind hier nicht mehr zu erwarten. Für den „*Mehrbetrag*“ trägt die klagende Partei - wie sonst üblich - die volle Darlegungs- und Beweislast.

Dass Kartellschäden höher als gesetzlich vermutet ausfallen, mag im Einzelfall auch dadurch zu erklären sein, dass Faktoren wie Mengeneffekte oder entgangene Gewinne vollkommen unberücksichtigt bleiben, während allein auf kartellbedingte Preisaufschläge abgestellt wird. Die bloße Multiplikation von Stückzahl und Schaden je Einheit macht aber unter Umständen nur einen Teil des tatsächlich verursachten und erlittenen Schadens aus, denn ursprünglich rentable Nutzenzuwächse könnten durch die Kartellabsprache ihren lohnenden Charakter verloren haben und infolgedessen unterlassen worden sein.⁹⁴⁷ Eine starre, bestimmte Umstände des konkreten Einzelfalls nicht berücksichtigende Schadensvermutung ist deshalb - wie auch dieses Beispiel zeigt - nicht frei von Einwand. Gleichwohl überwiegen die mit einer konkreten

Schadensvermutung einhergehenden Vorteile klar. Denn selbst, wenn der tatsächlich erlittene Schaden einmal größer als vom Gesetz vermutet ausfällt, vereinfacht das Rechtsinstitut die Schadensbeziehung zumindest teilweise. Allein dieser Vorteil wird Geschädigten die Geltendmachung ihrer Schäden erheblich erleichtern. Darüber hinaus gehende Schäden müssen gesondert begründet und nachgewiesen werden. Eine überzeugendere oder zumindest gleich geeignete Lösung - als vorgelagert einen konkreten Ausgangswert zu vermuten und nachgelagert spezielle Einzelfallumstände⁹⁴⁸ zu berücksichtigen - stand nicht zur Auswahl. Die mit der konkreten Schadensvermutung einhergehenden Schwierigkeiten sind in Kauf zu nehmen. Dieser Umstand ist jedoch weniger als Nachteil, sondern vielmehr als „*Vorteil mit begrenzter Wirkung*“ zu qualifizieren.

(bb) Kritik an Datengrundlage

Auch die Tatsache, dass der aus den ökonomischen Studien entnommene Wert auf kartellbedingte Preisaufschläge Bezug nimmt, nicht hingegen an erlittene Schäden anknüpft, mag Zweifel an der Schlüssigkeit der Schadensvermutung aufkommen lassen. Kann vom kartellbedingten Preisaufschlag tatsächlich auf den erlittenen Kartellschaden geschlossen werden? In der Regel - und allein dies ist für eine entsprechende Schadensvermutung entscheidend - werden kartellbedingte Preisaufschläge und erlittene Kartellschäden einander (weitestgehend) entsprechen. Dass bestimmte Faktoren einen niedrigeren⁹⁴⁹ bzw. höheren⁹⁵⁰ Schaden verursachen können, steht außer Frage. Für die Angemessenheit der konkreten Schadensvermutung ist dies jedoch unerheblich, denn der Zweck der konkreten Schadensvermutung besteht allein darin, einen fairen Ausgangswert als prozessrechtlichen Startpunkt vorzugeben. Tatsachen, die einen höheren bzw. niedrigeren Schaden begründen, müssen von der jeweiligen Partei nachgelagert vorgetragen werden.

(cc) Schadensvermutung auch für Preisschirmgeschädigte nützlich?

Weniger kritik-, als vielmehr fragwürdig scheint die tatbestandliche Reichweite der konkreten Schadensvermutung, insbesondere ob sie nur unmittelbaren und mittelbaren Kartellgeschädigten oder auch

Preisschirmgeschädigten Vorteile bringt. Vor dem Hintergrund, dass sich die der Schadensvermutung zugrundeliegenden Analysen ausschließlich auf kartellbedingte, nicht hingegen auf preisschirmbedingte Preisauflschläge beziehen, mag erstgenannte Annahme naheliegen. Tatsächlich aber wird die konkrete Schadensvermutung auch für Preisschirmgeschädigte prozessrechtliche Erleichterungen bereithalten, denn mit ihrer Hilfe kann vom bekannten Kartellpreis auf den zunächst stets unbekanntem, aber für jede Schadensbeziehung notwendigen Wettbewerbspreis geschlossen werden.⁹⁵¹ Es findet ein „Zurückrechnen“ statt.⁹⁵² Den sich so ergebenden Wettbewerbspreis können nicht nur unmittelbare und mittelbare Kartellgeschädigte, sondern auch Preisschirmgeschädigte heranziehen und für die eigene Schadensbeziehung nutzen. Mittels Subtraktion lässt sich der kartellbedingte Mehrbetrag bestimmen, welcher als Kartellschaden - insbesondere auch als Preisschirmschaden - von den Kartellbeteiligten zu ersetzen ist.

Im Ergebnis bleibt deshalb festzuhalten: Sowohl der Kartellpreis als auch die Preissetzung Kartellunbeteiligter sind Kartellbetroffenen bekannt, weshalb allein auf diese Variablen im Rahmen der Schadensberechnung zurückgegriffen werden kann. Wurde der Wettbewerbspreis unter Zuhilfenahme der konkreten Schadensvermutung ermittelt, bedarf es zur Schadensbestimmung allein der Subtraktion von Wettbewerbspreis und Kartellpreis bzw. Preisschirmpreis. Die konkrete Schadensvermutung erleichtert somit allen Kartellbetroffenen, namentlich auch Preisschirmgeschädigten, die Schadensbeziehung.

(dd) Die Schadensvermutung und das Kronzeugenprogramm

Zuletzt bleibt zu untersuchen, ob die Schadensvermutung die Effektivität des Kronzeugenprogramms gefährdet. Vor dem Hintergrund, dass namentlich die Kronzeugenregelung zur Aufdeckung zahlreicher Kartelle beigetragen hat,⁹⁵³ sollte diese Sorge - insbesondere auch im Interesse des Europäischen Gesetzgebers⁹⁵⁴ - ernst genommen werden.⁹⁵⁵ Wie auch die neue Richtlinie zum kartellrechtlichen Schadensersatz⁹⁵⁶ erkennen lässt, wird dem Kronzeugenprogramm und dem Schutz des Kronzeugen eine besonders große Bedeutung beigemessen.⁹⁵⁷ Eine mit der

Implementierung der Schadensvermutung einhergehende Schlechterstellung des Kronzeugen wäre insofern nur sehr schwer zu rechtfertigen.

Fest steht, dass das Führen privater Schadensersatzverfahren mit Hilfe der gesetzlichen Schadensvermutung erleichtert wird - sowohl für unmittelbar und mittelbar Kartellbetroffene als auch für Preisschirmgeschädigte. Und sicher ist auch, dass ein stärker werdender privater Rechtsschutz die Attraktivität des Kronzeugenprogramms gefährdet und diesem zuwiderläuft.⁹⁵⁸ Gleichwohl stehen Kronzeugen zahlreiche Privilegierungen zu,⁹⁵⁹ die auch in Zukunft für eine ausreichende Attraktivität des Kronzeugenprogramms sorgen werden. Neben der bußgeldrechtlichen Freistellung - die für den privaten Rechtsschutz zwar ohne Relevanz ist, jedoch an dieser Stelle nicht unerwähnt bleiben soll - sieht die Richtlinie⁹⁶⁰ weitere Instrumente zum Schutz von Kronzeugen vor.⁹⁶¹ So schließt Art. 6 Abs. 6 lit. a) der Richtlinie aus, dass Kronzeugenerklärungen für die Zwecke von Schadensersatzklagen offengelegt werden,⁹⁶² womit das Interesse an Information dem Schutz des Kronzeugen grundsätzlich untergeordnet wird.⁹⁶³ Gleichzeitig ordnet Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie eine Verwendungsbeschränkung bezüglich der in Art. 6 Abs. 6 genannten Beweismittel an, um sicherzustellen, dass dem Offenlegungsverbot volle Wirkung zukommt und von einem diesbezüglichen Verstoß kein weiterer Nutzen ausgehen kann. So sollen *„Beweismittel, die unter eine der in Artikel 6 Absatz 6 aufgeführten Kategorien fallen und von einer natürlichen oder juristischen Person allein durch Einsicht in die Akten einer Wettbewerbsbehörde erlangt wurden, in Verfahren über Schadensersatzklagen als unzulässig angesehen werden oder auf andere Weise nach dem anzuwendenden nationalen Recht geschützt sind, damit sichergestellt ist, dass die Beschränkungen für die Offenlegung von Beweismitteln nach Artikel 6 ihre volle Wirkung entfalten“*.⁹⁶⁴ Daneben wird zum Schutz der Kronzeugen die für Kartelltäter angeordnete gesamtschuldnerische Haftung⁹⁶⁵ durchbrochen. So haften Kronzeugen nicht nur privilegiert (Art. 11 Abs. 4 S. 1 lit. a) und Abs. 5 RL),⁹⁶⁶ sondern auch subsidiär (Art. 11 Abs. 4 S. 1 lit. b) RL).⁹⁶⁷

Dank dieser haftungsrechtlichen Sonderstellung⁹⁶⁸ und der zuvor dargelegten Privilegierung bezüglich der Offenlegung von Kronzeugenerklärungen⁹⁶⁹ scheint ein Attraktivitätsverlust des Kronzeugenprogramms ausgeschlossen.⁹⁷⁰ Während einige Autoren bisweilen sogar davon ausgehen, dass Kronzeugenanträge nach Umsetzung der Richtlinie noch attraktiver werden,⁹⁷¹ befürchten andere das Gegenteil.⁹⁷² Namentlich das die Offenlegung von Kronzeugenerklärungen betreffende Totalverbot und der von ihr ausgehende Nutzen seien kritisch zu hinterfragen. Es wird bezweifelt, dass Kronzeugenerklärungen Schadensersatzklägern tatsächlich verborgen bleiben werden. Ein gangbarer und bereits erprobter Weg sei es, ein Auskunftsverlangen über ein Zivilgericht auszusprechen,⁹⁷³ denn diesem habe die Staatsanwaltschaft grundsätzlich Akteneinsicht zu gewähren.⁹⁷⁴ Kläger könnten über § 299 ZPO und Art. 103 I GG auf die begehrten Dokumente zugreifen.⁹⁷⁵ Einen solchen Anspruch auf Einsicht verweigerten bislang zwar noch das AG Bonn⁹⁷⁶ und auch das OLG Düsseldorf;⁹⁷⁷ gleichwohl wurde einem solchen Auskunftsverlangen zuletzt sowohl vom OLG Hamm⁹⁷⁸ als auch vom Bundesverfassungsgericht⁹⁷⁹ stattgegeben. Um die Vereinbarkeit mit europäischem Recht zu gewährleisten, wird ein derartiger Anspruch auf Einsicht zukünftig abgelehnt oder begrenzt werden müssen.⁹⁸⁰ Andernfalls droht ein Verstoß gegen das in der Richtlinie für Kronzeugenerklärungen vorgesehene Offenlegungsverbot.⁹⁸¹ Eine andere Handhabung widerspräche der von der Kommission in diesem Punkt angestrebten Vollharmonisierung⁹⁸² und ließe tatsächlich Zweifel daran aufkommen, ob die Wirkkraft des Kronzeugenprogramms gewährleistet ist.⁹⁸³

Alles in allem scheinen die mit der Schadensvermutung einhergehenden Erleichterungen die Sonderstellung eines Kronzeugen nicht zu schmälern.⁹⁸⁴ Eine Implementierung der Schadensvermutung und ein auch zukünftig erfolgreiches Funktionieren des Kronzeugenprogramms schließen sich nicht aus; ein Interessenkonflikt ist nicht zu befürchten.

(ee) Zusammenfassung

Ob es der begrenzte Wirkungsbereich, der zugrundeliegende Datensatz, die

fragwürdige inhaltliche Reichweite oder die Vereinbarkeit mit dem Kronzeugenprogramm waren: Bestimmte Aspekte galt es zu diskutieren, nicht nur um die Notwendigkeit und Angemessenheit der konkreten Schadensvermutung zu belegen, sondern auch um drohender Kritik bereits im Vorfeld zu begegnen. Womöglich konnten einzelne Kritikpunkte nicht gänzlich ausgeräumt werden; in der Summe jedoch kann die grundsätzliche Vereinbarkeit der Schadensvermutung mit geltendem Recht und der mit ihr einhergehende Nutzen⁹⁸⁵ nicht mehr bezweifelt werden. Es hat sich gezeigt, dass die konkrete Schadensvermutung nicht nur für unmittelbare und mittelbare Kartellgeschädigte, sondern auch für Preisschirmgeschädigte prozessrechtliche Erleichterungen bereithält und dass das Instrument der konkreten Schadensvermutung keine Prozesspartei über Gebühr privilegiert oder unangemessen benachteiligt.

(3) Vergleich zu pauschalisiertem Schadensersatz

Bei näherem Hinsehen fällt auf, dass gesetzliche Schadensvermutungen⁹⁸⁶ und pauschalisierte Schadensersatzansprüche eine gewisse Ähnlichkeit aufweisen.⁹⁸⁷ Korrespondierend gehen beide Rechtsinstitute - gesetzlich vermutet bzw. vertraglich bestimmt - von einer konkret bezifferten Schadenshöhe aus, die mittels Gegenbeweis widerlegbar bleibt.⁹⁸⁸ Die Idee, wettbewerbswidriges Verhalten zu „sanktionieren“, ist in beiden Konzepten wiederzufinden. Während jedoch die „*rechtlichen Konturen*“ für erstgenanntes Rechtsinstitut unscharf sind, blickt man bei der Wirksamkeitsprüfung von pauschalisierten Schadensersatzansprüchen auf ein in Literatur⁹⁸⁹ und Rechtsprechung⁹⁹⁰ bekanntes Problem. Um ein in sich schlüssiges und wertungskonsistentes deutsches Rechtssystem bemüht, erscheint es deshalb sinnvoll, diesen Erfahrungsschatz bei der Ausarbeitung der gesetzlichen Schadensvermutung zu berücksichtigen. Im Rahmen dessen ist jedoch zu bedenken, dass die für pauschalisierte Schadensersatzansprüche aufgestellten Zulässigkeitsmaßstäbe nicht uneingeschränkt auch für das Rechtsinstitut der gesetzlichen Schadensvermutung gelten können. Die Ähnlichkeit zwischen beiden Rechtsinstituten ist zwar - in Bezug auf die den Konzepten zugrunde liegende Idee (s.o.) - groß, doch lassen sich bedeutende Unterschiede ausmachen, die eine nur eingeschränkte Übertragbarkeit zulassen.⁹⁹¹ Insbesondere der Umstand, dass pauschalisierte Schadensersatzansprüche

individualvertraglich vereinbart werden, verleiht diesen im Vergleich zur gesetzlich angeordneten und damit von dritter, namentlich staatlicher Hand vorgegebenen Schadensvermutung einen gänzlich anderen Charakter. Das Zustandekommen beider Rechtsinstitute ist somit grundlegend verschieden. Sollte die gesetzliche Schadensvermutung daher den AGB-rechtlichen Maßstäben genügen, so kann dies allenfalls ein Indiz für deren eigene Zulässigkeit und Wirksamkeit sein.

Entsprechendes muss auch für die von den Gerichten als zulässig deklarierte Höhe eines pauschalisierten Schadensersatzanspruchs gelten. Die festgestellte Verschiedenartigkeit von pauschalisiertem Schadensersatzanspruch auf der einen und gesetzlicher Schadensvermutung auf der anderen Seite, wird - auch was diesen Aspekt betrifft - zwingend dazu führen müssen, dass den aus den Urteilen stammenden Erkenntnissen lediglich Indizcharakter beigemessen werden kann.

(a) Schadenshöhe

(aa) Gesetzliche Grundlage

Die Vereinbarung eines pauschalisierten Schadensersatzanspruchs ist gem. § 309 Nr. 5 lit. a) BGB unzulässig, „*wenn die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden (...) übersteigt (...)*“. Die damit in sprachlicher Hinsicht an § 252 BGB anknüpfende Regelung⁹⁹² stellt auf den branchenüblichen Durchschnittsschaden ab.⁹⁹³ Der Wortlaut des § 309 Nr. 5 lit. a) BGB - „*nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge*“ und „*zu erwartender Schaden*“ - suggeriert eine abstrahierende, in die Zukunft gerichtete Betrachtungsweise.⁹⁹⁴ Schadensvermutungen bzw. Schadenspauschalierungen sind Rechtsinstitute mit prognostischem Charakter, deren festgelegte Schadenshöhe auf erster Ebene abstrakt für in der Zukunft liegende Sachverhalte angemessen sein muss.⁹⁹⁵ Die Prüfung der einzelfallabhängigen Angemessenheit tritt nachgelagert in Gestalt der Möglichkeit des Gegenbeweises auf (siehe sogleich: ii) Möglichkeit des Gegenbeweises).⁹⁹⁶

Der konkreten Schadensvermutung liegen vergleichbare Überlegungen zugrunde. Nicht nur, dass das Entstehen eines Preisschirmeffekts eine für Kartellabsprachen typische, „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartende“ Folge ist;⁹⁹⁷ auch Kartell- und Preisschirmschäden sind vorhersehbar und damit „(branchen)üblich“.⁹⁹⁸ Der gesetzlich vermutete, kartellbedingte Preisaufschlag in Höhe von 20% präsentiert sich deshalb gerade nicht als ein willkürlich festgelegter Wert, sondern als Quintessenz umfassender Datenanalysen. Wenn die konkrete Höhe der Schadensvermutung das Ergebnis zahlreicher Studien ist und somit dem durchschnittlichen, kartellbedingten Preisaufschlag entspricht, erfüllt dies die an eine Schadenspauschale zu stellenden Anforderungen des § 309 Nr. 5 lit. a) BGB.

Für die Zulässigkeit der gesetzlichen Schadensvermutung ist dies - wie bereits erwähnt - sicherlich nicht notwendig. Die Vorschrift des § 309 Nr. 5 lit. a) BGB ist auf in allgemeine Geschäftsbedingungen enthaltene Schadenspauschalen zugeschnitten. Die aufgezeigte Ähnlichkeit zwischen gesetzlicher Schadensvermutung und Schadenspauschale rechtfertigt es aber, dass jener Umstand zumindest als Indiz für die Zulässigkeit und Angemessenheit der oben vorgestellten gesetzlichen Schadensvermutung herangezogen werden kann.

(bb) Rechtsprechung

Auch Gerichte hatten über die zulässige Höhe vertraglich vereinbarter Schadenspauschalen zu entscheiden.⁹⁹⁹ Im Jahr 1995 urteilte der BGH, dass eine aus der Baubranche stammende, für wettbewerbswidrige Absprachen vorgesehene Schadenspauschale von 3% der Auftragssumme zulässig sei.¹⁰⁰⁰ Er begründete die Angemessenheit der Pauschale damit, dass wettbewerbswidrige Absprachen in der Baubranche nach statistischen Untersuchungen des Bundeskartellamtes durchschnittlich einen Schaden von 13% verursachen,¹⁰⁰¹ sodass jene Pauschale verhältnismäßig sei. Ob die Schadenspauschale 13% hätte betragen dürfen, blieb unbeantwortet. Hierzu äußerte sich der BGH nicht. Rückschlüsse darauf, welche Schadenspauschale im konkreten Einzelfall gerade noch zulässig gewesen wäre, lassen sich aus dem Urteil des BGH deshalb nicht ziehen.¹⁰⁰²

Auch das OLG Karlsruhe entschied im Jahr 2013 über die Zulässigkeit einer formularmäßig vereinbarten Schadensersatzverpflichtung „*wonach der Auftragnehmer für den Fall einer unzulässigen wettbewerbsbeschränkenden Abrede 15% der Abrechnungssumme an den Auftraggeber zu zahlen hat, es sei denn, dass ein Schaden in anderer Höhe nachgewiesen wird*“.¹⁰⁰³ Das OLG Karlsruhe hielt die zu bewertende Schadenspauschale, insbesondere deren Höhe, für wirksam.¹⁰⁰⁴ Selbst die „*geringfügige Differenz zu den vorgetragenen Rabatten von 10-12% falle nicht ins Gewicht*“¹⁰⁰⁵, sodass „*vor diesem Hintergrund nach dem gewöhnlich Lauf der Dinge ein Schaden in Höhe von ca. 15% der Auftragssumme angenommen werden*“ könne.¹⁰⁰⁶

Ein vergleichbarer Fall lag dem OLG Mannheim zur Entscheidung vor.¹⁰⁰⁷ Auch dort enthielt der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), wonach der Auftragnehmer 15% der Abrechnungssumme als Schaden an den Auftraggeber zu zahlen habe, wenn er - der Auftragnehmer - aus Anlass der Vergabe nachweislich eine Abrede getroffen hat, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt.¹⁰⁰⁸ Nachdem das Bundeskartellamt die Kartelltäter mit einem bestandskräftigen Bußgeldbescheid belegt hatte, verlangte der Auftraggeber - gestützt auf die AGB - Schadensersatz.¹⁰⁰⁹ Dem Anspruch wurde in der in den AGB bestimmten Höhe von 15% stattgegeben. Das Gericht erachtete die Pauschalisierung des zu leistenden Schadensersatzes in Höhe von 15% der Abrechnungssumme für angemessen; seien doch Preisnachlässe von bis zu 30% und Rabatte in Höhe von 10-12% üblich gewesen.¹⁰¹⁰

Anders hingegen beurteilte das LG Potsdam eine inhaltlich vergleichbare pauschalisierte Schadensersatzpflicht.¹⁰¹¹ Es erklärte die in den Vertragsbedingungen enthaltene und wie folgt lautende Klausel für unwirksam: „*Wenn der Auftragnehmer aus Anlass der Vergabe nachweislich eine Abrede getroffen hat, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt, hat er 15 v. H. der Auftragssumme an den Auftraggeber zu zahlen, es sein denn, dass ein Schaden in anderer Höhe nachgewiesen wird (...)*“.¹⁰¹² Das LG Potsdam begründete die Unwirksamkeit der Schadenspauschale damit, dass eine Schadenshöhe von

15% nicht für alle von der Klausel erfassten Fälle objektiv angemessen sei.¹⁰¹³ Es gebe andere Kartellverstöße, die in den Anwendungsbereich der Klausel fallen, dabei jedoch in ihrem zu erwartenden Schadensausmaß deutlich hinter der vermuteten Schadenshöhe zurückbleiben.¹⁰¹⁴

Im Ergebnis geht damit weder aus den benannten Gerichtsentscheidungen eine einheitliche Rechtsprechungslinie hervor, noch sind weitere, die Wirksamkeit einer für den Kartellfall bestimmten pauschalisierten Schadensersatzpflicht überprüfende Gerichtsentscheidungen ersichtlich. Während der BGH, das OLG Karlsruhe und das LG Mannheim ihre jeweils zu beurteilende Schadenspauschale für zulässig erklärten, gab das LG Potsdam dem ihr vorliegenden pauschalen Schadensersatzanspruch nicht statt. Es kritisierte, der Anwendungsbereich der Schadenspauschale halte keinerlei Einschränkungen bereit. Sämtliche Kartellabsprachen ließen sich verallgemeinernd unter den Tatbestand der Regelung subsumieren. Dass auch solche Kartellabsprachen, die beispielsweise lediglich das (Nicht-)Gewähren eines Skontos zum Gegenstand haben, in den Anwendungsbereich der Schadenspauschale fallen, sei mit den in § 309 Nr. 5 lit. a) BGB niedergelegten Voraussetzungen nicht vereinbar. Die postulierte Schadenshöhe von 15% der Auftragssumme werde bei letztgenannten Kartellabsprachen sicherlich nicht „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge“ zu erwarten sein.¹⁰¹⁵

Diese Kritik ist nachvollziehbar. Die Haltung des LG Potsdam darf jedoch nicht als grundsätzliche Ablehnung, sondern vielmehr als einzelfallabhängiges Widersprechen bewertet werden. Bereits eine Konkretisierung des Anwendungsbereichs der Schadenspauschale hätte die Bedenken des LG Potsdam ausgeräumt. Eine Begrenzung des Anwendungsbereichs - beispielsweise auf Hardcore-Kartelle - hätte der Kritik deshalb nicht nur ihre Grundlage entzogen, sondern auch dafür Sorge getragen, dass die in § 309 Nr. 5 lit. a) BGB niedergelegten Maßstäbe gewahrt worden wären.

Auch das Urteil des LG Potsdam verbietet pauschalisierte Schadensersatzansprüche im Falle einer Kartellabsprache damit nicht grundsätzlich, sondern betont nur das zwingende Erfordernis ihrer Angemessenheit. Das Landgericht zeigt auf, dass es stets einer

einzelfallabhängigen Überprüfung bedarf. Die in der Schadenspauschale festgelegte Schadenshöhe müsse auch dem nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden entsprechen.¹⁰¹⁶ Pauschalisierte Schadensersatzansprüche werden von der Rechtsprechung somit grundsätzlich anerkannt, wobei insbesondere bei der Wahl der Schadenshöhe und beim Zuschnitt des Anwendungsbereichs präzise vorzugehen ist. Wenn es die Umstände rechtfertigen, können Schadenspauschalen in Höhe von 15% zulässig sein. Andere Stimmen in der Literatur gehen sogar davon aus, dass - sollten keine Informationen vorliegen, die eine niedrigere Schätzung gebieten - Pauschalierungen von bis zu 20% der Nettopreise regelmäßig angemessen sein werden.¹⁰¹⁷

Die gerichtlich für zulässig befundenen Schadenshöhen können zwar nicht als Zulässigkeitskriterien für eine neu zu implementierende Schadensvermutung herangezogen werden; eine gewisse Indizwirkung ist ihnen jedoch nicht abzustreiten.¹⁰¹⁸ Allein die Erkenntnis, dass ein Bestimmen eines zukünftigen, noch nicht absehbaren Kartellschadens von der Rechtsprechung grundsätzlich anerkannt wird, stimmt optimistisch; setzt doch das gesetzliche Vermuten eines bestimmten Schadens genau dies voraus.

(b) Möglichkeit des Gegenbeweises

Neben den in § 309 Nr. 5 lit. a) BGB aufgestellten Kriterien sollen gem. § 309 Nr. 5 lit. b) BGB Vereinbarungen über pauschalisierte Schadensersatzansprüche auch dann unwirksam sein, „wenn (...) dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich der Nachweis gestattet wird, ein Schaden (...) sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale“. ¹⁰¹⁹ Die Möglichkeit des Gegenbeweises¹⁰²⁰ garantiert die Flexibilität und Angemessenheit der gesetzlichen Schadensvermutung bzw. der vereinbarten Schadenspauschale auch im konkreten Einzelfall¹⁰²¹ und verhindert die einseitige Bevorzugung und unangemessene Benachteiligung Einzelner.¹⁰²²

Studien belegen, dass die Preisaufschlagsamplituden einzelner Kartellabsprachen stark variieren können.¹⁰²³ In der Regel sollte der in der Schadensvermutung festgelegte Ausgangswert einen fairen

prozessrechtlichen Startpunkt bilden. Dennoch ist es aufgrund der Variationsbreite der im Einzelfall auftretenden niedrigeren oder höheren Preisaufläge erforderlich, beiden Parteien die Möglichkeit einer gesonderten Schadensbezifferung zu gewähren. Die Option des individuellen Schadensnachweises (Gegenbeweises) schafft Abhilfe und garantiert, dass durch Vortragen entsprechender Beweise von der gesetzlich festgelegten Schadenshöhe nach oben oder unten abgewichen werden kann.¹⁰²⁴ Auf diese Weise wird das Rechtsinstitut nicht nur in typischen, sondern auch in atypischen Fällen zu angemessenen Ergebnissen führen.¹⁰²⁵ Wie schon bei der Vermutung der Schadensverursachung (das „Ob“ des Schadens) verhindert die Möglichkeit der Widerlegbarkeit, dass die gesetzlich Schadensvermutung zu inkorrekten Zurechnungsergebnissen führt. Kartellbeteiligte sollen gerade nicht für Schadenshöhen haften müssen, für die sie nicht verantwortlich sind.

(4) Ergebnis

Insbesondere in atypischen Situationen werden sich Kartellgeschädigte weiterhin der Hürde der Beweislast gegenübersehen; der Nachweis eines höheren Schadens bleibt für sie auch in Zukunft mit den „alten“ Beweislastproblemen verbunden. Dies lässt sich nicht verhindern. Hervorzuheben jedoch ist, dass die gesetzliche Schadensvermutung jedenfalls in der Regel zur Kompensation eines gewissen (Mindest-)schadens führen wird. Dies ist verglichen mit dem status quo ein bedeutender Fortschritt. Die von *Inderst* und *Thomas* geäußerte und anfangs benannte Kritik konnte sicherlich nicht gänzlich entkräftet werden, doch überwiegen die mit einer konkreten Schadensvermutung einhergehenden Vorteile klar; ob es die verbesserte Möglichkeit der Selbsthilfe oder der zusätzliche Schutz des Wettbewerbs im öffentlichen Interesse, die Ergänzung der behördlichen Durchsetzung oder der Beitrag zur Rechtsfortbildung ist. Es gibt zahlreiche Gründe, den privaten Rechtsschutz zu stärken und weiterzuentwickeln. Wenn die gesetzliche Schadensvermutung hierauf also nachweisbar positiven Einfluss hätte, sollte man diesen Weg wählen; die dem deutschen Gesetzgeber bevorstehende Richtlinienumsetzung hätte sich hierfür hervorragend geeignet. Als mindestharmonisierendes Regelwerk hat sie Spielraum für

weiterreichende, zur Stärkung des privaten Rechtsschutzes geeignete Vorschriften gelassen. Wortlaut, Telos und Historie sprachen jedoch eine andere Sprache und standen einer Ergänzung der „einfachen“ Schadensvermutung entgegen.

Gleichwohl konnte gezeigt werden, dass eine konkrete Schadensvermutung, welche Kartellpreise in Höhe von 120% des wettbewerbskonformen Marktpreises vermutet den Nagel auf den Kopf trifft und für die im Kartellrecht bislang vorherrschenden Probleme des privaten Rechtsschutzes Lösungen bereithält. Materiell berechnete Schadensersatzansprüche sollen zukünftig nicht mehr an prozessualen Anforderungen scheitern. Die Erweiterung des Kreises der Aktivlegitimierten (vgl.: „Kone“-Urteil¹⁰²⁶) hätte eine gesetzgeberische Reaktion erfordert. Die Implementierung einer entsprechenden Schadensvermutung hätte insbesondere der Gruppe der Preisschirmgeschädigten geholfen, die Beweislathürden für eine erfolgreiche Geltendmachung ihrer Schadensersatzbegehren zu überwinden.

Der Vergleich zu pauschalisierten Schadensersatzansprüchen hat gezeigt, dass vergleichbare¹⁰²⁷ Rechtsinstrumente bereits existieren und von der Rechtsprechung anerkannt werden. Weshalb also sollte etwas, das individualvertraglich vereinbart werden kann, nicht auch gesetzlich generalisierend geregelt werden dürfen? Eine konkrete Schadensvermutung wäre das Pendant zu pauschalisierten Schadensersatzansprüchen, auf das jeder unabhängig von Verhandlungsposition und Nachfragemacht zurückgreifen könnte.¹⁰²⁸ Eine Schwäche der privaten Vertragsgestaltung würde ausgeglichen - gesetzlich determiniert und frei von Missbrauch.

De lege ferenda wird deshalb die Einführung einer entsprechenden konkreten Schadensvermutung vorgeschlagen.¹⁰²⁹ Der europäische Gesetzgeber wird aufgerufen, die aufgezeigten Defizite anzugehen und im Wege einer weiteren Gesetzesinitiative neue Regelungen vorzuschlagen. Der mit einer konkreten Schadensvermutung einhergehende Fortschritt wäre bemerkenswert.

VII. Zusammenfassung in Thesen

1. Grundsätzliches zum Entstehen von Preisschirmeffekten

Horizontale Kartellabsprachen führen häufig dazu, dass Kartellaußenseiter den von einer wettbewerbswidrigen Absprache hervorgerufenen Preisschirm nutzen, um im Windschatten des Kartells ihre eigenen Preise auf ein Niveau zu heben, das andernfalls nicht erzielbar gewesen wäre. Das Entstehen eines Preisschirmeffekts ist die typische Folge. Dabei wird das konkrete Ausmaß von der Reaktion der Nichtkartellanten abhängen. Beabsichtigen sie eine Optimierung ihrer Gewinnmarge, werden sie den Kartellpreis adaptieren. Kommt es ihnen auf das Abgreifen von Nachfrage an, werden sie versuchen, die Angebotsmenge auszuweiten. Auch eine Kombination der genannten Handlungsoptionen ist möglich.

Ob es das Vorhandensein eines Randwettbewerbs, das Vorliegen homogener Produkte, ein Produzieren unter steigenden Grenzkosten oder das Auftreten von Nichtkartellanten als reine Preisnehmer ist - jede dieser Marktgegebenheiten begünstigt das Zustandekommen von Preisschirmeffekten. Gleichwohl stellte sich keine dieser Variablen als notwendige Voraussetzung für das Entstehen von Preisschirmeffekten heraus.

2. Der Kreis der Aktivlegitimierten und die Frage der Schadenszurechnung

Die Rolle des kartellrechtlichen privaten Rechtsschutzes wird in Deutschland immer bedeutender. Dies ist nicht zuletzt den Entwicklungen auf europäischer Ebene geschuldet. Der Gerichtshof hat darauf hingewiesen, dass jedermann Ersatz des Schadens verlangen kann, der ihm durch ein Verhalten entstanden ist, das den Wettbewerb verfälschen oder beschränken kann.

Mit der „Kone“-Entscheidung entwickelte der EuGH seine bisherige Rechtsprechungslinie fort und konkretisierte sie. Er betonte, dass - neben unmittelbaren und mittelbaren Kartellopfen - auch

Preisschirmgeschädigte zum Kreis der Aktivlegitimierten gehören und dass Preisschirmschäden Kartelldelinquenten zugerechnet werden können.

Preisschirmgeschädigte gelten als „*Betroffene*“ i.S.d. § 33 Abs. 3 GWB. Ihre Schadensersatzberechtigung ist nicht nur mit der Ratio der Norm und der Historie des deutschen Kartellrechts vereinbar, sondern entspricht auch der Linie des europäischen Wettbewerbsrechts. Sicherlich kann und wird nicht jede Preisschirmklage Erfolg haben, sondern mag an Anspruchsvoraussetzungen wie der Schadenszurechnung scheitern. Eine Auslese der geltend gemachten Klagen jedoch bereits durch eine Restriktion des Kreises der Anspruchsberechtigten vorzunehmen, wäre verfehlt.

Die Zurechenbarkeit von Preisschirmschäden beurteilt sich nach allgemeinen zivilrechtlichen Maßstäben. Die Äquivalenz leistet als Grobfilter kaum Auslesefunktion; die Adäquanz dagegen grenzt den Kreis zurechenbarer Schäden deutlich ein. In der Regel wird das Auftreten von Preisschirmschäden eine typische und daher auch vorhersehbare Folge sein. Gerade in oligopolistischen Märkten fällt das Erkennen und Ausnutzen eines Preisschirmeffekts leicht. Mögliche Ausnahmen können der nachträgliche Marktzutritt eines Wettbewerbers oder ein Übergreifen auf weit entfernte Märkte sein.

3. Nichtkartellanten als Kartellbeitretende und der Bedarf nach neuen Regeln

Die Abgrenzung zwischen einer noch tatbestandsrelevanten aufeinander abgestimmten Verhaltensweise und einer - nach herrschender Meinung - schon nicht mehr tatbestandsrelevanten Verhaltensabstimmung über den Markt stellt die Entscheidungspraxis der Behörden und Gerichte vor große Herausforderungen. Diese Abgrenzung war für die These, Nichtkartellanten könnten durch ihr preisliches Nachziehen womöglich selbst zu Beteiligten des Kartells werden, von enormer Relevanz, denn das Verhalten eines Kartellaußenseiters wird namentlich durch die von ihm am Markt zur Kenntnis genommenen Veränderungen motiviert. Im Ergebnis sprechen nicht nur der Wortlaut und dessen Historie, sondern auch ökonomische Erkenntnisse dafür, eine Verhaltensabstimmung über den

Markt als kartellrechtlich einwandfreies Verhalten zu bewerten. Das sich gegenseitige Beobachten und reflektierte Agieren am Markt sind Verhaltensweisen, die unserer Marktwirtschaft inhärent sind. Eine Subsumtion unter die Koordinierungsform des aufeinander abgestimmten Verhaltens liefe auf ein Verbot von Preiserhöhungen (im Oligopol) hinaus. Eine Verhaltensabstimmung über den Markt als kartellrechtswidrige Koordinierungsform zu qualifizieren und den Zuwiderhandelnden gem. § 33 Abs. 1 und 3 GWB persönlich haften zu lassen, wäre daher wertungswidersprüchlich.

„Sofern konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sich Dritte wettbewerbswidrig koordinieren, ist es außenstehenden Wettbewerbern untersagt, die eigenen Preise zu erhöhen, ohne den Verdacht zuvor einer Wettbewerbsbehörde anzuzeigen.“ Über die Einführung dieser „Meldepflicht“ wurde diskutiert. Sie gliche einer allgemeinen Einstandspflicht für den manipulationsfreien Wettbewerb - ein idealistisch erstrebenswertes, jedoch rechtsdogmatisch nicht umsetzbares Vorhaben. Derartige Handlungspflichten lassen sich im Deutschen Recht nur zum Schutze überragend wichtiger Rechtsgüter installieren. Hierzu zählt der manipulationsfreie Wettbewerb wohl nicht.

4. Methoden zur Berechnung von Kartellschäden

Im Rahmen privater kartellrechtlicher Schadensersatzverfahren bereitet die Schadensbeziehung - unabhängig davon, ob es sich um Preisschirmschäden oder (un)mittelbar erlittene Kartellschäden handelt - Kartellopferten häufig die größten Probleme. Ein Rückgriff auf gängige Methoden der Schadensberechnung ist dabei unerlässlich. Meist greifen die Streitparteien hierzu auf die sog. Vergleichsmarktmethode zurück. Weil sie verschiedene Dimensionen aufweist, können viele Sachverhalte zufriedenstellend bewältigt werden. Gleichwohl bleibt die Vergleichsmarktmethode ein Verfahren, das nicht nur zahlreiche, schwer zu bestimmende Variablen voraussetzt, sondern auch für viele Geschädigte zu teuer sein wird.

5. Rechtsvergleichende Analyse - Das U.S.-amerikanische Antitrustrecht

Die U.S.-amerikanischen Rechtsinstitute der treble-damages, der pre-trial-discovery und der class action passen schlecht in die bürgerlichrechtliche Landschaft; eine Vereinbarkeit mit verschiedenen deutschen Rechtsgrundsätzen scheint schwer möglich. Gleichwohl treten manche positiven Aspekte zu Tage, um deren Integrierung in das deutsche Recht man sich bemühen sollte.

Die U.S.-amerikanische Rechtsprechung zeigt sich, die Frage der Ersatzfähigkeit von Preisschirmschäden und deren Zurechenbarkeit gegenüber Kartelltätern betreffend, gespalten. Eine höchstrichterliche Entscheidung des U.S. Supreme Courts fehlt bislang.

6. Die Richtlinienumsetzung - Gelingt die Stärkung des privaten Rechtsschutzes?

Die wettbewerbsrechtliche Schadensersatzrichtlinie wird zu bedeutenden Neuerungen im deutschen Kartellrecht führen. Sowohl die Stärkung des privaten Rechtsschutzes als auch dessen Kompatibilität mit dem public enforcement, namentlich der Aufrechterhaltung des Kronzeugenprogramms, waren die die Richtlinienausarbeitung tragenden Leitmotive.

Die Regelungsreichweite des Art. 17 Abs. 2 S. 1 RL ist in der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie nicht genau bestimmt. Unklar ist nicht nur, auf welche Art von Kartellschäden sich die Vermutung erstreckt, sondern auch, ob nur die Schadensentstehung als solche (das „Ob“ des Schadens) oder auch eine konkrete Schadenshöhe (das „Wie“ des Schadens) vermutet wird bzw. vermutet werden darf. Der dem nationalen Gesetzgeber zustehende Umsetzungsspielraum gestattet eine klarstellende Umsetzung dahingehend, dass auch das Entstehen von Preisschirmschäden gesetzlich vermutet wird. Der deutsche Gesetzgeber hat auf die Möglichkeit dieser Klarstellung (unbewusst) verzichtet. Eine Erstreckung der Vermutung auf eine konkrete Schadenshöhe lässt die Richtlinie hingegen nicht zu. Selbst eine überschießende Umsetzung schien hier ausgeschlossen, da der nationalgesetzgeberische Umsetzungsspielraum in diesem Aspekt unter anderem aufgrund des Erwägungsgrundes 47 auf null reduziert ist.

Die Einführung einer konkreten Schadensvermutung ist hierdurch nicht auf alle Zeit ausgeschlossen. Die Notwendigkeit, Informationsasymmetrien zu nivellieren und mit der Quantifizierung von kartellrechtlichen Schäden einhergehende Probleme zu beheben, war - neben der Absicht, eine Stimmung des prozessrechtlichen Desinteresses zu vermeiden - der Grund, für die Implementierung einer konkreten Schadensvermutung.

Eine konkrete Schadensvermutung kann nur auf Wahrscheinlichkeitsgrößen basieren. Ziel muss es sein, einen für die Mehrzahl der Fälle fairen prozessrechtlichen „Startpunkt“ zu bestimmen, dessen konkrete Bestimmung um der Einzelfallgerechtigkeit willen durch Gegenbeweis widerlegbar bleiben soll.

Ökonomische Studien belegen, dass der durchschnittliche kartellbedingte Preisauflschlag ca. 20% beträgt. Die Schadensvermutung dem durchschnittlichen Preisauflschlag anzupassen, erwies sich als sinnvoll und angemessen. Der mit einer konkreten Schadensvermutung verfolgte Zweck lässt sich auf diese Weise am besten verfolgen.

Ein Vergleich zu pauschalisierten Schadensersatzansprüchen zeigte, dass ähnliche Rechtsinstrumente existieren und von der Rechtsprechung anerkannt werden. Das individualvertraglich Zulässige (pauschalisierter Schadensersatzanspruch) sollte auch gesetzlich generalisierend (konkrete Schadensvermutung) geregelt werden dürfen. Eine konkrete Schadensvermutung wäre das Pendant zu pauschalisierten Schadensersatzansprüchen, auf das jeder unabhängig von Verhandlungsposition und Nachfragemacht zurückgreifen könnte. Eine Schwäche der privaten Vertragsgestaltung würde ausgeglichen - gesetzlich determiniert und frei von Missbrauch.

Die konkrete Schadensvermutung kann jedoch auch kritisch gesehen werden. Neben der Tatsache, dass die Schadensvermutung bei überdurchschnittlich hohen Kartellschäden im Hinblick auf den über den vermuteten Wert hinausgehenden Betrag keinen Nutzen hat, ließ auch die Gleichsetzung von durchschnittlichem Preisauflschlag und durchschnittlichem Kartellschaden Ungenauigkeiten befürchten.

Die konkrete Schadensvermutung erleichtert allen Kartellbetroffenen, namentlich auch Preisschirmgeschädigten, die Schadensbeziehung. Denn die Bestimmung des hypothetischen Wettbewerbspreises ist hierfür - unabhängig von der Art des Kartellschaden - stets erforderlich.

7. Gesetzgebungsvorschlag

Es wird vorgeschlagen, § 33 GWB um folgenden Absatz 3a zu ergänzen:
„Wird ein Anspruch nach Abs. 3 auf eine verbotene Koordinierung unter Wettbewerbern gestützt, so wird vermutet, dass die Preissetzung der Kartellbeteiligten 120% des Wettbewerbspreises beträgt.“

Literaturverzeichnis

- Agence France-Presse* Bahn fordert erneut Schadensersatz von Thyssen-Krupp, in: www.handelsblatt.com; Artikel vom 24.01.2014
(zit.: *afp*, Bahn fordert erneut Schadensersatz von Thyssen-Krupp)
- Alexander, Christian* Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht - Privatrechtliche Sanktionsinstrumente zum Schutz individueller und überindividuelle Interessen im Wettbewerb, 2010
(zit.: *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht)
- Axelrod, Robert* The Evolution of Cooperation, New York, 1984
(zit.: *Axelrod*, The Evolution of Cooperation)
- Axelrod, Robert* Effektive Choice in the Prisoner's Dilemma, in: Journal of Conflict Resolution, March 1980, Vol. 24, 1, pp. 3-25
(zit.: *Axelrod*, in: Journal of Conflict Resolution, March, 1980, Vol. 24, 1)
- Axster, Oliver* Das Verbot des „*aufeinander abgestimmten Verhaltens*“ in § 25 Abs. 1 der Zweiten Novelle des GWB, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 1973, S. 605-619
(zit.: *Axster*, in: WuW 1973, 605)
- Backhaus, Jürgen G.; Cassone, Alberto; Ramello, Giovanni B.* New Horizons in Law and Economics: The Law and Economics of Class Actions in Europe - Lessons from America, 2012 (zit.: The Law and Economics of Class Actions in Europe - Lessons from America)
- Bamberger, Heinz Georg; Roth, Herbert* Beck'scher Online Kommentar, BGB, 01.11.2016, 41. Edition
(zit.: *Bearbeiter*, in: Beck'scher OK BGB)

- Barry, Rodger* Competition Law, Comparative Private Enforcement and Collective Redress across the EU; International Competition Law Series, Volume 56; 2014
(zit.: *Barry*, Competition Law, Comparative Private Enforcement and Collective Redress across the EU)
- Barth, Uli; Bongard, Christian* Gesamtwirtschaftliche Analyse: Die große Unbekannte der Mehrerlösermittlung, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2009, S. 30-44
(zit.: *Barth/Bongard*, in: *WuW* 2009, 30)
- Basedow, Jürgen; Terhechte, Jörg Philipp; Tichy, Lubos* Private Enforcement of Competition Law, 1. Auflage 2011
(zit.: *Bearbeiter*, in: *Private Enforcement of Competition Law*)
- Bechtold, Rainer* Grundlegende Umgestaltung des Kartellrechts: Zum Referentenentwurf der 7. GWB-Novelle, in: *Der Betrieb*, 2004, S. 235-241
(zit.: *Bechtold*, in: *DB* 2004, 235)
- Bechtold, Rainer; Bosch, Wolfgang* Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 1-96, 130, 131) Kommentar, 8. Auflage 2015
(zit.: *Bearbeiter*, in: *Bechtold, GWB*)
- Beckerman, John S.* Confronting Civil Discovery's Fatal Flaws, in: *Minnesota Law Review* Volume 84, February 2000, S. 505-587
(zit.: *Beckerman*, in: *Minn. L. Rev.* 2000, 505)
- Belke, Rolf* Die vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen nach der Kartellgesetznovelle 1973 - Teil 4: Das Verbot der Verhaltensabstimmung nach § 25 I unter besonderer Berücksichtigung der Vertikalsachverhalte -, in: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 139. Band 1975, S. 51-97
(zit.: *Belke*, in: *ZHR* 139 (1975) 51)
- Beninca, Jürgen* Gründlichkeit vor Schnelligkeit! Zur Verzögerung der Richtlinie zur privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2014, S. 791
(zit.: *Beninca*, in: *WuW* 2014, 791)
- Benisch,* Private Verfolgung von Wettbewerbsbeschränkungen und

- Werner Allgemeininteresse, in: Festschrift für Gunther Hartmann - Wettbewerbsordnung im Spannungsfeld von Wirtschafts- und Rechtswissenschaft, 1976, S. 37-50
(zit.: *Benisch*, in: FS Hartmann)
- Benisch, Werner* Private Verfolgung von Wettbewerbsbeschränkungen und Allgemeininteresse, in: Wettbewerbsordnung im Spannungsfeld von Wirtschafts- und Rechtswissenschaft - Festschrift für Gunther Hartmann zum 65. Geburtstag, S. 37-50
(zit.: *Benisch*, in: FS Hartmann)
- Bernhard, Jochen* Schadensberechnung im Kartellzivilrecht vor und nach dem „*Praktischen Leitfaden*“ der Europäischen Kommission, in: Neue Zeitschrift für Kartellrecht, 2013, S. 488-494
(zit.: *Bernhard*, in: NZKart 2013, 488)
- Bernhard, Jochen* Kartellrechtlicher Individualschutz durch Sammelklagen - Europäische Kollektivklagen zwischen Effizienz und Effektivität, 2010
(zit.: *Bernhard*, Kartellrechtlicher Individualschutz durch Sammelklagen)
- Berrisch, Georg M.;* Kartellrechtliche Schadensersatzansprüche nach der 7. *Burianski, Markus* GWBNovelle - Eine Einschätzung der Zukunft privater Kartellrechtsdurchsetzung mittels Schadensersatzklagen in Deutschland, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 2005, S. 878-888
(zit.: *Berrisch/Burianski*, in: WuW 2005, 878)
- Beschorner, Patrick F.E.;* Ökonomische Aspekte der privaten Durchsetzung des *Hüschelrath, Kai* Kartellrechts, Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung, Discussion Paper No. 09-075, 2009
(zit.: *Beschorner/Hüschelrath*, Ökonomische Aspekte der privaten Durchsetzung des Kartellrechts)
- Beth, Hannes;* Preisschirmeffekte: Wettbewerbsökonomische Implikationen *Pinter, Cora-Marie* für kartellrechtliche Bußgeld- und Schadensersatzverfahren, in: Wirtschaft und Wettbewerb 2013, S. 228-236
(zit.: *Beth/Pinter*, in: WuW 2013, 228)
- Bien, Florian* Wozu brauchen wir die Richtlinie über private Kartellschadensersatzklagen noch?, in: Neue Zeitschrift für Kartellrecht, 2013, S. 481-483

(zit.: *Bien*, in: NZKart 2013, 481)

Bien, Florian Überlegungen zu einer haftungsrechtlichen Privilegierung des Kartellkronzeugen, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2011, S. 889- 890
(zit.: *Bien*, in: EuZW 2011, 889)

Bischke, Alf-Henrik; Brack, Sebastian Neuere Entwicklungen im Kartellrecht - LAG Düsseldorf schließt Regress von Unternehmensgeldbußen bei Geschäftsleitern aus, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, 2015, S. 349-351
(zit.: *Bischke/Brack*, in: NZG 2015, 349)

Blair, Roger D.; Maurer, Virginia G. Umbrella Pricing and Antitrust Standing: An Economic Analysis, 1982, Utah Law, Review, p. 763-796
(zit.: *Blair/Maurer*, Umbrella Pricing and Antitrust Standing)

Borchardt, Klaus-Dieter Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union - Eine systematische Darstellung für Studium und Praxis; 5. Auflage 2012
(zit.: *Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union)

Boyer, Marcel; Kotchoni, Rachidi The Econometrics of Cartel Overcharges; Montréal, March 2011; die Studie kann heruntergeladen werden unter: <http://ecgi.ssrn.com/delivery.php?ID=928082082020094074072012070066024112025034090043062053107092009090006115068108020078110007008044037025023023115118094122071013023074045075046064072064092083074094010026091127091020085025067098004023108023112065119090071119010125094073124127068085&EXT=pdf&TYPE=2>
(zit.: *Boyer/Kotchoni*, The Econometrics of Cartel Overcharges)

Brand, Peter-Andreas US-Sammelklagen und kollektiver Rechtsschutz in der EU, in: Neue Juristische Wochenschrift, 2012, S. 1116-1121
(zit.: *Brand*, in: NJW 2012, 1116)

Brandner, Gert Die überschießende Umsetzung von Richtlinien - Tatbestand und Rechtsfolgen der autonomen Erstreckung des Regelungsgehalts einer Richtlinie auf Sachverhalte außerhalb ihres Anwendungsbereichs durch den nationalen Gesetzgeber, in: Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Rechtswissenschaft, Bd. 3741; 2003

- (zit.: *Brandner*, Die überschießende Umsetzung von Richtlinien)
- Brockmeier, Dirk* Punitive damages, multiple damages und deutscher ordre public - Unter besonderer Berücksichtigung des RICO-Act, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, 67, 1999
(zit.: *Brockmeier*, Punitive damages, multiple damages und deutscher ordre public)
- Brömmelmeyer, Christoph* Die Ermittlung des Kartellschadens nach der Richtlinie 2014/104/EU, in: Neue Zeitschrift für Kartellrecht, 2016, S. 2-9
(zit.: *Brömmelmeyer*, in: NZKart 2016, 2)
- Bulst, Friedrich Wenzel* Schadensersatz wegen Kartellrechtsverletzungen – Herausforderungen und Lösungsansätze, in: Schadensersatz im europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht – Würzburger Tagung vom 11. und 12.6.2010, 2012, S. 117-144
(zit.: *Bulst*, in: Schadensersatz im europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht)
- Bulst, Friedrich Wenzel* Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht - Zur Schadensabwälzung nach deutschem, europäischem und US-amerikanischem Recht, 2006
(zit.: *Bulst*, Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht)
- Bulst, Friedrich Wenzel* Internationale Zuständigkeit, anwendbares Recht und Schadensberechnung im Kartelldeliktsrecht, in: Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht, 2004, S. 403-410
(zit.: *Bulst*, in: EWS 2004, 403)
- Buren, Eckart* Zinsen ab Schadenseintritt schon vor der 7. GWB-Novelle – Zugleich ergänzende Anmerkung zum Fall „Selbstdurchschreibepapier“, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 2012, S. 1056-1061
(zit.: *Buren*, in: WuW 2012, 1056)
- Bürger, Christian; Aran, Benjamin* Verjährung des § 33 Abs. 3 GWB bei follow-on Schadensersatzklagen de lege lata und de lege ferenda, in: Neue Zeitschrift für Kartellrecht, 2014, S. 423-427
(zit.: *Bürger/Aran*, in: NZKart 2014, 423)
- Cappelletti*, Access to Justice Vol. III: Emerging issues; 1979 (zit.:

- Mauro; Garth, Bryant* *Cappelletti/Garth, Access to Justice Vol. III)*
- Connor, John M.; Bolotova, Yuliya* Cartel overcharges: survey and meta-analysis, in: *International Journal of Industrial Organization*, 2006, p. 1109-1137
(zit.: *Connor/Bolotova*, in: *International Journal of Industrial Organization*)
- Connor, John M.; Bolotova, Yuliya; Miller, Douglas J.* Factors Influencing the Magnitude of Cartel Overcharges: An Empirical Analysis of Food Industry Cartels, in: *Journal of Competition Law & Economics*), 2008, p. 361-381
(zit.: *Connor/Bolotova/Miller*, in: *Journal of Competition Law & Economics*)
- Connor, John M.; Helmers, C. Gustav* Statistics On modern private international cartels, 1990-2005, in: *The American Antitrust Institute*, 2007, AAI Working Paper No. 07-01
(zit.: *Connor/Helmers*, in: *The American Antitrust Institute*)
- Connor, John M.; Lande, Robert H.* Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines, in: *American Bar Association - Issues in Competition Law and Policy Volume 3*, 2008, p. 2203-2218
(zit.: *Connor/Lande*, in: *American Bar Association*)
- Coppik, Jürgen; Haucap, Justus* Die Behandlung von Preisschirmeffekten bei der Bestimmung von Kartellschäden und Mehrerlösen, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 2016, S. 50-57
(zit.: *Coppik/Haucap*, in: *WuW* 2016, 50)
- Dauner-Lieb, Barbara; Heidel, Thomas; Ring, Gerhard* *Nomos Kommentar, BGB, Schuldrecht §§ 241-610, Band 2/1, 3. Auflage*, 2016
(zit.: *Bearbeiter*, in: *NK-BGB*)
- De Coninck, Raphaël* Quantifying Antitrust Damages in Civil Proceedings: A Pragmatic Approach; *New Frontiers of Antitrust Conference*, Paris, 11. February 2011 (Article published in the *Review Concurrences*, 2011-2)
(zit.: *De Coninck*, *Quantifying Antitrust Damages in Civil Proceedings: A Pragmatic Approach*)

- Dreher,
Meinrad;
Kling, Michael
- Kartell- und Wettbewerbsrecht der
Versicherungsunternehmen, 2007
(zit.: Dreher/Kling, Kartell- und Wettbewerbsrecht der
Versicherungsunternehmen)
- Eckel, Philipp
- Kollektiver Rechtsschutz gegen kartellrechtliche
Streuschäden: Das Vereinigte Königreich als Vorbild?, in:
Wirtschaft und Wettbewerb, 2015, S. 4-14
(zit.: Eckel, in: WuW 2015, 4)
- Eger, Thomas;
Weise, Peter
- Grenzen einer privaten Durchsetzung des Verbots von
Preiskartellen, in: Internationalisierung des Rechts und seine
ökonomische Analyse, Festschrift für Hans-Bernd Schäfer
zum 65. Geburtstag, 2008, S. 509-524
(zit.: Eger/Weise, in: FS Schäfer)
- Ellger,
Reinhard
- Kartellschaden und Verletzergewinn, in: Recht, Ordnung und
Wettbewerb - Festschrift zum 70. Geburtstag von Bernhard
Möschel
(zit.: Ellger, in: FS Möschel)
- Emmerich,
Volker
- Kartellrecht: Ein Studienbuch, 13. Auflage 2014
(zit.: Emmerich, Kartellrecht)
- Everling,
Ulrich; Roth,
Wulf-Henning
- Mindestharmonisierung im Europäischen Binnenmarkt;
Schriftenreihe Europäisches Recht, Politik und Wirtschaft,
herausgegeben von Prof. Dr. Jürgen Schwarze, Direktor des
Instituts für Öffentliches Recht der Universität Freiburg
Abteilung Europa- und Völkerrecht; Band 194; Referate des
7. Bonner Europa-Symposiums vom 27. April 1996
(zit.: Bearbeiter, in: Everling/Roth, Mindestharmonisierung)
- Ewald,
Christian
- Paradigmenwechsel bei der Abgrenzung relevanter Märkte? –
Ansatzpunkte und Grenzen eines „*more economic approach*“
der Marktabgrenzung am Beispiel des „*trans-o-flex*“-
Beschlusses des OLG Düsseldorf, in: Zeitschrift für
Wettbewerbsrecht, 2004, S. 512-544
(zit.: Ewald, in: ZWeR 2004, 512)
- Fiedler, Lilly;
Huttenlauch,
Anna Blume
- Der Schutz von Kronzeugen- und Settlementerklärungen vor
der Einsichtnahme durch Dritte nach dem Richtlinien-
Vorschlag der Kommission, in: Neue Zeitschrift für
Kartellrecht, 2013, S. 350-355

- (zit.: *Fiedler/Huttenlauch*, in: NZKart 2013, 350)
- Flume, Werner* Verbotene Preisabsprache und Einzelvertrag, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1956, S. 457-469
(zit.: *Flume*, in: *WuW* 1956, 457)
- Fritzsche, Alexander* Jedermann kann – Anmerkung zum Kone-Urteil des EuGH (Rs. C-557/12) zum Schadensersatz bei kartellbedingt eintretenden Preisschirmeffekten, in: *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, 2014, S. 428-431
(zit.: *Fritzsche*, in: NZKart 2014, 428)
- Fuchs, Andreas* Unter dem Schirm und im Schatten des Kartells – Überlegungen zur Reichweite der Schadensersatzhaftung bei Preisschirm- und Mengeneffekten außerhalb der Vertriebsketten der Kartellmitglieder, in: *Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag*, 2014, S. 159-173
(zit.: *Fuchs*, in: FS Bornkamm)
- Fuchs, Andreas* Anspruchsberechtigte, Schadensabwälzung und Schadensbemessung bei Kartellverstößen, in: *Schadensersatz im europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht – Würzburger Tagung vom 11. und 12.6.2010*, 2012, S. 55-91
(zit.: *Fuchs*, in: *Schadensersatz im europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht*)
- Galle, René* Der Anscheinsbeweis in Schadensersatzfolgeklagen - Stand und Perspektiven, in: *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, 2016, S. 214-220
(zit.: *Galle*, in: NZKart 2016, 214)
- Geimer, Reinhold* Internationales Zivilprozessrecht, 7. Auflage 2014
(zit.: *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht)
- Ghassabeh, Amir-Said* Die Zustellung einer punitive damages-Sammelklage an beklagte deutsche Unternehmen - Zugleich ein Beitrag zum „unnötigen“ transatlantischen Justizkonflikt; Beiträge zum Internationalen Privatrecht, zum Einheitsrecht und zur Rechtsvergleichung, Band 54, 2009
(zit.: *Ghassabeh*, Die Zustellung einer punitive damages-Sammelklage an beklagte deutsche Unternehmen)
- Glöckner, Jochen* Individualschutz und Funktionenschutz in der privaten Durchsetzung des Kartellrechts - Der Zweck heiligt die Mittel

nicht; er bestimmt sie!, in: Wettbewerb in Recht und Praxis, 2007, S. 490-500
(zit.: *Glöckner*, in: WRP 2007, 490)

*Gloy
Wolfgang;
Loschelder,
Michael;
Erdmann, Willi*

Handbuch des Wettbewerbsrechts, 4. Auflage, 2010

(zit.: *Gloy/Loschelder/Erdmann*, Handbuch des Wettbewerbsrechts)

*Goette, Wulf;
Habersack,
Mathias*

Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2, 4. Auflage 2014

(zit.: *Bearbeiter*, in: MüKo AktG)

Görner, André

Die Anspruchsberechtigung der Marktbeteiligten nach § 33 GWB, 2007

(zit.: *Görner*, Die Anspruchsberechtigten der Marktbeteiligten nach § 33 GWB)

*Greiner,
Christoph*

Die Class Action im amerikanischen Recht und deutscher Ordre Public; Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Bd. 2289; 1998

(zit.: *Greiner*, Die Class Action im amerikanischen Recht und deutscher Ordre Public)

Gussone, Peter

„Ende der Beweisnot von Kartellschadensersatzklägern?“, in: Betriebs Berater, 2014, S. 533

(zit.: *Gussone*, in: BB 2014, 533)

*Gussone,
Peter;
Schreiber,
Tilman M.*

Private Kartellrechtsdurchsetzung – Rückenwind aus Europa? Zum Richtlinienentwurf der Kommission für kartellrechtliche Schadensersatzklagen, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 2013, S. 1040-1059

(zit.: *Gussone/Schreiber*, in: WuW 2013, 1040)

*Haberstumpf,
Helmut;
Husemann,
Staphan*

Wettbewerbs- und Kartellrecht, Gewerblicher Rechtsschutz: Examenskurs für Rechtsreferendare; 6. Auflage 2015

(zit.: *Haberstumpf/Husemann*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, Gewerblicher Rechtsschutz)

- Harms, Rüdiger; Petrasincu, Alex* Die Beziehung von Ermittlungsakten im Kartellzivilprozess - Möglichkeit zur Umgehung des Schutzes von Kronzeugenanträgen?, in: Neue Zeitschrift für Kartellrecht, 2014, S. 304-310 (zit.: *Harms/Petrasincu*, in: NZKart 2014, 304)
- Hartmann-Rüppel, Marco; Schrader, Konstantin* Es regnet Preiserhöhungen – Wie Preisschirme auch Unbeteiligte schädigen können, in: Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, 2014, S. 300-317
(zit.: *Hartmann-Rüppel/Schrader*, in: ZWeR 2014, 300)
- Hartung, Isabella* „Umbrella claims“: Schadensersatz bei Kartellverstößen auf Um- oder Abwegen? – Haften Kartellbeteiligte für die Preispolitik von nicht am Kartell beteiligten Konkurrenten?, in: ecolex, Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2012, S. 497-500 (zit.: *Hartung*, in: ecolex 2012, 497)
- Haucap, Justus; Stühmeier, Torben* Wie hoch sind durch Kartelle verursachte Schäden: Antworten aus der Sicht der Wirtschaftstheorie, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 2008, S. 413-424
(zit.: *Haucap/Stühmeier*, in: WuW 2008, 413)
- Haus, Florian C.; Serafimova, Mariya* Neues Schadensersatzrecht für Kartellverstöße - die EURichtlinie über Schadensersatzklagen, in: Betriebs Berater, 2014, S. 2888-2890
(zit.: *Haus/Serafimova*, in: BB 2014, 2883)
- Hauser, Sebastian Max* Kartellschadensersatz wegen Preiserhöhung durch Kartellaußenseiter?, in: Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, 2013, S. 146-147
(zit.: *Hauser*, in: GWR 2013, 146)
- Hay, Peter* US-Amerikanisches Recht - Ein Studienbuch, 6. Auflage, 2015
(zit.: *Hay*, US-Amerikanisches Recht)
- Heinemann, Andreas* Interferenzen zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht in der Wettbewerbspolitik, in: Die Herausforderung von Grenzen - Festschrift für Roland Bieber, 2007, S. 681-703
(zit.: *Heinemann*, in: FS Bieber)
- Heinichen, Christian* Akteneinsicht durch Zivilgerichte in Kartellschadensersatzverfahren, in: Neue Zeitschrift für

- Kartellrecht, 2014, S. 83-92
(zit.: *Heinichen*, in: NZKart 2014, 83)
- Hempel, Rolf* Privater Rechtsschutz im deutschen Kartellrecht nach der 7. GWB-Novelle, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 2004, S. 362-374
(zit.: *Hempel*, in: WuW 2004, 362)
- Hempel, Rolf* Privater Rechtsschutz im Kartellrecht – Eine rechtsvergleichende Analyse, 2002
(zit.: *Hempel*, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht)
- Hempel, Rolf* War da nicht noch etwas? - Zum kollektiven Rechtsschutz im Kartellrecht, in: Neue Zeitschrift für Kartellrecht, 2013, S. 494-500
(zit.: *Hempel*, in: NZKart 2013, 494)
- Henrichs, Helmut* Die „*conscious parallelism*“-Doktrin des US-Antitrustrechts und der Begriff „*aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen*“ in Art. 85 EWG-Vertrag, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 1965, S. 95-105
(zit.: *Henrichs*, in: WuW 1965, 95)
- Hess, Burkhard* Kartellrechtliche Kollektivklagen in der Europäischen Union - Aktuelle Perspektiven, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 2010, S. 493-502
(zit.: *Hess*, in: WuW 2010, 493)
- Hirsch, Günter; Montag, Frank; Säcker, Franz Jürgen* Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht) - Kartellrecht, Missbrauchs- und Fusionskontrolle - Band 2, 2. Auflage 2015, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), §§ 1-96, 130, 131
(zit.: *Bearbeiter*, in: MüKo GWB)
- Hobe, Stephan* Europarecht; 8. Auflage 2014
(zit.: *Hobe*, Europarecht)
- Horn, Norbert; Tietz, Reinhard* Sozialwissenschaften im Studium des Rechts - Band I; Zivil- und Wirtschaftsrecht, 1977
(zit.: *Bearbeiter*, in: Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, Bd. I)
- Hüschelrath, Kai; Leheyda,* Schadensermittlung und Schadensersatz bei Hardcore-Kartellen - Ökonomische Methoden und rechtlicher Rahmen,

- Nina; Müller
Kathrin; Veith,
Tobias* in: Schriftenreihe des Zentrums für Europäische Wirtschaftsforschung, Band 102, 1. Auflage 2012

(zit.: *Hüschelrath/Leheyda/Müller/Veith*, Schadensermittlung und Schadensersatz bei Hardcore-Kartellen)
- Immenga,
Ulrich;
Mestmäcker,
Ernst-Joachim* Wettbewerbsrecht, Band 2, GWB/Teil 1, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 5. Auflage 2014
(zit.: *Bearbeiter*, in: Immenga/Mestmäcker GWB)
- Immenga,
Ulrich;
Mestmäcker,
Ernst-Joachim* EU-Wettbewerbsrecht, Band I , 5. Auflage 2012,
(zit.: *Bearbeiter* in: Immenga/Mestmäcker, EUWettbewerbsrecht)
- Inderst,
Roman; Maier-
Rigaud, Frank;
Schwalbe,
Ulrich* Quantifizierung von Schäden durch Wettbewerbsverstöße
(zit.: *Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe*, Quantifizierung von Schäden durch Wettbewerbsverstöße)
- Inderst,
Roman; Maier-
Rigaud, Frank;
Schwalbe,
Ulrich* Umbrella Effekts, in: Social Science Research Network, 23. July 2013
(zit.: *Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe*, in: SSRN)
- Inderst,
Roman;*
- Maier-Rigaud,
Frank;
Schwalbe,
Ulrich* Preisschirmeffekte, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 2014, S. 1043-1056

(zit.: *Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe*, in: WuW, 2014, 1043)
- Inderst,
Roman;
Thomas, Stefan* Zu den Prinzipien der Ermittlung von Schadensersatz bei Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 2014, S. 667
(zit.: *Inderst/Thomas*, in: WuW, 2014, 667)
- Inderst,
Roman;
Thomas, Stefan* Schadensersatz bei Kartellverstößen: Eine Untersuchung der juristischen und ökonomischen Grundlagen, Methoden und damit verbundenen Rechtsfragen betreffend die Ermittlungen

des Schadens bei Verstößen gegen das Kartellverbot, 1. Auflage, 2015
(zit.: *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen)

Jaeger, Wolfgang;
Pohlmann, Petra;
Schroeder, Dirk

Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht – Mit Kommentierung des EG-Kartellrechts, des GWB und einer Darstellung ausländischer Kartellrechtsordnungen, Lfg. 87, September 2016

(zit.: *Bearbeiter*, in: FK)

Jäger, Torsten

Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht - Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Mindestharmonisierung, der richtlinienkonformen Auslegung und des Vorabentscheidungsverfahrens; Augsburger Rechtsstudien, Band 46, 2006
(zit.: *Jäger*, Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht)

Jaschke, Franz Josef

Der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch, 1. Auflage, 2012
(zit.: *Jaschke*, Der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch)

Junger, Friedrich K.;
Reimann, Mathias

Zustellung von Klagen auf punitive damages nach dem Haager Zustellungsübereinkommen, in: Neue Juristische Wochenschrift, 1994, S. 3274-3275
(zit.: *Junger/Reimann*, in: NJW 1994, 3274)

Jungermann, Frank

Kollektive Marktbeherrschung durch interdependentes Parallelverhalten und deren Missbrauch, in: FIW-Schriftenreihe, Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V. Köln, 2007, Heft 210
(zit.: *Jungermann*, Kollektive Marktbeherrschung)

Jungermann, Sebastian

US-Discovery zur Unterstützung deutscher Kartellschadensersatzklagen, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 2014, S. 4-17
(zit.: *Jungermann*, in: WuW 2014, 4)

Jüntgen, David Alexander

Die prozessuale Durchsetzung privater Ansprüche im Kartellrecht, 2007
(zit.: *Jüntgen*, Die prozessuale Durchsetzung privater Ansprüche im Kartellrecht)

- Kainer, Friedemann; Persch, Johannes* Die CDC-Entscheidung des OLG Düsseldorf: Kollektiver Rechtsschutz und europarechtliches Effektivitätsprinzip - Anm. zu OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.02.2015, VI-U (Kart) 3/14, WuW 2015, 505 - Zementkartell-Sammelklage -, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2016, S. 2-7
(zit.: *Kainer/Persch*, in: WuW 2016, 2)
- Kapp, Thomas* Abschaffung des Private Enforcement bei Hardcore-Kartellen, in: *Festschrift zum 70. Geburtstag von Bernhard Möschel*, 2011 - Recht, Ordnung und Wettbewerb, S. 319-340
(zit.: *Kapp*, in: FS Möschel)
- Karper, Irene* Reformen des Europäischen Gerichts- und Rechtsschutzsystems, in: *Schriftenreihe des Zentrums für Europäische Rechtspolitik der Universität Bremen (ZERP)*, Band 59, 2010
(zit.: *Karper*, Reformen des Europäischen Gerichts- und Rechtsschutzsystems)
- Kersten, Hans-Christian* Bewußtes Parallelverhalten - aufeinander abgestimmte Verhaltensweise - Kartellvertrag, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1972, S. 69-83
(zit.: *Kersten*, in: WuW 1972, 69)
- Kersting, Christian* Die neue Richtlinie zur privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2014, S. 564-575 (zit.: *Kersting*, in: WuW 2014, 564)
- Kersting, Christian* Perspektiven der privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht, in: *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, 2008, S. 252-271
(zit.: *Kersting*, in: ZWeR 2008, S. 252)
- Kersting, Christian; Preuß, Nicola* Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU) - Ein Gesetzgebungsvorschlag aus der Wissenschaft, September 2015
(zit.: *Kersting/Preuß*, Gesetzgebungsvorschlag aus der Wissenschaft)
- Kirchhoff, Wolfgang* Das ORWI-Urteil des Bundesgerichtshofs - Hintergründe und Konsequenzen für die Rechtspraxis, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2012, S. 927-935
(zit.: *Kirchhoff*, in: WuW 2012, 927)
- Kling, Michael;* Kartellrecht, 2. Auflage, 2016

- Thomas, Stefan* (zit.: *Kling/Thomas*, Kartellrecht)
- Koch, Harald* Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess: die class action des amerikanischen Rechts und deutsche Reformprobleme, 1976
(zit.: *Koch*, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess)
- Koch, Jens* Kartellrechtliche Schadensersatzansprüche mittelbar betroffener Marktteilnehmer nach § 33 GWB n.F., in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2005, S. 1210-1221
(zit.: *Koch*, in: *WuW* 2005, 1210)
- Koch, Raphael* Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht: Public vs. private enforcement, in: *JuristenZeitung*, 2013, S. 390-398
(zit.: *Koch*, in: *JZ* 2013, 390)
- Köhler, Helmut* Kartellverbot und Schadensersatz, in: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2004, S. 99-103
(zit.: *Köhler*, in: *GRUR* 2004, 99)
- Kokott, Juliane* EuGH: Zum Schadensersatzanspruch im Hinblick auf „Preisschirmeffekte“ eines Kartells, in: *Neue Zeitschrift Kartellrecht*, 2014, S. 117-120
(zit.: *Kokott*, in: *NZKart* 2014, 117)
- Kokott, Juliane* Schlussanträge der Generalanwältin Juliane Kokott vom 30. Januar 2014 – Rechtssache C-557/12
(zit.: *Schlussanträge Generalanwältin*)
- Krüger, Carsten* Die haftungsrechtliche Privilegierung des Kronzeugen im Außen- und Innenverhältnis gemäß dem Richtlinienvorschlag der Kommission, in: *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, 2013, S. 483-488
(zit.: *Krüger*, in: *NZKart* 2013, 483)
- Kruß, Alexander* Kartellschaden und Verbraucherschutz - Rechtliche und faktische Rechtsdurchsetzungshürden für die Kompensation kartellbedingter Streuschäden unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben, 2010
(zit.: *Kruß*, *Kartellschaden und Verbraucherschutz*)
- Kühne, Armin* EuGH: Schadensersatzpflicht von Kartellanten für Preisschirmeffekte bestätigt, in: *Betriebs Berater*, 2014, S. 1550-1552
(zit.: *Kühne*, in: *BB* 2014, 1550)

- Kühne, Armin; Woitz, Steffen* Die neue EU-Kartellschadensersatzrichtlinie: „*Follow-on*“-Klagen auf Schadensersatz werden gefährlicher, in: *Der Betrieb*, 2015, S. 1028-1032
(zit.: *Kühne/Woitz*, in: *DB* 2015, 1028)
- Lahme, Rüdiger* Die Eignung des Zivilverfahrens zur Durchsetzung des Kartellrechts - Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des zivilprozessualen Beweisrechts, 2010
(zit.: *Lahme*, Die Eignung des Zivilverfahrens zur Durchsetzung des Kartellrechts)
- Lampert, Thomas; Weidenbach, Georg* Akteneinsicht zur Substantiierung einer Schadensersatzklage gegen Mitglieder eines Kartells - Beweisprobleme gibt es nicht!, in: *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2007, S. 152-163
(zit.: *Lampert/Weidenbach*, in: *WRP* 2007, 152)
- Langen, Eugen; Bunte, Hermann-Josef* Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band I, *Deutsches Kartellrecht*, 12. Auflage 2014
(zit.: *Bearbeiter*, in: *Langen/Bunte, KartellR*, Bd. I)
- Langen, Eugen; Bunte, Hermann-Josef* Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band II, *Europäisches Kartellrecht*, 12. Auflage 2014
(zit.: *Bearbeiter*, in: *Langen/Bunte, KartellR*, Bd. II)
- Larenz, Karl; Canaris, Claus-Wilhelm* Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, 1987
(zit.: *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts)
- Lave, Jonathan M.* Umbrella standing: the tradeoff between plaintiff suit and speculative claims, in: *The Antitrust Bulletin/Spring* 2003, S. 223-269
(zit.: *Lave*, 48 *Antitrust Bull.* 223, (2003))
- Leib, Florian* Kartellrechtliche Durchsetzungsstrategien in der Europäischen Union, den USA und Deutschland: eine Rechtsvergleichende Analyse, 2012
(zit.: *Leib*, Kartellrechtliche Durchsetzungsstrategien in der Europäischen Union, den USA und Deutschland)
- Lettl, Tobias* Haftungsausfüllende Kausalität für einen Schadensersatzanspruch wegen Verstoßes gegen Art. 101

- AEUV, § 1 GWB, insbesondere beim sog. „*umbrella pricing*“, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2014, S. 1032-1043
(zit.: *Lettl*, in: *WuW* 2014, 1032)
- Lettl, Tobias* Der Schadensersatzanspruch gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 81 Abs. 1 EG, in: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 167. Band 2003, S. 473-493
(zit.: *Lettl*, in: *ZHR* 167 (2003) 473)
- Lettl, Tobias* Kartellschadensersatz nach der Richtlinie 2014/104/EU und deutsches Kartellrecht, in: *Wettbewerbsrecht in Recht und Praxis*, 2015, S. 537-545
(zit.: *Lettl*, in: *WRP* 2015, 537)
- Loewenheim, Ulrich;*
Meessen, Karl M.;
Riesenkampff, Alexander Kartellrecht – Europäisches und Deutsches Recht – Kommentar, 3. Auflage 2016
(zit.: *Bearbeiter*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*)
- Logemann, Hans Philip* Der kartellrechtliche Schadensersatz: Die zivilrechtliche Haftung bei Verstößen gegen das deutsche und europäische Kartellrecht nach Ergehen der VO (EG) Nr. 1/2003 und der 7. GWB-Novelle, 2009
(zit.: *Logemann*, *Der kartellrechtliche Schadensersatz*)
- Lübbig, Thomas* Die zivilprozessuale Durchsetzung etwaiger Schadensersatzansprüche durch die Abnehmer eines kartellbefangenen Produkts, in: *Wirtschaft in Recht und Praxis*, 2012, S. 1254-1260
(zit.: *Lübbig*, in: *WRP* 2004, 1254)
- Luce, Robert Duncan; Raiffa Howard* *Games and Decisions: Introduction and Critical Survey*, Dover Publications, 1957
(zit.: *Luce/Raiffa*, *Games and Decisions*)
- Machlup, Fritz* *Wettbewerb im Verkauf - Modellanalyse des Anbieterverhaltens*, 1966
(zit.: *Machlup*, *Wettbewerb im Verkauf*)
- Makatsch, Tilman; Abele,* Kommentar: Kartellschadensersatz - Goodbye Deutschland?, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2015, S. 461

- Volker
(zit.: Makatsch/Tilman, in: WuW 2015, 461)
- Makatsch,
Tilman; Mir,
Arif Sascha Die neue EU-Richtlinie zu Kartellschadensersatzklagen - Angst vor der eigenen „Courage“?, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2015, S. 7-13
(zit.: Makatsch/Mir, in: EuZW 2015, 7)
- Maxeiner,
James Rechtspolitik und Methoden im deutschen und amerikanischen Kartellrecht - Eine vergleichende Betrachtung; Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung, Band 71; 1986
(zit.: Maxeiner, Rechtspolitik und Methoden im deutschen und amerikanischen Kartellrecht)
- Mederer,
Wolfgang Richtlinienvorschlag über Schadensersatzklagen im Bereich des Wettbewerbsrechts, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2013, S. 847-852
(zit.: Mederer, in: EuZW 2013, 847)
- Meessen, Gero Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EUKartellrecht: Konturen eines europäischen Kartelldeliktsrechts?, 2011
(zit.: Meessen, Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht)
- Merkt, Hanno Von Monstern und komischen Vögeln: Kritische Anmerkungen zur Zustellung US-amerikanischer punitive damages-Klagen in Deutschland, in: Festschrift Leipold, 2009, S. 265-281
(zit.: Merkt, in: FS Leipold)
- Moch,
Christiane Private Kartellrechtsdurchsetzung - Stand, Probleme, Perspektiven - Tagungsbericht des Bundeskartellamtes, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 2006, S. 39-45
(zit.: Moch, in: WuW 2006, 39)
- Mörsdorf-
Schulte,
Juliana Funktionen und Dogmatik US-amerikanischer punitive damages - Zugleich ein Beitrag zur Diskussion um die Zustellung und Anerkennung in Deutschland, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, 67, 1999
(zit.: Mörsdorf-Schulte, Funktionen und Dogmatik US-amerikanischer punitive damages)
- Möschel, Kartellrechtsdurchsetzung durch private

- Wernhard;
Bien, Florian Schadensersatzklagen?, 2010

(zit.: *Bearbeiter*, in: Möschel/Bien, Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen)
- Müller-Graff,
Peter-
Christian;
Kainer,
Friedemann Die Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen bei Kartellabsprachen in Vergabeverfahren, in: WM - Wertpapier-Mitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, 2013, S. 2149-2155

(zit.: *Müller-Graff/Kainer*, in: WM 2013, 2149)
- Murphy,
Martin Stahlkonzerne - Arcelor-Mittal wusste vom Kartell und schwieg, in: Handelsblatt Online, 12.12.2011
(zit.: *Murphy*, Arcelor-Mittal wusste vom Kartell und schwieg)
- Murphy,
Martin Kartell des Schweigens - Die Manager von Thyssen-Krupp und Deutscher Bahn wussten schon im Jahr 2000 vom Schienenkartell, in: Handelsblatt Nr. 239 vom 10.12.2012
(zit.: *Murphy*, Kartell des Schweigens)
- Musielak,
Hans-Joachim;
Voit, Wolfgang Zivilprozessrecht mit Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar, 13. Auflage 2016
(zit.: *Bearbeiter*, in: Musielak/Voit, ZPO)
- Nagy, Csongor
István Schadensersatzklagen im Fall kartellrechtlicher Rechtsverletzungen in Ungarn, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 2010, S. 902-911)
(zit.: *Nagy*, in: WuW 2010, 902)
- Napel, Stefan;
Oldehaver,
Gunnar Kartellschadensersatz und Gesamtschuldnerausgleich - Ökonomisch faire Schadensaufteilung mit dem Shapley-Wert, 2015, S. 135-140
(zit.: *Stefan/Oldehaver*, in: NZKart 2015, 135)
- Ohlhoff, Stefan Mit Schienenkartellant: Bahn-Juristen und WilmerHale erzielen Vergleich, www.juve.de; Artikel vom 20.11.2013
(zit.: *Ohlhoff*, Mit Schienenkartellant: Bahn-Juristen und WilmerHale erzielen Vergleich)
- Palandt, Otto;
Bassenge,
Peter Palandt - Bürgerliches Gesetzbuch - mit Nebengesetzen - insbesondere mit Einführungsgesetz (Auszug) einschließlich Rom I-, Rom II- und Rom III-Verordnungen sowie Haager Unterhaltsprotokoll und EU-Erbrechtsverordnung,

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), Wohn- und
Betreuungsvertragsgesetz, BGB-Informationspflichten-
Verordnung, Unterlassungsklagengesetz,
Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsgesetz,
Wohnungseigentumsgesetz, Versorgungsausgleichsgesetz,
Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz; 76. Auflage,
2017
(zit.: *Bearbeiter*, in: Palandt)

Pauer, Nada Schadensersatzansprüche aufgrund von
Ina „Preisschirmeffekten“ bei Kartellverstößen, in: *Wirtschaft*
und Wettbewerb, 2015, S. 14-26
(zit.: *Pauer*, in: *WuW* 2015, 14)

Pipoh, Kay Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU)
in das deutsche Recht - Bericht zum Forum
Unternehmensrecht vom 22.02.2016 in Düsseldorf -, in: *Neue*
Zeitschrift für Kartellrecht, 2016, S. 226-227
(zit.: *Pipoh*, in: *NZKart* 2016, 226)

Posner, Antitrust Law; 2nd Edition; The University of Chicago Press.;
Richard A. 2001
(zit.: *Posner*, Antitrust Law)

Prütting, Hans Ein neues Kapitel im Justizkonflikt USA - Deutschland, in:
Festschrift für Erik Jayme, Band I, S. 709-718
(zit.: *Prütting*, in: *FS Jayme*)

Rabel, Ernst Das Recht des Warenkaufs: Eine rechtsvergleichende
Darstellung, 1936
(zit.: *Rabel*, *Das Recht des Warenkaufs*)

Rauh, Jens Vom Kartellantengewinn zum ersatzfähigen Schaden - Neue
Ole; Lösungsansätze für die private Rechtsdurchsetzung, in: *Neue*
Zeitschrift für Kartellrecht, 2013, S. 222-227
(zit.: *Rauh*, in: *NZKart* 2013, 222)

Rauh, Jens Die Ermittlung der Schadenshöhe im Kartelldeliktsrecht, in:
Ole; *Wettbewerbsrecht in Recht und Praxis*, 2012, S. 173-183
Zuchandke, (zit.: *Rauh/Zuchandke/Reddemann*, in: *WRP* 2012, 173)
Andy;
Reddemann,
Sebastian

Rauscher, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit

- Thomas;
Krüger
Wolfgang Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band I, 5. Auflage 2016, §§ 1 - 354 ZPO

(zit.: *Bearbeiter*, in: MüKo ZPO)
- Remien, Oliver
(Hersg.) Schadensersatz im europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht – Würzburger Tagung vom 11. und 12.6.2010, 2012
(zit.: *Autor*, in: Schadensersatz im europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht)
- Renner, Katia A. Diskussionsbericht zu den Beiträgen von Koziol, Wurmnest und Fuchs, in: Schadensersatz im europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht – Würzburger Tagung vom 11. und 12.6.2010, 2012, S. 93-98
(zit.: *Renner*, in: Schadensersatz im europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht)
- Rengeling,
Hans-Werner;
Middeke,
Andreas;
Gellermann,
Martin Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Auflage 2014
(zit.: *Bearbeiter*, in: Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union)
- Reuschle,
Fabian Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, 2004, S. 590-593
(zit.: *Reuschle*, in: NZG 2004, 590)
- Riesenhuber,
Karl Europäische Methodenlehre: Handbuch für Ausbildung und Praxis, 3. Auflage 2015
(zit.: *Bearbeiter*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre)
- Riezler, Erwin Das Rechtsgefühl: Rechtspsychologische Betrachtungen, 3. unveränderte Auflage, 1969
(zit.: *Riezler*, Das Rechtsgefühl)
- Röckrath,
Luidger Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung - Rechtliche und ökonomische Analyse, 2004; Münchener Universitätsschriften, Band 187
(zit.: *Röckrath*, Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung)
- Rommé, Oliver Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismaß und Beweislast - Prozessrechtliche Abhandlungen Heft 71, 1989

- (zit.: *Rommé*, Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismaß und Beweislast)
- Rosati, Francesco; Ellger, Reinhard* Science, Myth and Fines: Do cartels typically rise prices by 25 %?, in: *Law and Economics*, 2009, S. 1.5
(zit.: *Rosati/Ellger*, in: *Law and Economics* 2009, 1)
- Roth, Wulf-Henning* Das Kartelldeliktsrecht in der 7. GWB-Novelle, in: *Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag*, 2006, S. 1133-1171
(zit.: *Roth*, in: *FS Huber*)
- Roth, Wulf-Henning* Europäisches Kartellrecht - terra incognita?, in: *Neue Juristische Wochenzeitschrift*, 2000, S. 1313-1314
(zit.: *W.-H. Roth*, in: *NJW* 2000, 1313)
- Roth, Wulf-Henning* Zivilrechtliche Durchsetzung des europäischen Kartellrechts - Nationales Zivil- und Zivilprozessrecht unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrecht - , in: *Festschrift für Walter Gerhardt*, 2004, S. 815-837
(zit.: *Roth*, in: *FS Gerhardt*)
- Säcker, Franz Jürgen; Rixecker, Roland; Oetker, Hartmut* Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 11, 6. Auflage 2015 - Internationales Privatrecht II, Internationales Wirtschaftsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 25-248)
(zit.: *Bearbeiter*, in: *MüKo EGBGB*)
- Säcker, Franz Jürgen; Rixecker, Roland; Oetker, Hartmut; Limperg, Bettina* Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 7. Auflage 2016, §§ 241-432 BGB
(zit.: *Bearbeiter*, in: *MüKo BGB*)
- Safari, Anja* Diskussionsbericht zu den Vorträgen von Pace und Bulst, in: *Schadensersatz im europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht – Würzburger Tagung vom 11. und 12.6.2010*, 2012, S.145-149

- (zit.: *Safari*, in: Schadensersatz im europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht)
- Sanders, Joseph* The Bendectin Litigation: A Case Study in the Life Cycle of Mass Torts, in: *Hastings Law Journal*, 1992, S. 301-393
(zit.: *Sanders*, in: 43 *Hastings L. J.* (1992) 301)
- Schack, Haimo* Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, 4. Auflage 2011; Schriftenreihe der Juristischen Schulung, Band 101
(zit.: *Schack*, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht)
- Schäfer, Hans-Bernd; Dari-Mattiacci, Giuseppe* The Core of Pure Economic Loss (2007). *International Review of Law and Economics*, Vol. 27. No. 1, March 2007; George Mason Law & Economics Research Paper No. 05-22; Amsterdam Center for Law & Economics, Working Paper No. 2005-03; available at SSRN: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=784984
(zit.: *Schäfer/Dari-Mattiacci*, The Core of Pure Economic Loss)
- Schäfer, Hans-Bernd; Ott, Claus* Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Auflage 2012
(zit.: *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts)
- Schmidt, Karsten* Bankrott oder Bewährung des § 823 Abs. 2 BGB? – Gedanken aus Anlass der Neufassung von § 33 GWB -, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band I, 2007, S. 1175-1190
(zit.: *K. Schmidt*, in: FS Canaris)
- Schmidt, Karsten* Aufgaben und Leistungsgrenzen der Gesetzgebung im Kartelldeliktsrecht – Eine rechtspolitische Studie zu den außerstrafrechtlichen Sanktionen im GWB, 1978
(zit.: *K. Schmidt*, Aufgaben und Leistungsgrenzen der Gesetzgebung im Kartelldeliktsrecht)
- Schmidt, Karsten* Kartellverfahrensrecht – Kartellverwaltungsrecht – Bürgerliches Recht – Kartellrechtspflege nach deutschem Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1977
(zit. *K. Schmidt*, Kartellverfahrensrecht)

- Schmidt, Karsten* Offenhaltung der Märkte durch private Klagen bei Kartellsachverhalten? - Ein Beitrag zu Schutzgesetzdiskussion um § 35 GWB -, in: Wettbewerb als Herausforderung und Chance, Festschrift für Werner Benisch
(zit.: *K. Schmidt*, in: FS Benisch)
- Schmidt, Karsten* § 33 GWB und Private Enforcement auf vertraglicher Grundlage - Ein Beitrag zur Vielschichtigkeit des „Kartellprivatrechts“, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 2015, S. 812-822
(zit.: *K. Schmidt*, in: WuW 2015, 812)
- Schmidt, Rolf* Allgemeines Verwaltungsrecht - Grundlagen des Verwaltungsverfahrens - Staatshaftungsrecht, 18. Auflage 2015
(zit.: *Schmidt*, Allgemeines Verwaltungsrecht)
- Schmidt, Stefan* Tagungsbericht vom Forum Kartellrecht 2016 in Münster: Die Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie - Ausblick auf die 9. GWB-Novelle, in: Neue Zeitschrift für Kartellrecht, S. 126-128
(zit.: *Schmidt*, in: NZKart 2016, 126)
- Schnelle, Ulrich; Soyez, Volker* EuGH zu Schadensersatzansprüchen von Kartellgeschädigten bei Preisschirmeffekten, in: www.handelsblatt.com vom 14.7.2014
(zit.: *Schnelle, Soyez*, EuGH zu Schadensersatzansprüchen)
- Scholl, Carl-Christian* Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht - Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Private Enforcement im Kartellrecht, 2011
(zit.: *Scholl*, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht)
- Schröter, Helmuth; Jakob, Thinam; Klotz, Robert; Mederer, Wolfgang* Nomos Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Großkommentar, 2. Auflage 2014
(zit.: *Bearbeiter*, in: Nomos Kommentar Europäisches Wettbewerbsrecht)
- Schulte, Josef L.; Just, Christoph* Kartellrecht: GWB, Kartellvergaberecht, EU-Kartellrecht, 2. Auflage, 2016
(zit.: *Bearbeiter*, in: Schulte/Just, KartellR)

- Schulze, Reiner* Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 8. Auflage 2014
(zit.: *Bearbeiter*, in: Schulze BGB-HK)
- Schwabe, Ulrich;*
Zimmer, Daniel Kartellrecht und Ökonomie - Moderne ökonomische Ansätze in der europäischen und deutschen Zusammenschlusskontrolle, 2. Auflage, 2011
(zit.: *Schwabe/Ulrich*, Kartellrecht und Ökonomie)
- Schweitzer, Heike* Die neue Richtlinie für wettbewerbsrechtliche Schadensersatzklagen, in: Neue Zeitschrift für Kartellrecht, 2014, S. 335-345
(zit.: *Schweitzer*, in: NZKart 2014, 335)
- Setear, John K.* Discovery Abuse under the Federal Rules: Causes and Cures, in: The Yale Law Journal, Vol. 92, No. 2 (Dec. 1982), S. 352-375
(zit.: *Setear*, in: 92 Yale L. Journal, 352)
- Siebert, Horst* Einführung in die Volkswirtschaftslehre, 14. Auflage, 2003
(zit.: *Siebert*, Einführung in die Volkswirtschaftslehre)
- Sirakova, Kristina* Impediments to the private enforcement of competition law in Europe - The Brussels Commercial Court's decision European Union v Otis et al, in: Neue Zeitschrift für Kartellrecht, 2015, S. 466-470
(zit.: *Sirakova*, in: NZKart 2015, 466)
- Spangler, Simon* Schadensersatz für Preisschirmeffekte - Umbrella Pricing, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht, 2015, S. 149-151.
(zit.: *Spangler*, in: NZBau 2015, 149)
- Stadthaus, Carolin;*
Wiedeck, Carla Quotenkartell: Beweis des ersten Anscheins für Umbrella-Effekt, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 2017, S. 43-50
(zit.: *Stadthaus/Wiedeck*, in: WuW 2017, 43)
- Stauber, Peter;*
Schaper, Hanno Die Kartellschadensersatzrichtlinie – Handlungsbedarf für den deutschen Gesetzgeber?, in: Neue Zeitschrift für Kartellrecht, 2014, S. 346-353
(zit.: *Stauber/Schaper*, in: NZKart 2014, 346)
- Staudinger, J.;*
Schiemann, Gottfried Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 249-254 (Schadensersatz), 13. Auflage

2005

(zit.: *Bearbeiter*, in: Staudinger/Schiemann, BGB)

Steger, Jens Zugang durch die Hintertüre? - zur Akteneinsicht in Kronzeugenanträge von Kartellanten, in: Betriebs-Berater, 2014, S. 963-970

(zit.: *Steger*, in: BB 2014, 963)

Stein, Friedrich; Jonas, Martin Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Auflage 2008; Band 4, §§ 253-327

(zit.: *Bearbeiter*, in: Stein/Jonas)

Steindorff, Ernst Gesetzgeberische Möglichkeiten zu verbesserter Durchsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 138. Band 1974, S. 504-532

(zit.: *Steindorff*, in: ZHR 138 (1974) 504)

Stöber, Michael Schadensersatzpflicht für Preisschirmeffekte bei Verstößen gegen deutsches oder europäisches Kartellrecht, in: Europäische Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, 2014, S. 257-262

(zit.: *Stöber*, in: EuZW 2014, 257)

Stoll, Carsten Die dreifache Schadensberechnung im Wettbewerbs- und Markenrecht als Anwendungsfall des allgemeinen Schadensrechts, 2000

(zit.: *Stoll*, Die dreifache Schadensberechnung im Wettbewerbs- und Markenrecht als Anwendungsfall des allgemeinen Schadensrechts)

Telser, Lester G. Competition, Collusion and Game Theory, 1971

(zit.: *Telser*, Competition, Collusion and Game Theory)

Tonner Klaus Konsumentenschutz im Rahmen privater Kartellrechtsdurchsetzung - Bestandsaufnahme und Entwicklung von Lösungsansätzen zur Gewährleistung subjektiver Befugnisse für mittelbare Kartelloffer unter besonderer Berücksichtigung deutscher und europarechtlicher Initiativen, von Mathias Pajunk, in: Rostocker Schriften zum Wirtschaftsrecht, Band 15, 2011 (zit.: *Pajunk*, Konsumentenschutz im Rahmen privater

Kartellrechtsdurchsetzung)

Uerpmann-Wittzack, Robert Examens-Repetitorium, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 4. Auflage 2013

(zit.: *Uerpmann-Wittzack*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht)

Van den Hövel, Markus Richterliche Arbeitstechnik: einschließlich Beweisaufnahme und Beweiswürdigung; 5. Auflage 2013

(zit.: *Van den Hövel*, Richterliche Arbeitstechnik)

Vogel, Markus Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht, FIW-Schriftenreihe, Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V. Köln, Heft 231, 2010

(zit.: *Vogel*, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht)

Vollrath, Christian Das Maßnahmenpaket der Kommission zum wettbewerbsrechtlichen Schadensersatzrecht, in: Neue Zeitschrift für Kartellrecht, 2013, S. 434-446

(zit.: *Vollrath*, in: NZKart 2013, 434)

Wagner, Matthias Das Konzept der Mindestharmonisierung; Schriften zum Europäischen Recht, Band 70; 2001

(zit.: *Wagner*, Das Konzept der Mindestharmonisierung)

Weidenbach, Georg; Saller Michael Das Weißbuch der Europäischen Kommission zu kartellrechtlichen Schadensersatzklagen - Darstellung und erste Bewertung wesentlicher Aspekte, in: Betriebs Berater, 2008, S. 1020-1026

(zit.: *Weidenbach/Saller*, in: BB 2008, 1020)

Weitbrecht, Andreas Schadensersatzansprüche der Unternehmer und Verbraucher wegen Kartellverstößen, in: Neue Juristische Wochenschrift, 2012, S. 881-887

(zit.: *Weitbrecht*, in: NJW 2012, 881)

Weitbrecht, Andreas Die Umsetzung der EU-Schadensersatzrichtlinie - Eine Chance für den Rechtsstandort Deutschland, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 2015, S. 959-972

(zit.: *Weitbrecht*, in: WuW 2015, 959)

Welfens, Paul J. J. Grundlagen der Wirtschaftspolitik, 1995

(zit.: *Welfens*, Grundlagen der Wirtschaftspolitik)

- Wesselburg, Alexander* Drittschutz bei Verstößen gegen das Kartellverbot - Unter Berücksichtigung der Wechselwirkungen zwischen privater und öffentlich-rechtlicher Durchsetzung, 2010
(zit.: *Wesselburg*, Drittschutz bei Verstößen gegen das Kartellverbot)
- Wiedemann, Gerhard* Handbuch des Kartellrechts, 3. Auflage 2016
(zit.: *Bearbeiter*, in: Handbuch des Kartellrechts)
- Wiesner, Till* Der Kronzeuge im Kartellrecht - Zur Rechtmäßigkeit der Honorierung von Aufklärungshilfe durch Sanktionserlass bei der Verfolgung von Hardcore-Kartellen durch die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt, 2004
(zit.: *Wiesner*, Der Kronzeuge im Kartellrecht)
- Wilde, Harro; Anders, Sönke* Pauschalierter Schadensersatz im Kartellrecht? Anmerkung zu LG Potsdam, Urt. v. 22.10.2014, 2 O 29/14 - pauschalierter Schadensersatz, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2015, S. 246-251
(zit.: *Wilde/Anders*, in: *WuW* 2015, 246)
- Will, Martin* Allgemeines Verwaltungsrecht; Prüfe dein Wissen - Rechtsfälle in Frage und Antwort, 2012
(zit.: *Will*, Allgemeines Verwaltungsrecht)
- Winter, Thomas; Thürk, Sophie* Die Synchronisierung von Ansprüchen auf Kartellschadensersatz, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2016, S. 221-226
(zit.: *Winter/Thürk*, in: *WuW* 2016, 221)
- Wissenbach, Kay* Von der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung zum privaten Schadensersatzprozess - Beurteilung des kartellrechtlichen Systemwechsels, Band 15 - Schriften zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, 2010
(zit.: *Wissenbach*, Von der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung zum privaten Schadensersatzprozess)
- Wurmnest, Wolfgang* Schadensersatz wegen Verletzung des EU-Kartellrechts – Grundfragen und Entwicklungslinien, in: *Schadensersatz im europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht – Würzburger Tagung vom 11. und 12.6.2010*, 2012, S. 27-53
(zit.: *Wurmnest*, in: *Schadensersatz im europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht*)

- Zieschang, Tamara* Das Staatsbild Franz Böhms, in: Marktwirtschaftliche Reformpolitik - Schriftenreihe der Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft N.F., Bd. 7
(zit.: *Zieschang*, Das Staatsbild Franz Böhms)
- Zimmer, Daniel* Kartellrecht und neuere Erkenntnisse der Spieltheorie – Vorzüge und Nachteile einer alternativen Interpretation des Verbot abgestimmten Verhaltens (§ 25 Abs. 1 GWB, Art. 85 Abs. 1 EWGV), in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 1990, S. 470-187
(zit.: *Zimmer*, in: ZHR 154 (1990) 470)
- Zöllner, Wolfgang; Noack, Ulrich* Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2/1, §§ 76-94 AktG, 3. Auflage 2009
(zit.: *Bearbeiter*, in: KK-AktG, 3. Auflage)
- Zöttl, Johannes* Kartellrecht: Umbrella Pricing – Kone, in: Europäische Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, 2014, S. 586-590
(zit.: *Zöttl*, in: EuZW 2014, 586)
- Zöttl, Johannes; Schlepper, Lisa* Die private Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen - Status Quo in Deutschland, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2012, S. 573-576
(zit.: *Zöttl/Schlepper*, in: EuZW 2012, 573)
- Zypries, Brigitte* Ein neuer Weg zur Bewältigung von Massenprozessen - Entwurf eines Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, in: Zeitschrift für Rechtspolitik, 2004, S. 177-179
(zit.: *Zypries*, in: ZRP 2004, 177)

Dokumente

Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und der Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, COM (2013) 404 final; sämtliche Dokumente der Kommission zu dieser Initiative können heruntergeladen werden unter:

<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>

(zit.: RL-V)

Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen – Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Begleitunterlage zur Mitteilung der Kommission zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union; der Leitfaden kann heruntergeladen werden unter:

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_en

(zit.: Leitfaden Schadensermittlung)

Diskussionspapier des Bundeskartellamtes für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 26. September 2005, Private Kartellrechtsdurchsetzung – Stand, Probleme, Perspektiven; das Diskussionspapier kann heruntergeladen werden unter:

<http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions%20Private%20Kartellrechtsdurchsetzung.html>

(zit.: Diskussionspapier Bundeskartellamt)

Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zu

dem Vorschlag für eine Richtlinie 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; die Stellungnahme kann heruntergeladen werden unter:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:52013AE4975>

(zit.: *Stellungnahme EWSA*)

Mitteilung der Kommission zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen wegen Zuwiderhandlung gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union; die Mitteilung kann heruntergeladen werden unter:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:167:0019:0021:DE:PDF>

(zit.: *Mitteilung Schadensermittlung*)

Externe Studie der Kommission „*Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts*“, 2009; Study prepared for the European Commission; Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers led by Dr Assimakis Komninou; die Studie kann heruntergeladen werden unter:

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_stu

(zit.: *Oxera Studie 2009*)

Standpunkt des Europäischen Parlaments, festgelegt in erster Lesung am 17. April 2014 im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie 2014/.../EU 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; der Standpunkt kann heruntergeladen werden unter:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2014-0451&format=XML&language=DE#BKMD-11>

(zit.: Standpunkt Parlament)

Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union; die Richtlinie kann heruntergeladen werden unter:
<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-80-2014-INIT/de/pdf>

(zit.: RL)

Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft - Amtsblatt Nr. C 372 vom 09/12/1997 S. 0005 – 0013; die Bekanntmachung kann heruntergeladen werden unter:
[http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209\(01\):DE:HTML](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209(01):DE:HTML)

(zit.: Bekanntmachung Kommission: relevanter Markt)

Erfolgreiche Kartellverfolgung - Nutzen für Wirtschaft und Verbraucher; Papier des Bundeskartellamtes; das Papier kann heruntergeladen werden unter:
<https://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/E/erfolgreichekartellverfolgu>

(zit.: Erfolgreiche Kartellverfolgung - Nutzen für Wirtschaft und Verbraucher)

Sektoruntersuchung des Bundeskartellamtes - Kraftstoffe, Abschlussbericht Mai 2011 - Zusammenfassung; die Sektoruntersuchung kann heruntergeladen werden unter:
http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektorunters%20Zusammenfassung.pdf?__blob=publicationFile&v=5

(zit.: Sektoruntersuchung Kraftstoffe)

Gesetzentwurf der Bundesregierung - Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Drucksache

15/3640; der Gesetzesentwurf kann heruntergeladen werden unter:

<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/15/036/1503640.pdf>

(zit.: *Begründung RegE. 7. GWB-Novelle BT-Drucks. 15/3640*)

Erklärung der polnischen, der slowenischen und der deutschen Delegation zum Vorschlag für eine Richtlinie 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; Interinstitutionelles Dossier: 2013/0185 (COD); die Erklärung der polnischen, der slowenischen und der deutschen Delegation kann heruntergeladen werden unter:

[http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?
l=EN&f=ST%2014680%202014%20ADD%201](http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2014680%202014%20ADD%201)

(zit.: *Erklärung Delegation*)

Folgeprobleme der europäischen Kartellverfahrensreform - Sondergutachten 32 der Monopolkommission gem. § 44 Abs. 1 S. 4 GWB; das Sondergutachten 32 der Monopolkommission kann heruntergeladen werden unter:

http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s32_volltext.pdf

(zit.: *Sondergutachten 32, Monopolkommission*)

Federal Rules of Civil Procedures - with Forms - 1. December 2014; die Federal Rules of Civil Procedures können heruntergeladen werden unter:

<http://www.uscourts.gov/uscourts/rules/civil-procedure.pdf>

(zit.: *Federal Rules of Civil Procedures*)

Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition und Tax Law on the White Paper by the Directorate-General for Competition of April 2008 on Damage Actions for Breach of the EC Antitrust Rules; das Schreiben kann heruntergeladen werden unter:

[https://www.ip.mpg.de/files/pdf1/Comments-
WhitePaperDamageActionsForBreach1.pdf](https://www.ip.mpg.de/files/pdf1/Comments-WhitePaperDamageActionsForBreach1.pdf)

(zit.: Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition und Tax Law on the White Paper on Damage Actions for Breach of the EC Antitrust Rules)

Antitrust Modernization Commission , Report and Recommendations, April 2007; der Report kann heruntergeladen werden unter:

http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_repo

(zit.: AMC Report)

John F. Kennedy: "Remarks of Senator John F. Kennedy, Municipal Auditorium, Canton, Ohio," September 27, 1960. Online by Gerhard Peters and John T. Woolley, *The American Presidency*; die Seite kann heruntergeladen werden unter:

<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=74231>

(zit.: John F. Kennedy: "Remarks of Senator John F. Kennedy, Municipal Auditorium, Canton, Ohio," September 27, 1960.)

Commission Decision of 21. February 2007; relating to a proceeding under Article 81 of the EC Treaty; Case COMP/E-1/38.823 - PO/Elevators and Escalators; die Bußgeldentscheidung der Kommission kann heruntergeladen werden unter:

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38823/38823_134

(zit.: Bußgeldentscheidung Kommission)

Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren; Bundeskartellamt vom 25. Juni 2013; die Bußgeldleitlinie kann heruntergeladen werden unter:

http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitlinien/Be%20Bußgeldleitlinien-Juni%202013.pdf?__blob=publicationFile&v=5

(zit.: Bußgeldleitlinie BKartA)

Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios; FINAL REPORT - Done in Brussels, Rome and Rotterdam, 21 December 2007; der Report kann heruntergeladen werden

unter:

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper

(zit.: *Report on making antitrust damages more effective*)

Grünbuch - Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts; Brüssel, den 19.12.2005 KOM(2005) 672 endgültig; das Grünbuch kann heruntergeladen werden unter:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0672&from=EN>

(zit.: *Grünbuch, KOM (2005) 672*)

WEISSBUCH - Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts; Brüssel, den 2.4.2008 KOM(2008) 165 endgültig; das Weißbuch kann heruntergeladen werden unter:

<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2008/DE/1-2008-165-DE-F1-1.Pdf>

(zit.: *Weißbuch Kommission*)

British Department for Business Innovation and Skills (BIS); Private Actions in Competition Law: A Consultation on Options for Reform - Government Response, January 2013; der government response kann heruntergeladen werden unter:

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/501-private-actions-in-competition-law-a-consultation-on-options-for-reform-government-response1.pdf

(zit.: *British Department for Business Innovation and Skills, Government Response, January 2013*)

Report on the nature and impact on hard core cartels and sanctions against cartels under national competition law; OECD; 8. April 2002; der Report kann heruntergeladen werden unter:

<http://www.oecd.org/competition/cartels/2081831.pdf>

(zit.: *OECD Report 2002*)

Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union - Presidency compromise text Articles 11-22; der Richtlinienvorschlag vom 24.10.2013 kann heruntergeladen werden unter:

<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9671-2013-INIT/en/pdf>

(zit.: Richtlinienvorschlag, Version 24.10.2013)

Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union - Presidency compromise text Articles 1-22; der Richtlinienvorschlag vom 08.11.2013 kann heruntergeladen werden unter:

<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15928-2013-INIT/en/pdf>

(zit.: Richtlinienvorschlag, Version 08.11.2013)

Commission Staff Working Document, Impact Assessment Report, Damages actions for breach of the EU antitrust rules - Accompanying the proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union (Text with EEA relevance); SWD (2013) 203 final; das Dokument kann heruntergeladen werden unter:

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/impact_assessmer

(zit.: Commission Staff Working Document SWD (2013) 203 final)

United States Sentencing Guidelines, § 2R1.1; die Guidelines können heruntergeladen werden unter:

<http://www.ussc.gov/guidelines-manual/2011/2011-2r11>

(zit.: United States Sentencing Guidelines)

Sondergutachten Monopolkommission, Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle, 2004; das Sondergutachten kann heruntergeladen werden unter:

http://www.gesmat.bundesgerichtshof.de/gesetzesmaterialien/15_wp/Karte

(zit.: *Sondergutachten Monopolkommission 2004*)

Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen - „Auf dem Weg zu einem allgemeinen europäischen Rahmen für den kollektiven Rechtsschutz“, COM(2013) 401; die Mitteilung der Kommission kann heruntergeladen werden unter:

http://ec.europa.eu/justice/civil/files/com_2013_401_de.pdf

(zit.: *Mitteilung Kommission*)

Empfehlung der Kommission vom 11. Juni 2013 - Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten (2013/396/EU); die Empfehlung der Kommission kann heruntergeladen werden unter:

http://www.cep.eu/Analysen/2013_396_EU_Kollektiver_Rechtsschutz/Em_396-EU.pdf

(zit.: *Empfehlung Kommission*)

Geszentwurf der Bundesregierung - Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Drucksache 606/16; der Gesetzesentwurf kann heruntergeladen werden unter:

<http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2016/0606-16.pdf>

(zit.: *RegE. 9. GWB-Novelle BT-Drucks. 606/16*)

Fußnoten

- 1 John F. Kennedy: “Remarks of Senator John F. Kennedy, Municipal Auditorium, Canton, Ohio,” September 27, 1960.
- 2 Ist im Folgenden von Kartell(absprachen) die Rede, so sind damit ausschließlich - sofern nicht ausdrücklich anders betitelt - horizontale Kartellabsprachen gemeint. (vgl. auch Art. 2 Nr. 14 RL).
- 3 EuGH, Urt. v. 05.06.2014 (Rs. C-557/12 – „Kone“).
- 4 RL.
- 5 Auch der dieses Thema betreffende juristische Diskurs zeigt, welche Bedeutung der Frage, ob Kartellanten für Preisschirmschäden haften sollen, in der Praxis beigemessen wird.
- 6 *Kainer/Persch*, in: WuW 2016, 2, 3; *Moch*, in: WuW 2006, 39.
- 7 Vgl. EuGH, Urt. v. 05.06.2014 (Rs. C-557/12 – „Kone“).
- 8 Die Arbeit wird sich insbesondere mit der bei Preisschirmschäden einhergehenden haftungsrechtlichen Problematik auseinandersetzen.
- 9 Die Anzahl der zu diesem Thema veröffentlichten Aufsätze zeigt, wie groß das praktische Bedürfnis, aber auch das rechtsdogmatische Interesse an dieser Materie ist.
- 10 Der Schwerpunkt wird jedoch selbstverständlich auf der juristischen Einordnung liegen.
- 11 RL.
- 12 Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union müssen die Richtlinie bis zum 27. Dezember 2016 in nationales Recht umgesetzt haben.
- 13 Auf weitere Ziele der Richtlinie wird an späterer Stelle hingewiesen.
- 14 Generalanwältin Kokott spricht in ihren Schlussanträgen von einem „*zweifelsohne wegweisenden*“ Urteil (Schlussanträge Generalanwältin, Rn. 4).
- 15 *Beschorner/Hüschelrath*, in: Möschel/Bien, Kartellrechtsdurchsetzung durch privaten Rechtsschutz, S. 12; *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 307.
- 16 Der Wirkungsradius des Kartells reichte von den Niederlanden, über Luxemburg, Belgien, Deutschland bis nach Österreich. Die Schadensersatzklage der ÖBB richtete sich nicht gegen Mitsubishi, da sich deren Teilnahme am Kartell auf den niederländischen Markt beschränkte.
- 17 EuGH, Urt. v. 05.06.2014 (Rs. C-557/12 – „Kone“), Rn. 9.
- 18 EuGH, Urt. v. 05.06.2014 (Rs. C-557/12 – „Kone“), Rn. 9.
- 19 Schlussanträge Generalanwältin, Rn. 5 ff.
- 20 Für detaillierte Ausführungen zur Geldbuße als europäisches

- Sanktionsinstrument, siehe: *Dannecker/Müller*, in: Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, § 39 Rn. 93 ff.
- 21 Siehe: Bußgeldentscheidung Kommission.
- 22 EuGH, Urt. v. 05.06.2014 (Rs. C-557/12 – „*Kone*“), Rn. 10.
- 23 EuGH, Urt. v. 05.06.2014 (Rs. C-557/12 – „*Kone*“), Rn. 10.
- 24 EuGH, Urt. v. 05.06.2014 (Rs. C-557/12 – „*Kone*“), Rn. 10.
- 25 Handelsgericht Wien, Teilurteil v. 19.09.2011 - GZ 19 Cg 21/10z-57.
- 26 Handelsgericht Wien, Teilurteil v. 19.09.2011 - GZ 19 Cg 21/10z-57.
- 27 OLG Wien, *Beschl.* v. 21.12.2011 - 1 R 272/11v, Entscheidungsgründe, S.18, Rn. 49.
- 28 OGH Wien, *Beschl.* v. 17.10.2012 – 7 Ob 48/12b, Überschrift II, Unterüberschrift 5.
- 29 OGH Wien, *Beschl.* v. 17.10.2012 – 7 Ob 48/12b, Überschrift II, Unterüberschrift 5.
- 30 OGH Wien, *Beschl.* v. 17.10.2012 – 7 Ob 48/12b, Überschrift II, Unterüberschrift 5.
- 31 Er bezweifelte insbesondere die Vereinbarkeit mit dem Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz.
- 32 Die Vorlagefrage bezog sich auf Art. 101 AEUV, da die ÖBB ihre Schadensersatzklage auf Art. 101 AEUV als Schutzgesetz i.V.m. der österreichischen Deliktsnorm stützte.
- 33 EuGH, Urt. v. 05.06.2014 (Rs. C-557/12 – „*Kone*“), Rn. 17.
- 34 EuGH, Urt. v. 05.06.2014 (Rs. C-557/12 – „*Kone*“), Leitsatz.
- 35 EuGH, Urt. v. 20.09.2001 - Rs C-453/99, Slg. 2001, I-06297 = WuW 2001, 1121 - „*Courage und Crehan*“.
- 36 EuGH, Urt. v. 13.07.2006 - Rs. C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-6619 - „*Manfredi*“.
- 37 Schlussanträge Generalanwältin.
- 38 Schlussanträge Generalanwältin, Rn. 21-30.
- 39 Schlussanträge Generalanwältin, Rn. 31-83.
- 40 Schlussanträge Generalanwältin, Rn. 84.
- 41 So beispielsweise *Kone*.
- 42 EuGH, Urt. v. 13.07.2006 - Rs. C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-6619 - „*Manfredi*“, Rn. 62, 64, 77, 92.
- 43 Schlussanträge Generalanwältin, Rn. 21-30.
- 44 Schlussanträge Generalanwältin, Rn. 24; Ebenso: EuGH, Urt. v. 20.09.2001 - Rs C-453/99, Slg. 2001, I-06297 = WuW 2001, 1121 - „*Courage und Crehan*“, Rn. 19, 23, 25 f.; EuGH, Urt. v. 13.07.2006 - Rs. C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-6619 - „*Manfredi*“, Rn. 39, 57, 60 f.
- 45 EuGH, Urt. v. 20.09.2001 - Rs C-453/99, Slg. 2001, I-06297 = WuW 2001, 1121 - „*Courage und Crehan*“, Rn. 25 f.; EuGH, Urt. v. 13.07.2006 - Rs. C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-6619 - „*Manfredi*“, Rn. 60 f.

- 46 Schlussanträge Generalanwältin, Rn. 28.
- 47 Schlussanträge Generalanwältin, Rn. 29.
- 48 Schlussanträge Generalanwältin, Rn. 29 f.; Zum „forum shopping“ i.S.e. Wettbewerbs der Jurisdiktionen, siehe auch: *Weitbrecht*, in: NJW 2012, 881, 886.
- 49 EuGH, Urt. v. 05.06.2014 (Rs. C-557/12 – „Kone“), Rn. 24.
- 50 EuGH, Urt. v. 05.06.2014 (Rs. C-557/12 – „Kone“), Rn. 24 f.
- 51 Einzig in diesem Punkt weicht das Urteil des EuGH von den Ausführungen der Generalanwältin ab. Der EuGH ist der Ansicht, dass auch die materiellrechtliche Frage der zivilrechtlichen Haftung von Kartellbeteiligten für Preisschirmeffekte, namentlich das „ob“ der Haftung, nach nationalem Recht zu beurteilen ist und sich nicht nach Unionsrecht richtet.
- 52 EuGH, Urt. v. 05.06.2014 (Rs. C-557/12 – „Kone“), Rn. 29; Schlussanträge Generalanwältin, Rn. 40.
- 53 Zu Schadensfolgen im Allgemeinen: *Oetker*, in: MüKo BGB, § 249 Rn. 103 ff.
- 54 *Oetker*, in: MüKo BGB, § 249 Rn. 110.
- 55 OGH Wien, *Beschl. v. 17.10. 2012 – 7 Ob 48/12b*, Überschrift II, Unterüberschrift 5. Auch ging der Oberste Gerichtshof in Wien davon aus, dass sowohl die Preiserhöhung der Kartellaußenseiter als auch der dadurch verursachte Preisschirmeffekt auf einer autonomen Entscheidung der Nichtkartellanten beruhen. Dies ist zwar weniger für die hier zu behandelnde Frage der Vorhersehbarkeit relevant, spricht jedoch für ein eigenverantwortliches Dazwischentreten Dritter und damit i.E. für einen Ausschluss der Schadenszurechnung.
- 56 EuGH, Urt. v. 05.06.2014 (Rs. C-557/12 – „Kone“), Rn. 30.
- 57 Dies könnten beispielsweise Preisentwicklungen am Rohstoffmarkt, unternehmensinterne Strategiekonzepte, finanzielle Nöte oder extreme Konkurrenz am Markt sein.
- 58 Schlussanträge Generalanwältin, Rn. 47.
- 59 Ob Außenstehenden das Kartell bekannt ist, ist für diesen Aspekt der Analyse unerheblich. (In welchen Situationen dieser Aspekt relevant werden könnte, wird in Kapitel IV. 4. b) (2) dargelegt.) Positives Wissen wird man Kartellaußenseitern wohl nur sehr selten nachweisen können. Wahrscheinlicher scheint vielmehr, dass im Markt das Vorliegen einer Kartellierung vermutet wird.
- 60 *Stöber*, in: EuZW, 2014, 257, 259; *Fuchs*, in: FS Bornkamm, S. 168 f.; *Beth/Pinter*, in: WuW, 2013, 228, 233, die sogar von „wettbewerbskonformen Kalkül“ sprechen; Schlussanträge Generalanwältin, Rn. 46.
- 61 Letztlich ist dies eine Frage der Marktstruktur - entscheidend ist, wie eng das Oligopol ist.
- 62 Schlussanträge Generalanwältin, Rn. 46.
- 63 Schlussanträge Generalanwältin, Rn. 51.

- 64 EuGH, Urt. v. 05.06.2014 (Rs. C-557/12 – „Kone“), Rn. 30; Schlussanträge Generalanwältin, Rn. 46, 52.
- 65 Schlussanträge Generalanwältin, Rn. 59; auch Koch, in: JZ 2013, 390, 3,98 betont, dass die private Rechtsdurchsetzung ganz wesentlich zum Schutz der Wettbewerbsordnung beiträgt.
- 66 *Beschorner/Hüschelrath*, in: Möschel/Bien: Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen, S. 10.
- 67 Schlussanträge Generalanwältin, Rn. 4.
- 68 EuGH, Urt. v. 05.06.2014 (Rs. C-557/12 – „Kone“), Rn. 36.
- 69 EuGH, Urt. v. 05.06.2014 (Rs. C-557/12 – „Kone“), Rn. 36.
- 70 Schlussanträge Generalanwältin, Rn. 62.
- 71 Schlussanträge Generalanwältin, Rn. 64.
- 72 Schlussanträge Generalanwältin, Rn. 67.
- 73 Schlussanträge Generalanwältin, Rn. 65; Auch zuvor hat der EuGH dem von einer drohenden Haftung ausgehenden Abschreckungseffekt große Bedeutung beigemessen, siehe insbesondere: EuGH, Urt. v. 20.09.2001 - Rs C-453/99, Slg. 2001, I-06297 = WuW 2001, 1121 - „*Courage und Crehan*“, Rn. 27; EuGH, Urt. v. 13.07.2006 - Rs. C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-6619 - „*Manfredi*“, Rn. 91; EuGH, Urt. v. 14.06.2011 - Rs. C-360/09 - „*Pfleiderer*“, Rn. 28; EuGH, Urt. v. 06.06.2013 - Rs. C-536/11 - „*Donau Chemie*“, Rn. 23.
- 74 Siehe hierzu auch die Kapitel IV. 2. c) (2) (b) ii) zweite Unterüberschrift und VI. 2. e) (2) (b) v) vierte Unterüberschrift.
- 75 Schlussanträge Generalanwältin, Rn. 69.
- 76 „*Die Mitgliedstaaten schaffen die erforderlichen Rechtsbehelfe, damit ein wirksamer Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen gewährleistet ist.*“ (Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV).
- 77 „*Jede Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, hat das Recht, nach Maßgabe der in diesem Artikel vorgesehenen Bedingungen bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen.*“ (Art. 47 Abs. 1 Charta der Grundrechte).
- 78 Erwägungsgrund 4, RL.
- 79 Die Ausführungen des EuGH und der Generalanwältin beschränken sich darauf festzustellen, dass die vereinzelt ausgesprochene Warnung vor einer Überlastung der Zivilgerichte wenig überzeugend ist. Diese Behauptung begründende Argumente sind nicht erkennbar.
- 80 EuGH, Urt. v. 05.06.2014 (Rs. C-557/12 – „Kone“), Rn. 35; Schlussanträge Generalanwältin, Rn. 79 ff.
- 81 Schlussanträge Generalanwältin, Rn. 76 ff.
- 82 EuGH, Urt. v. 05.06.2014 (Rs. C-557/12 – „Kone“), Rn. 35.
- 83 Schlussanträge Generalanwältin, Rn. 71.
- 84 Ob die Ansicht des EuGH und der Generalanwältin rechtlicher Überprüfung standhält, wird im Folgenden zu beantworten sein.

- 85 Schlussanträge Generalanwältin, Rn. 83.
- 86 So kritisieren beispielsweise *Haus/Serafimova*, in: BB 2014, 2883, 2884 f., dass „die Schadensersatzhaftung mit der Kone-Entscheidung des EuGH eine potenziell erhebliche Ausweitung erfahren hat, die schon Züge eines Strafschadensersatzes trägt“.
- 87 Auf das Fehlen einer Entscheidung des U.S. Supreme Courts zu dieser Fragestellung, wird auch ausdrücklich in der Rechtssache *In re Bristol Bay, Alaska, Salmon Fishery Antitrust Litigation* (530 F. Supp. 36, at 38 (1981)) hingewiesen.
- 88 Gemeint ist die Aktivlegitimation von Preisschirmgeschädigten.
- 89 Auch wenn der Wortlaut der Section 4 des Clayton Acts allgemein und weit scheint, wird er von Gerichten eng ausgelegt. Siehe hierzu: *Blue Shield of Virginia v. McCready*, 457 U.S. 465, 477, 102 S.Ct. 2540, 73 L.Ed.2d 149 (1982) (“It is reasonable to assume that Congress did not intend to allow every person tangentially affected by an antitrust violation to maintain an action to recover threefold damages for the injury to his business or property”); *In re Copper Antitrust Litigation*, 98 F. Supp. 2d 1039, 1047 (W.D. Wis. 2000) („Parties who may bring an antitrust action are limited to those 1) who have suffered the type of injury that the antitrust laws were intended to prevent (antitrust injury) and 2) whose injuries are a result of defendant’s unlawful conduct (antitrust standing)“).
- 90 *Cargill, Inc. and Excel Corp. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 479 U.S. 104, 110 n.5 (1986).
- 91 *Associated General Contractors v. California State Council of Carpenters (AGC)*, 459 U.S. 519 (1983).
- 92 Eine schulbuchmäßige Prüfung der Kriterien findet sich in: *In re Copper Antitrust Litigation* F. Supp. 2d 1039 (W.D. Wis. 2000).
- 93 *Associated General Contractors v. California State Council of Carpenters (AGC)*, 459 U.S. 519, 537-544 (1983).
- 94 *Mid-West Paper Products Co. v. Continental Group, Inc.*, 596 F.2d 573 (3rd Cir. 1979).
- 95 *Mid-West Paper Products Co. v. Continental Group, Inc.*, 596 F.2d 573 (3rd Cir. 1979), at 32: „It cannot readily be said with any degree of economic certitude to what extent, if indeed at all, purchasers from a competitor of the price-fixers have been injured by the illegal overcharge“.
- 96 *Lave*, 48 Antitrust Bull. 223, 231 (2003): „Ascertaining damages under such theory would be speculative because it would require the court to determine what portion of the price increase was attributable to market forces and what portion was fueled by the defendant’s anticompetitive conduct“.
- 97 *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977).
- 98 *Mid-West Paper Products Co. v. Continental Group, Inc.*, 596 F.2d 573 (3rd Cir. 1979), at 34.
- 99 „The majority also indicates that the fact that the defendants did not directly

profit from the plaintiffs injuries here is a factor to be considered in denying standing.“ (*Mid-West Paper Products Co. v. Continental Group, Inc.*, 596 F.2d 573 (3rd Cir. 1979), at 70).

100 „Allowing recovery for injuries whose causal link to defendants’ activities is as tenuous as it is here could subject antitrust violators to potentially ruinous liabilities, well in excess of their illegally-earned profits, because under the theory propounded by Murray, price fixers would be held accountable for higher prices that arguably ensued in the entire industry.“ (*Mid-West Paper Products Co. v. Continental Group, Inc.*, 596 F.2d 573 (3rd Cir. 1979), at 35).

101 *Mid-West Paper Products Co. v. Continental Group, Inc.*, 596 F.2d 573 (3rd Cir. 1979), at 63: „The first factor to be considered is that the injuries alleged here will go uncompensated if standing is denied. In other words, there is allegedly injury in fact“.

102 *Mid-West Paper Products Co. v. Continental Group, Inc.*, 596 F.2d 573 (3rd Cir. 1979), at 64: „Also the Court recognized that, once recovery was concentrated in the hands of the direct purchaser, there is a risk that those purchasers will be unwilling to sue because they can avoid actual injury to themselves by passing on the added costs to their purchasers and, by suing, they will endanger their source of supply. 431 U.S. at 746, 97 S.Ct. 2061. Allowing recovery here is one way of preventing that risk of non-enforcement from becoming a reality. A plaintiff might well sue the competitor of his supplier where he would not risk suing his own supplier. Thus this situation is much different from that in *Illinois Brick* since allowing recovery here would not reduce the incentive for private parties to enforce the antitrust laws, and, moreover, would serve to encourage enforcement in situations where such enforcement is especially needed“.

103 Siehe hierzu: *Copper*, 98 F. Supp. 2d at 1048.

104 *FTC v. Mylan Lab, Inc.*, 62 F. Supp. 2d 25 (1999).

105 *FTC v. Mylan Lab, Inc.*, 62 F. Supp. 2d 25 (1999), at 39.

106 *Petroleum Products*, 691 F.2d 1335 (1982).

107 *Petroleum Products*, 691 F.2d 1335 (1982), at 1341.

108 *Petroleum Products*, 691 F.2d 1335 (1982), at 1340.

109 *Gross v. New Balance Athletic Shoe, Inc.*, 955 F. Supp. 242 (1997), at 247: „The causal connection between the alleged injury and the conspiracy is attenuated by significant intervening causative factors (i.e., independent pricing decisions of non-conspiring retailers) (...) Accordingly, plaintiffs as currently defined in the complaint lack standing to bring this action“.

110 Zusätzlich zu den ausdrücklich genannten Urteilen, ist ferner auf folgende Gerichtsentscheidung - ebenfalls die Aktivlegitimation von Preisschirmgeschädigten verneinend - hinzuweisen: *Vitamins Antitrust Litigation*, 2001-2 Trade Cases P 73, 339 (2001); *In re Folding Carton Antitrust Litigation* (United States District Court, N.D. Illinois, E.D., 88 F.R.D. 211, N.D. Ill. 1980).

111 *In re Beef Industry Antitrust Litigation*, 600 F.2d 1148 (5th Cir. 1979).

- 112 *In re Beef Industry Antitrust Litigation*, 600 F.2d 1148, 1166, Fn. 24 (5th Cir. 1979).
- 113 *Pollock v. Citrus Associates, Inc.* (512 F. Supp. 711 (S.D.N.Y. 1981)).
- 114 *In re Bristol Bay, Alaska, Salmon Fishery Antitrust Litigation* (530 F. Supp. 36 (1981)).
- 115 „Regardless of whether the plaintiffs ultimately purchased offsetting contracts from the defendants or from other traders with a long position, the price throughout the market allegedly rose as a result of the defendant’s activities.“ *Pollock v. Citrus Associates, Inc.* (512 F. Supp. 711, at 719 (S.D.N.Y. 1981)).
- 116 „None of those considerations is present in the instant situation. Since the sales by the fishermen to conspirators and non-conspirators were all direct, the computation of damages is no more complex for one than for the other. There are no levels of distribution to be dealt with; the measure is simply the difference between the price which would have obtained in the presence of competition and that which actually prevailed under the pressure of the conspiracy.“ (*In re Bristol Bay, Alaska, Salmon Fishery Antitrust Litigation*; 530 F. Supp. 39 (1981)).
- 117 „There is no possibility of dual recovery in the instant situation. Only direct sellers will be granted standing to sue and they will recover only to the extent they can prove they were damaged. (...) Plaintiffs who have been injured in their business or property will be given the opportunity to recover, and they will not recover to a greater extent than can be justly and accurately determined within the bounds of normal antitrust inquiries“ (*In re Bristol Bay, Alaska, Salmon Fishery Antitrust Litigation*; 530 F. Supp. 39 (1981)).
- 118 „The target area within which a defendant is responsible for the effects of his antitrust violation is that area of the economy which is affected by the breakdown in competition. (...) Their plan, according to the plaintiffs, was to disrupt that market and create an artificial price structure throughout it. Such a scheme would be effective in damaging the plaintiffs because, historically, the vast majority of the fish caught in Bristol Bay have been processed locally. If the price there were controlled, the fishermen would be forced to accept that price since the geographic isolation of Bristol Bay would make it very difficult for them to find another outlet for their fish. “(*In re Bristol Bay, Alaska, Salmon Fishery Antitrust Litigation*; 530 F. Supp. 39 (1981)).
- 119 *In re Copper Antitrust Litigation*, 98 F. Supp. 2d 1039 (W.D. Wis. 2000).
- 120 *Associated General Contractors v. California State Council of Carpenters (AGC)*, 459 U.S. 519 (1983).
- 121 *In re Copper Antitrust Litigation*, 98 F. Supp. 2d 1039, 1048, 1049 (W.D. Wis. 2000).
- 122 *In re Copper Antitrust Litigation*, 98 F. Supp. 2d 1039, 1053 (W.D. Wis. 2000).
- 123 *In re Copper Antitrust Litigation*, 98 F. Supp. 2d 1039, 1052 (W.D. Wis. 2000).
- 124 „An antitrust standing inquiry involves a “case-by-case analysis of `the plaintiff’s harm, the alleged wrongdoing by the defendants, and the relationship

- between them.’“ (Sanner, 62 F.3d at 927.) The analysis of the relevant factors identified in *Associated General* indicates that plaintiff has alleged facts sufficient to withstand an antitrust standing challenge. Defendants’ motion to dismiss the complaint on the basis of plaintiff’s lack of antitrust standing will be denied.“ (*In re Copper Antitrust Litigation*, 98 F. Supp. 2d 1039, 1053 (W.D. Wis. 2000)).
- 125 *United States Gypsum Co. v. Indiana Gas Co., Inc.*, 350 F.3d 623 (7th Cir. 2003).
- 126 „A private plaintiff must show antitrust injury-which is to say, injury by reason of those things that make the practice unlawful, such as reduced output and higher prices.“ (*United States Gypsum Co. v. Indiana Gas Co., Inc.*, 350 F.3d 623, Rn. 5 (7th Cir. 2003)).
- 127 „A cartel cuts output, which elevates price throughout the market; customers of fringe firms (sellers that have not joined the cartel) pay this higher price, and thus suffer antitrust injury, just like customers of the cartel’s members.“ (*United States Gypsum Co. v. Indiana Gas Co., Inc.*, 350 F.3d 623, Rn. 7 (7th Cir. 2003)).
- 128 Siehe hierzu: *Loeb Industries, Inc. v. Sumitomo Corp.*, 306 F.3d 469 (7th Cir.2002); *Associated General Contractors of California, Inc. v. California State Council of Carpenters*, 459 U.S. 519, 103 S.Ct. 897, 74 L.Ed.2d 723 (1983); *Blue Shield of Virginia v. McCready*, 457 U.S. 465, 102 S.Ct. 2540, 73 L.Ed.2d 149 (1982).
- 129 *United States Gypsum Co. v. Indiana Gas Co., Inc.*, 350 F.3d 623, Rn. 7 (7th Cir. 2003).
- 130 Zu den hier ausdrücklich genannten sei ferner auf folgende Gerichtsentscheidungen hingewiesen: *In re Uranium Antitrust Litigation* (*Uranium*, 552 F. Supp. at 525); *Metallgesellschaft AG v. Sumitomo Corp. of America*, 325 F.3d 836 (7th Cir. 2003).
- 131 *Blair/Maurer*, Umbrella Pricing and Antitrust Standing.
- 132 *Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe*, in: WuW 2014, 1043, 1053 ff.
- 133 Siehe hierzu Kapitel IV. 1. b) (2).
- 134 *Fuchs*, in: FS Bornkamm, S. 166; *Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe*, in: WuW 2014, 1043, 1048; *Hartmann-Rüppel/Schrader*, in ZWeR 2014, 300, 313.
- 135 *Blair/Maurer*, Umbrella Pricing and Antitrust Standing, p. 763, 785; *Beth/Pinter*, in: WuW 2013, 228, 231 ff.; *Zöttl*, in: EuZW 2014, 586, 589 f.; *Bulst*, Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht, S. 255.
- 136 Siehe hierzu: *Coppik/Haucap*, in: WuW 2016, 50, 52.
- 137 Neben immaterieller Wechselkosten, die auch wechselhemmend wirken, haben insbesondere materielle Wechselkosten Einfluss auf den Preiserhöhungsspielraum.
- 138 *Coppik/Haucap*, in: WuW 2016, 50, 52.
- 139 Eine vollkommene Preisanpassung setzt regelmäßig vollständige Homogenität und Substituierbarkeit voraus.

- 140 Coppik/Haucap, in: WuW 2016, 50, 52.
- 141 Auch Coppik/Haucap, in: WuW 2016, 50, 53 gehen davon aus, dass steigende Grenzkosten typisch sind: „Dahinter steht die Annahme, dass ein rational agierender Anbieter zunächst die günstigsten Verfügbaren Konditionen auswählt (sog. Least-Cost-Regel). Bei einer Produktionsausweitung muss er dann zunehmend auf (kosten)ungünstigere Alternativen zurückgreifen, etwa Überstunden bezahlen oder weniger geeignete Standorte in Kauf nehmen.“ Ebenso: Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 55 ff.
- 142 Grenzkosten werden definiert als „der Kostenzuwachs, der durch die Mehrproduktion einer Ausbringungseinheit anfällt.“
Beispiel: Die Produktion eines Gutes verursacht Fixkosten i.H.v. 10.000 €, wobei mit den vorhandenen Ressourcen maximal 100 Einheiten des Gutes produziert werden können. Jede Einheit führt zu einem Anstieg der Gesamtkosten um 2 €. Gleichzeitig ist davon auszugehen, dass der Zulieferer Rabatte gewährt. Ab der 30. Einheit soll die Einheit 1,80 €, ab der 50. Einheit lediglich 1,50 € kosten. Dies hat zur Folge, dass die Grenzkosten bis zu einer Produktion von 29. Einheiten 2 € betragen, ab der 30. und bis zur 49. Einheit liegen die Grenzkosten bei 1,80 € und ab der 50. bis zu 100. Einheit betragen die Grenzkosten lediglich 1,50 €. Bis zur 100. Einheit reduzieren sich daher die Grenzkosten.
Ein Anstieg der Grenzkosten ist typischer nur dann zu erwarten, wenn die vorhandene Angebotselastizität ausgeschöpft ist und durch eine Ausweitung der eigenen Produktion eine Kapazitätsgrenze überschritten wird. So muss - um auf das Beispiel zurückzukommen - ab der 101. Einheit durch die Bereitstellung neuer Maschinen, mit höheren Kosten für Produktionsstätte und Personal kalkuliert werden (sprungfixe Kosten). An diesem Punkt steigen die Grenzkosten.
Wenn im Folgenden daher von einer Angebotsausweitung der Nichtkartellanten unter Inkaufnahme steigender Grenzkosten die Rede ist, so liegt dem die Annahme zugrunde, dass die durch die Kartellabsprache bedingte Nachfrageverschiebung derart gewaltig ist, dass Nichtkartellanten durch die Ausweitung ihrer Angebotsmenge ihre Kapazitätsgrenze überschreiten müssen und daher höhere Grenzkosten anfallen.
- 143 Der Preis des Produkts liegt nach dem Preisanstieg zwar über dem kartellfreien, aber unter dem kartellmanipulierten Marktpreis.
- 144 Blair/Maurer, Umbrella Pricing and Antitrust Standing, p. 763, 779 f.
- 145 Coppik/Haucap, in: WuW 2016, 50, 53.
- 146 Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe, in: WuW 2014, 1043, 1047.
- 147 Ob vollkommene Homogenität in der Realität tatsächlich möglich ist, scheint zweifelhaft. Hierauf kommt es in der theoretischen Überlegung jedoch auch nicht an.
- 148 Hartmann-Rüppel/Schrader, in: ZWeR 2014, 300, 312.

- 149 *Coppik/Haucap*, in: WuW 2016, 50, 54.
- 150 *Siebert*, Einführung in die Volkswirtschaftslehre, S. 53 f.; Die Preiselastizität analysiert den Zusammenhang zwischen Nachfrage und Preissetzung. Dabei wird durch die Berechnung der Preiselastizität untersucht, wie stark sich die Nachfrage eines Produkts bei einer x-prozentigen Preissteigerung/-senkung verändert.
- 151 *Weitbrecht*, in: NJW 2012, 881; *Napel/Oldehaver*, in: NZKart 2015, 135, 136.
- 152 Ähnlich argumentieren *Haucap/Stühmeier*, in: WuW 2008, 413: Auch sie stellen mit einem Zitat von *Adam Smith* („*People of the same trade seldom meet together, even for the merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public or in some contrivance to raise prices.*“) heraus, dass Kartellabsprachen zum Schutz der Verbraucher und zur Vermeidung von Schäden untersagt wurden.
- 153 Statt aller: BGH Urt. v. 06.12.2011 – BGHZ 192, 18.
- 154 WM, 2012, 2111, 2113 - BGH: Beschluss v. 06.12.2011 - KVR 95/10fa; *Baron*, in: Langen/Bunte, KartellR, Bd. II, Art. 2 FKVO, Rn. 26.
- 155 Das Akronym „SSNIP“ steht für „*small but significant and nontransitory increase in price*“.
- 156 Bekanntmachung Kommission: relevanter Markt, Rn. 15-17.
- 157 Bekanntmachung Kommission: relevanter Markt, Rn. 15 – 17; *Rauh/Zuchandke/Reddemann*, in: WRP 2012, 173, 176; *Riesenkampff/Steinbarth*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Art. 2 FKVO, Rn. 26.
- 158 *Siebert*, Einführung in die Volkswirtschaftslehre, S. 66.
- 159 Beispiele: CD-Player und CD, Kraftstoff und Automobil, Tinte und Füllfederhalter.
- 160 Beispiele: Butter und Margarine, Öl und Gas (Brennstoff), Zigarette und Zigarillo.
- 161 *Siebert*, Einführung in die Volkswirtschaftslehre, S. 66.
- 162 Bekanntmachung Kommission: relevanter Markt, Rn. 15-17; *Hartmann-Rüppel/Schrader*, in: ZWeR 2014, 300, 314.
- 163 *Coppik/Haucap*, in: WuW 2016, 50, 51 f.
- 164 Siehe hierzu: Kapitel VI. 2. e) (2) (b) iii). In einer Studie befassten sich *John M. Connor* und *Robert H. Lande* mit kartellbedingten Preissteigerungen. Sie untersuchten die im Zeitraum von 1780 bis 2004 aufgedeckten Kartellvereinbarungen und berechneten den durchschnittlichen Preisauflschlag eines Kartells. Der dadurch ermittelte Median lag bei 20% (siehe: *Connor/Lande*, in: American Bar Association, p. 2208); Ähnliche Erkenntnis gewannen *John M. Connor* und *C. Gustav Helmers* in ihrer Studie, in der sie Daten von 283 aufgedeckten Kartellen analysierten und dabei einen durchschnittlichen kartellbedingten Preisauflschlag zwischen 19% und 22% feststellen konnten. (siehe: *Connor/Helmers*, in: The American Antitrust Institute, p. 7 ff.); Schließlich belegt auch eine Zusammenstellung verschiedener

- Studien von *John M. Connor* und *Yuliya Bolotova*, dass kartellbedingte Preisaufschläge zwischen 7% und 30% variieren, wobei der Durchschnittswert bei 25% lag. (siehe: *Connor/Bolotova*, in: *International Journal of Industrial Organization*, p. 1109, 1115 ff.).
- 165 Auch die Studie von *John M. Connor*, *Yuliya Bolotova* und *Douglas J. Miller* gelangt zu vergleichbaren Ergebnissen. Besonders interessant ist jedoch, dass in ca. 10%-20% der untersuchten Kartelle ein Preisaufschlag ermittelt wurde, der größer als 30% war. (siehe: *Connor/Bolotova/Miller*, in: *Journal of Competition Law & Economics*, p. 361, 370); *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 94 ff.
- 166 Ebenfalls kritisch: *Körber*, in: *Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht, Rn. 52; *Baron*, in: *Langen/Bunte*, KartellR, Bd. II, Art. 2 FKVO, Rn. 30; *Ewald*, in: *ZWeR* 2004, 512, 524 ff.
- 167 *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 315; *Coppik/Haucap*, in: *WuW* 2016, 50, 51 beschreiben die „*formale Zugehörigkeit zu einem Markt (...) als eine insoweit künstlich gezogene Grenze*“.
- 168 *Körber*, in: *Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht, Rn. 53.
- 169 Der BGH lässt den Ergebnissen des SSNIP-Tests lediglich Indizwirkung zukommen. Auch dies spricht für eine eingeschränkte Brauchbarkeit und begrenzte Aussagekraft der Testergebnisse. Die Kommission scheint die Aussagekraft des SSNIP-Tests ähnlich einzuordnen. Sie betrachtet ihn lediglich als eine „*Möglichkeit*“, den relevanten zu bestimmen. (siehe: *Bekanntmachung Kommission: relativer Markt*, Rn 15).
- 170 Auch *Blair* und *Maurer* untersuchen die Homogenität von Produkten anhand des SSNIP-Tests. Sprechen sie in ihren Studien von homogenen Gütern, so handelt es sich daher um homogene Güter im Sinne des SSNIP-Tests.
- 171 *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 307, erkennen ebenfalls, dass „*kartellinduzierte Preiserhöhungen dazu führen können, dass bei dem sich dann einstellenden Preisniveau Produkte zu hinreichenden Substituten werden, obwohl sie es bei einem wettbewerblichen Preisniveau nicht wären*“.
- 172 *Hartmann-Rüppel/Schrader*, in *ZWeR* 2014, 300, 314; *Beth/Pinter*, in: *WuW* 2013, 228, 232.
- 173 *Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe*, in: *SSRN*, p. 6 f.; *Beth/Pinter*, in: *WuW* 2013, 228, 232; *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 314.
- 174 *Blair/Maurer*, *Umbrella Pricing and Antitrust Standing*, p. 763, 783 f.
- 175 *Jaschke*, *Der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch*, S. 140.
- 176 *Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe*, in: *SSRN*, p. 5; *Hartmann-Rüppel/Schrader*, in: *ZWeR* 2014, 300, 315; Es „*muss*“ zu keinem Preisschirmeffekt kommen. Die Möglichkeit besteht dennoch. Es kann nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass die Nichtkartellanten ihre Produktpreise dem Kartellpreis in gewissem Umfang angleichen. Ein so entstehender Preisschirmeffekt wäre dann nicht auf steigende Grenzkosten zurückzuführen, sondern würde allein auf der *freiwilligen* Entscheidung beruhen, die vom Kartell ausgehenden Preisimpulse

- aufzugreifen.
- 177 *Blair/Maurer*, Umbrella Pricing and Antitrust Standing, p. 763, 779.
- 178 *Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe*, in: SSRN, p. 8 ff.
- 179 Dies impliziert, dass es sich bei den jeweiligen Kunden nicht um Endverbraucher handelt.
- 180 Dass dabei beide (Kunden der Kartellanten und Kunden der Nichtkartellanten) keine Endverbraucher sind, ist selbsterklärend und Voraussetzung zugleich.
- 181 *Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe*, in: WuW 2014, 1043, 1047.
- 182 Erneut ist darauf hinzuweisen, dass ein Anstieg der Grenzkosten typischer nur dann zu erwarten ist, wenn die vorhandene Angebotselastizität ausgeschöpft ist und durch eine Ausweitung der eigenen Produktion eine Kapazitätsgrenze überschritten wird. So könnte beispielsweise der Kauf zusätzlicher Maschinen erforderlich sein und dadurch die Höhe der Wartungskosten steigen (sprungfixe Kosten). An diesem Punkt steigen die Grenzkosten.
- 183 *Blair/Maurer*, Umbrella Pricing and Antitrust Standing, p. 763, 779 f.; *Stöber*, in: EuZW 2014, 257, 259; *Fuchs*, in: FS Bornkamm, S. 168 f.; *Beth/Pinter*, in: WuW 2013, 228, 233, die sogar von „*wettbewerbskonformen Kalkül*“ sprechen.
- 184 *Hartmann-Rüppel/Schrader*, in: ZWeR 2014, 300, 314.
- 185 *Siebert*, Einführung in die Volkswirtschaftslehre, S. 63 ff.
- 186 *Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe*, in: WuW 2014, 1043, 1052; Zur Auswirkung der Nachfrageverschiebung auf den Preisschirmschaden siehe auch: Report on making antitrust damages more effective, p. 412.
- 187 Siehe hierzu ausführlich: *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 335 ff.
- 188 Das sog. „*passing-on*“ ist ein in der kartellrechtlichen Schadensersatzpraxis besonders relevantes Thema. Dessen nähere Auseinandersetzung kann jedoch nicht Aufgabe dieser Arbeit sein und wäre für die weitere Analyse - was die Haftung von Kartellanten für Preisschirmeffekte betrifft - wenig hilfreich.
- 189 *Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe*, in: WuW 2014, 1043, 1052.
- 190 Es ist darauf hinzuweisen, dass im Rahmen der vorliegenden Arbeit ausschließlich solche schadensersatzrechtlichen Aspekte behandelt werden, denen Verstöße gegen § 1 GWB oder Art. 101 AEUV zugrunde liegen. Eine Erörterung des Art. 102 AEUV erfolgt nicht.
- 191 Die Aktivlegitimation unmittelbarer Kartellopfer war schon immer unumstritten. Allein die Anspruchsberechtigung mittelbar Geschädigter war einige Zeit lang umstritten. Nunmehr bestehen jedoch auch an ihrer Aktivlegitimation keine Zweifel mehr. Siehe dazu: BGH, Urt. v. 28.06.2011, KZR 75/10 = WRP 2012, 209 Rn. 23 - „*ORWI*“ und *Kirchhoff*, in: WuW 2012, 927.
- 192 Eine erste Erörterung dieser Problematik erfolgte bereits in Kapitel II. 2. c) (2) (b). Dort allerdings stand allein die Vereinbarkeit mit unionsrechtlichem Wettbewerbsrecht im Zentrum der Diskussion. Nun dagegen wird die Fragestellung im Lichte des § 33 Abs. 3 GWB besprochen.

- 193 Pajunk, Konsumentenschutz im Rahmen privater Kartellrechtsdurchsetzung, S. 48 f.
- 194 K. Schmidt, in: FS Canaris, S. 1181 ff. m.w.N.
- 195 Vgl.: LG Berlin, Urt. v. 23.05.2003 - „Berliner Transportbeton II“ - WuW/E DE-R 1325 F.; LG Mannheim, Urt. v. 11.07.2003 - „Vitaminkartell“ - GRUR 2004, 182, 183; LG Mainz, Urt. v. 15.01.2004 - „Vitaminpreise Mainz“ - WuW/E DE-R 1349, 1351.
- 196 Eine andere Ansicht vertrat *Flume*. Er wollte immer dann keinen Schadensersatzanspruch anerkennen, „wenn sich eine verbotene Preisabsprache im Markt durchgesetzt hat.“ Der auf der verbotenen Preisabsprache beruhende Marktpreis sei dann gültig und hinzunehmen. „Bei konkreten Preisabsprachen oder allgemeinen Preisabsprachen, die sich nicht im Marktpreis durchsetzen, sei dagegen demjenigen, welcher infolge der Preisabsprache einen Schaden erleidet, ein Schadensersatzanspruch nach § 823 II BGB zu gewähren.“ (vgl.: *Flume*, in: WuW 1956, 457, 469.) *Flume* differenzierte folglich danach, ob die Preisabsprache gelingt und sich im Marktpreis durchsetzt. Denn sofern dies der Fall sei, handle es sich - so *Flume* - um ein die Gesellschaft in Gänze tangierendes „Gesamtphänomen, auf welches als solches, d.h. als Gesamtphänomen, die Rechtsordnung reagieren muss.“ (vgl.: *Flume*, in: WuW 1956, 457, 464.) Er erkennt, dass es unbefriedigend erscheinen mag, „dass die gelungene verbotswidrige Preisabsprache, durch welche der Marktpreis bestimmt worden ist, keine zivilrechtliche Sanktion findet.“ *Flume* weist allerdings darauf hin, dass es der deutschen Rechtsordnung fremd sei, dass ein Richter einen Marktpreis als ein Gesamtphänomen konstruiert. (vgl.: *Flume*, in: WuW 1956, 457, 461). Diese Ansicht scheint heute schwer vertretbar, werden dem Gericht doch ausdrücklich Kompetenzen zur Schadensschätzung und damit auch zur Konstituierung eines Marktpreises zugesprochen. (vgl. nur: § 287 ZPO oder Art. 17 Abs. 1 S. 2 RL).
- 197 Statt aller: EuGH, Urt. v. 13.07.2006 - Rs. C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-6619 - „Manfredi“.
- 198 Auf eine detaillierte Analyse des mittlerweile nicht mehr aktuellen Streitstandes wird an dieser Stelle bewusst verzichtet. Rechtsprechung und Literatur sind sich heute (weitestgehend) darüber einig, dass mittelbare Abnehmer aktivlegitimiert sind. Für einen umfassenden Überblick mit weiteren Nachweisen siehe: *Fuchs*, in: Schadensersatz im europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht, S. 62 ff.; Auch in seinem viel diskutierten ORWI-Urteil aus dem Jahre 2011 urteilte der BGH, dass dem Schutzzweck des Kartellverbots (§ 1 GWB und Art. 101 AEUV) eine Begrenzung des Kreises der Schadensersatzberechtigten auf unmittelbare Abnehmer entgegensteht. Vielmehr sei eine Erweiterung auf mittelbare oder indirekte Abnehmer entfernterer Marktstufen erforderlich. (BGH, Urt. v. 28.06.2011, BGHZ 190, 145, 149 f.).
- 199 „Die volle Wirksamkeit des Artikels 85 EG-Vertrag und insbesondere die praktische Wirksamkeit des in Artikel 85 Absatz 1 ausgesprochenen Verbots

wären beeinträchtigt, wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist.“ (EuGH, Urt. v. 20.09.2001 - Rs C-453/99, Slg. 2001, I-06297 = WuW 2001, 1121 - „*Courage und Crehan*“, Rn. 26) Die sog. „*Jedermann-Rechtsprechung*“ im Fall „*Courage*“ des EuGH reformierte das europäische und folglich auch das deutsche Wettbewerbsrecht. Fortan sollte *jeder*, der einen kartellrechtsbedingten Schaden erlitten hat, diesen ersetzt verlangen dürfen.

200 K. Schmidt, in: FS Canaris, S. 1184 zweifelt an der der „*Courage*“-Entscheidung üblicherweise zugesprochenen Aussagekraft: „*Dass „jedermann, der durch einen Verstoß (gegen Art. 81, 82 EG) geschädigt ist, Schadensersatz verlangen kann*“, ist also zwar in den Gründen der „*Courage-Entscheidung*“ zu lesen. Doch mochte der EuGH dies leicht dahinsagen, da es doch nur um Vertragspartnerschutz und nicht um Drittschutz ging, schon gar nicht also um den Schutz lediglich mittelbar Geschädigter“.

201 Begründung RegE. 7. GWB-Novelle BT-Drucks. 15/3640.

202 Einzig die Entscheidung „*Courage*“ des EuGH machte ein weiteres Festhalten am alten Abgrenzungskriterium für den deutschen Gesetzgeber unmöglich.

203 Pajunk, Konsumentenschutz im Rahmen privater Kartellrechtsdurchsetzung, S. 47 f.; Inderst/Thomas, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 60 ff.

204 Statt aller: Staebe in: Schulte/Just, KartellR, § 33 Rn. 29 ff.

205 K. Schmidt, in: FS Canaris, S. 1175 f.

206 Vgl. hierzu die Ausführungen oben.

207 Reh binder, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, § 33 Rn. 7; K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S. 356; K. Schmidt, in: FS Benisch, S. 293 ff, 303 ff.

208 K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S. 387. K. Schmidt wollte schon für § 35 (später § 33) GWB a.F. ein „*rechtserhebliches Betroffensein*“ ausreichen lassen.

209 Diese Thematik wird ausführlich unter 3. „*Zurechenbarkeit von Preisschirmschäden*“ behandelt. (s.u.).

210 Reh binder, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, § 33 Rn. 10 ff.

211 Jaschke, Der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch, S. 33.

212 Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker GWB, § 33, Rn. 2; so auch: Kruß, Kartellschaden und Verbraucherschutz, S.31 - er betont die Bedeutung des Kompensationsgedankens.

213 Jaschke, Der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch, S. 34 betont die dem privaten Rechtsschutz zukommende Ergänzungsfunktion und Stärkung einer „*Kartellrechtskultur*“.

214 So BGH, Urt. v. 21.04.1999, BGHZ 141, 214, 224; Anderer Ansicht ist dagegen W.-H. Roth, in: NJW 2000, 1313 f. Er meint, dass Kriterium der Wettbewerbsfreiheit sei ungeeignet, da zu eng, um den Kreis der Anspruchsberechtigten zu bestimmen. In der Wettbewerbsfreiheit könnten nämlich ausschließlich Unternehmen beeinträchtigt sein. Endverbraucher würden durch ein Kartell lediglich in ihrer *Auswahl*freiheit tangiert. Auch dies

müsse, so *W.-H. Roth*, genügen, um die an eine Schadensersatzberechtigung gestellten Anforderungen zu erfüllen. Zu diesem Thema siehe ferner: *Hempel*, in: *WuW* 362, 368 f. und *Lettl*, in: *ZHR* 167 (2003), S. 473, 481.

215 Wie bereits oben dargestellt, ist die Aktivlegitimation von Direktabnehmern und mittelbaren Abnehmern heute (bis auf wenige Ausnahmen) allgemein anerkannt. Im Folgenden wird deshalb ausschließlich diskutiert, inwieweit auch Preisschirmkläger schadensersatzberechtigt sind.

216 *Haberstumpf/Husemann*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 37 („*Funktionen des Kartellrechts*“).

217 Konkret betrachtet, geht der Grundsatz des *effet utile* noch darüber hinaus. Wie Erwägungsgrund 46 RL erkennen lässt, „*sollten die Anforderungen des nationalen Rechts an die Ermittlung des Schadensumfangs in wettbewerbsrechtlichen Fällen (...) weder weniger günstig sein als die Anforderungen an ähnliche innerstaatliches Recht betreffende Klagen (Äquivalenzgrundsatz), noch sollten sie die Ausübung des Unionsrechts auf Schadensersatz praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsgrundsatz)*“.

218 EuGH, Urt. v. 05.06.2014 (Rs. C-557/12 – „*Kone*“).

219 Anders als *Stauber/Schaper* in: *NZKart* 2014, 346, 347 behaupten, kann die Aktivlegitimation von Preisschirmgeschädigten jedenfalls nicht ohne jeglichen argumentativen Aufwand angenommen werden. *Stauber* und *Schaper* hingegen nehmen diese an und stellen lediglich fest: „*Als potentielle Anspruchsinhaber kommen sowohl nach der Richtlinie als auch der aktuellen Fassung des GWB neben unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern (...) sowie Wettbewerbern von Kartellteilnehmern auch durch Preisschirmeffekte („umbrella pricing“) geschädigte Abnehmer von Kartellaußenseitern in Betracht*“.

220 Die sich daran anschließenden Fragen, insbesondere, ob Preisschirmschäden den Kartellanten nach allgemeinen schadensersatzrechtlichen Prinzipien zurechenbar sind und wie ein Preisschirmschaden zu berechnen und beweisen ist, sollen später beantwortet werden. (Siehe dazu. 3. „*Zurechenbarkeit von Preisschirmschäden*“ und 5. „*Preisschirmschäden*“).

221 Eine umfangreiche Zusammenstellung bezüglich der in Europa und in den einzelnen Mitgliedstaaten geführten Kartellrechtsprozessen und deren Erfolgsquote findet sich in: *Barry*, *Competition Law, Comparative Private Enforcement and Collective Redress across the EU*, S. 121 ff.

222 *Haberstumpf/Husemann*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 47; *Pauer*, in: *WuW* 2015, 14, 15.

223 *Stöber*, in: *EuZW* 2014, 257, 261; *Hartmann-RüppelSchrader*, in: *ZWeR* 2014, 300, 308 f.

224 Als Betroffener gilt, der in seiner Handlungsfreiheit am Markt beeinträchtigt und den in seinen Marktchancen verletzt ist.

225 *Rehbinder*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, § 33 Rn. 14; *Lübbig*, in: *MüKo GWB*, § 33 Rn. 4.

- 226 *Blair/Maurer, Umbrella Pricing and Antitrust Standing, p. 763, 785; Beth/Pinter, in: WuW 2013, 228, 231 ff.; Zöttl, in: EuZW 2014, 586, 589 f.*
- 227 *Fuchs, in: FS Bornkamm, S. 166; Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe, in: WuW 2014, 1043, 1048; Haberstumpf/Husemann, Wettbewerbs- und Kartellrecht, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 49.*
- 228 *Alexander, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht, S. 299 ff.*
- 229 *Lübbig, in: MüKo GWB, § 33 Rn. 1; Pajunk, Konsumentenschutz im Rahmen privater Kartellrechtsdurchsetzung, S. 25; Das Nebeneinander von public und private enforcement betonend: Heinemann, in: Private Enforcement of Competition Law, S. 224; Auch Kapp, in: FS Möschel, S. 319, 320 ff. analysiert das Spannungsfeld zwischen zwischen public und private enforcement und kommt zu dem Schluss, dass eine Bewältigung des Problems nur durch die Abschaffung des private enforcement in seiner bisherigen Form und durch die Einführung eines alternativen Lösungsansatzes erfolgen kann.*
- 230 *Hüschelrath/Leheyda/Müller/Veith, Schadensermittlung und Schadensersatz bei Hardcore-Kartellen, S. 34 ff.*
- 231 *Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker GWB, § 33 Rn. 2; In den USA hat der private Rechtsschutz dagegen schon seit längerem eine bedeutendere Rolle. Deutschland und Europa haben diesbezüglich „Aufholarbeit“ zu leisten. Zur Bedeutung privater Schadensersatzklagen in den USA und Europa siehe: Vogel, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 6 ff.*
- 232 *Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker GWB, § 33 Rn. 2; Inderst/Thomas, Schadensersatz bei Kartellverstößen S. 324.*
- 233 *Pajunk, Konsumentenschutz im Rahmen privater Kartellrechtsdurchsetzung, S. 30 f.; Inderst/Thomas, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 324.*
- 234 *Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Teil, § 19 Rn. 97; Haucap/Stühmeier, in: WuW 2008, 413, 414 betonen, dass „aus ökonomischer Sicht der Zweck einer privaten Kartellrechtsdurchsetzung mit Hilfe von Schadensersatzklagen vor allem darin liegt, schon im Vorhinein eine abschreckende Wirkung in Bezug auf mögliche Kartellrechtsverstöße zu entfalten“.*
- 235 *Siehe S. 56.*
- 236 *K. Schmidt, in: FS Benisch, S. 293 ff.; Glöckner, in: WRP 2007, 490, 496 ff.*
- 237 *Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe, Quantifizierung von Schäden durch Wettbewerbsverstöße, S. 7.*
- 238 *Glöckner, in: WRP 2007, 490, 496 ff.; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker GWB, § 33 Rn. 2 ff.; Ellger, in: FS Möschel, S. 194 ff.; Zu den Auswirkungen von Hardcore-Kartellen auf die Wettbewerbsfunktionen siehe: Wiesner, Der Kronzeuge im Kartellrecht, S. 46 f.; Welfens, Grundlagen der Wirtschaftspolitik, S. 238 f.*
- 239 *Glöckner, in: WRP 2007, 490, 498 f.; Die Vorteile effektiver Kartellverfolgung werden aufgezeigt in: Erfolgreiche Kartellverfolgung - Nutzen für Wirtschaft und Verbraucher, S. 3, 14 ff.*

- 240 *Beschorner/Hüschelrath*, in: Möschel/Bien: Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen, S. 10, betonen, dass „aus ökonomischer Sicht der Beitrag der privaten Kartellrechtsdurchsetzung zur Erhöhung der sozialen Wohlfahrt im Vordergrund steht“.
- 241 *Lettl*, in: WRP 2015, 537, 540 betont, dass die Aktivlegitimation von Preisschirmgeschädigten auch mit dem Schutzzweck des Art. 101 AEUV vereinbar ist.
- 242 *Hartmann-Rüppel/Schrader*, in: ZWeR 2014, 300, 309; *Kersting*, in: ZWeR 2008, 252, 263 ff.
- 243 *Schröter/van den Hout*, in: Nomos Kommentar Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 101 Rn. 259 f.; Begründungserwägung 38 RL.
- 244 *Bechtold*, in: DB 2004, 235, 239; *Kersting*, in: ZWeR 2008, 252, 263 ff.; *Heinemann*, in: FS Biber, S. 681, 701 f.; *Koch*, in: WuW 2005, 1210, 1214.
- 245 Erfolgreiche Kartellverfolgung - Nutzen für Wirtschaft und Verbraucher, S. 17.
- 246 Eine Übersicht über die aufgedeckten Kartelle der vergangenen Jahre findet sich in: Erfolgreiche Kartellverfolgung - Nutzen für Wirtschaft und Verbraucher, S. 6 ff.; siehe auch: Begründungserwägungen 26, 38 RL, die dem Kronzeugenprogramm eine „Schlüsselrolle bei der Aufdeckung von Zuwiderhandlungen in Form von geheimen Kartellen und bei der Abstellung dieser Zuwiderhandlungen“ zusprechen.
- 247 An dieser Stelle soll lediglich auf die in Art. 11 Abs. 4 S. 1 RL für Kronzeugen vorgesehene Haftungsprivilegierung hingewiesen werden. Siehe hierzu auch: Kapitel VI. 2. e) (2) (b) v) vierte Unterüberschrift.
- 248 Bußgeldentscheidung Kommission.
- 249 Siehe hierzu: Schlussanträge Generalanwältin, Rn. 10 ff.
- 250 Siehe hierzu: Schlussanträge Generalanwältin, Rn. 10 ff.
- 251 Auch Art. 11 Abs. 5 RL sieht eine Form der Privilegierung für Kronzeugen vor. Der von ihnen ggf. zu leistende Ausgleichsbeitrag ist höhenmäßig auf den Schaden begrenzt, den sie eigenen unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern zugefügt haben.
- 252 Erwägungsgrund 38. der Richtlinie betont abermals, wie schon Erwägungsgrund 26., dass Kronzeugen „eine Schlüsselrolle bei der Aufdeckung von Zuwiderhandlungen in Form von geheimen Kartellen und bei der Abstellung dieser Zuwiderhandlungen“ spielen, sodass sie vor übermäßigen Schadensersatzansprüchen geschützt werden müssen.
- 253 So auch Erwägungsgrund 38. a.E.: „Der Kronzeuge sollte anderen Geschädigten als seinen unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten nur dann weiter in vollem Umfang haften, wenn sie von den anderen Rechtsverletzern keinen vollständigen Schadensersatz erlangen können.“
- 254 In welchen Situationen diese Gefahr ausnahmsweise einmal doch bestehen kann, wird in Fn. 872 beschrieben.
- 255 *Wurmnest*, in: Schadensersatz im europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht, S. 45 f.

- 256 *Fuchs*, in: Schadensersatz im europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht, S. 58.
- 257 Ob ein Blick in andere Rechtsordnungen - insbesondere in das U.S.-amerikanische Antitrustrecht - Klarheit schaffen kann, wird zu zeigen sein. Siehe hierzu Kapitel V. 1.
- 258 Wo früher ein Verstoß gegen eine wettbewerbsrechtliche Verbotsnorm, namentlich § 1 GWB oder Art. 101 AEUV (vormals Art. 81 EGV), oder die Verletzung einer kartellbehördlichen Verbotsverfügung ausreichend war, um als aktivlegitimiert zu gelten, bedurfte es später des zusätzlichen Nachweises, dass die verletzte Verbotsnorm auch dem Schutz des Klägers zu dienen bestimmt ist. Vgl. hierzu insbesondere die detaillierteren Ausführungen in Kapitel IV. 2.
- 259 RL.
- 260 Erwägungsgrund 3, RL.
- 261 EuGH, Urt. v. 20.09.2001 - Rs C-453/99, Slg. 2001, I-06297 = WuW 2001, 1121 - „*Courage und Crehan*“; EuGH, Urt. v. 13.07.2006 - Rs. C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-6619 - „*Manfredi*“ („*Die volle Wirksamkeit des Art. 101 AEUV und insbesondere die praktische Wirksamkeit des in seinem Abs. 1 ausgesprochenen Verbots wären beeinträchtigt, wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist.*“).
- 262 Vgl. auch: Erwägungsgrund 4, RL.
- 263 EuGH, Urt. v. 05.06.2014 (Rs. C-557/12 – „*Kone*“).
- 264 *Stöber*, in: EuZW 2014, 257, 260; Schlussanträge Generalanwältin, Rn. 32 f.
- 265 Die Annahme des Richtlinienvorschlags (COM (2013) 404) durch den Rat verzögerte sich zunächst. (dazu: *Beninca*, in: WuW 2014, 791) Schließlich stimmte der Rat am 10.11.2014 über den Richtlinienvorschlag ab und nahm diesen an. (siehe: RL). Nachdem die Richtlinie anschließend vom Präsidenten des Europäischen Parlaments und des Rates unterzeichnet wurde, trat sie - 20 Tage nach der Veröffentlichung im EU-Amtsblatt - in Kraft.
- 266 Eine umfassende Analyse der Richtlinie im Hinblick auf eine mögliche Aktivlegitimation von Preisschirmbetroffenen erfolgt in Kapitel VI. 2. b).
- 267 Auch *Haberstumpf/Husemann*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 49 gehen von einer Aktivlegitimation von Preisschirmgeschädigten aus.
- 268 Statt aller: *Grüneberg*, in: Palandt, Vorb. v. § 249 Rn. 24.
- 269 Statt aller: *Oetker*, in: MüKo BGB, § 249 Rn. 103.
- 270 Statt aller: *Oetker*, in: MüKo BGB, § 249 Rn. 103.
- 271 *Blair/Maurer, Umbrella Pricing and Antitrust Standing*, p. 763, 785; *Beth/Pinter*, in: WuW 2013, 228, 231 ff.; *Zöttl*, in: EuZW 2014, 586, 589 f.
- 272 *Johannes W. Flume*, in: Beck'scher OK BGB, § 249 Rn. 285 weist ebenfalls darauf hin, dass die Äquivalenztheorie die Haftung des Schädigenden kaum einschränkt.

- 273 Selbst die Zeugung eines späteren Kartellsünderers wäre nach der *conditio-sine-qua-non*-Formel äquivalent kausal für eine evtl. Jahrzehnte später erfolgende Kartellabsprache. Auch *Grüneberg*, in: Palandt, Vorb. v. § 249 Rn. 25 betont, dass die Äquivalenz lediglich das „*Mindesterfordernis*“ einer Haftungsbegründung statuiert.
- 274 *Statt aller: Oetker*, in: *MüKo BGB*, § 249 Rn. 109 ff.; *Schiemann*, in: *Staudinger/Schiemann, BGB*, § 249 Rn. 12 f.
- 275 BGH, NJW 1995, 126, 127; NJW 1998, 138, 140; NJW 2005, 1420, 1421.
- 276 *Röckrath*, *Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung*, S. 103.
- 277 Zur Steuerungsfunktion siehe: *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, S. 508.
- 278 *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, S. 290.
- 279 BGHZ 3, 261; *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, S. 291; *Röckrath*, *Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung*, S. 103; *Larenz*, *Lehrbuch des Schuldrechts*, S. 436 f.
- 280 *Beth/Pinter*, in: *WuW 2013*, 228, 230; *Spangeler*, in: *NZBau 2015*, 149, 151.
- 281 Laut BGH soll ein typischer Geschehensablauf dann anzunehmen sein, wenn „*ein bestimmter Tatbestand nach der Lebenserfahrung auf eine bestimmte Ursache für den Eintritt eines bestimmten Erfolgs hinweist.*“ (vgl. BGH Urt. v. 14.06.2005 - VI ZR 179/04, Rn. 13 - hier in Bezug auf einen Beweis des ersten Anscheins). Typizität wiederum wird dann angenommen, wenn der „*Kausalverlauf so häufig vorkommt, dass die Wahrscheinlichkeit, einen solchen Fall vor sich zu haben, sehr groß ist.*“ (vgl. BGH Urt. v. 19.01.2010 - VI ZR 33/09, Rn. 8 m.w.N.).
- 282 *Stöber*, in: *EuZW 2014*, 257, 259; *Fuchs*, in: *FS Bornkamm*, S. 168 f.; *Beth/Pinter*, in: *WuW 2013*, 228, 233, die sogar von „*wettbewerbskonformen Kalkül*“ sprechen.
- 283 *Blair/Maurer*, *Umbrella Pricing and Antitrust Standing*, p. 763, 785; *Beth/Pinter*, in: *WuW 2013*, 228, 231 ff.; *Zöttl*, in: *EuZW 2014*, 586, 589 f.
- 284 *Inderst/Thomas*, *Schadensersatz bei Kartellverstößen*, S. 332 („*Für den Kartellaußenseiter wäre es wiederum kaufmännisch unvernünftig, auf einen kartellbedingten Nachfrageanstieg wegen der Ausweichreaktion der Kunden nicht profitmaximierend zu reagieren.*“.).
- 285 *Stöber*, in: *EuZW 2014*, 257, 259; *Fuchs*, in: *FS Bornkamm*, S. 168 f.; *Beth/Pinter*, in: *WuW 2013*, 228, 233.
- 286 *Stöber*, in: *EuZW 2014*, 257, 259; *Inderst/Thomas*, *Schadensersatz bei Kartellverstößen*, S. 333.
- 287 In welcher Situation das Auftreten eines Preisschirmeffekts womöglich nicht vorhersehbar ist, gilt es sogleich zu untersuchen.
- 288 *Meessen*, *Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht*, S. 256; *Stöber*, in: *EuZW 2014*, 257, 259; *Fuchs*, in: *FS Bornkamm*, S. 168 f.; *Logemann*, *Der kartellrechtliche Schadensersatz*, S. 238; *Generalanwältin Kokott*, in: *NZKart 2014*, 117 Rn. 46 ff., 51; *Fritzsche*, in:

- NZKart 2014, 428, 430; Hauser, in: GWR 2013, 146, 147; Lettl, in: WRP 2015, 537, 540.
- 289 Schmidt, in: NZKart 2016, 126, 128.
- 290 Logemann, Der kartellrechtliche Schadensersatz, S. 238.
- 291 Maßgeblich ist der Grad der Marktabdeckung.
- 292 Vgl.: Inderst/Thomas, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 333, die diese Kriterien als Voraussetzung für ein typisches Auftreten eines Preisschirmschadens nennen.
- 293 Schwalbe/Zimmer, Kartellrecht und Ökonomie, S. 35 ff.; Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker GWB, § 1 Rn. 98; Fleischmann, in: Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, Bd. I, S. 193.
- 294 Bischke/Brack, in: NZG 2015, 349, 350.
- 295 Murphy, Kartell des Schweigens, S. 16.
- 296 Zuvor war ArcelorMittal in der Schienenbranche nicht in Erscheinung getreten. Dieses Geschäftsfeld zählte nicht zum operativen Bereich des Stahlkonzerns. Erst durch das Kartell wurde das Schienengeschäft für ArcelorMittal attraktiv und man entschloss, in die Branche einzusteigen.
- 297 ArcelorMittal wählte eine geschickte Preispolitik. Zwar nutzte es den Preisschirmeffekt des Kartells, um die Preise über das marktmanipulationsfreie Preisniveau zu heben, blieb dabei jedoch stets unter dem von den Kartellanten festgelegten Kartellpreis.
- 298 Ohlhoff, Mit Schienenkartellant: Bahn-Juristen und WilmerHale erzielen Vergleich, S. 1.
- 299 Gegen ThyssenKrupp wurde ein Bußgeld in Höhe von 103 Mio. Euro verhängt. Auch den übrigen Kartellanten wurde ein Bußgeld auferlegt. Auf zwei Töchter der Voestalpine entfiel ein Bußgeld von insgesamt 8,5 Mio. Euro und auf Vossloh eines in Höhe von 13 Mio. Euro.
- 300 Die folgende Darstellung beschränkt sich auf das Verhältnis zwischen Deutscher Bahn und ThyssenKrupp. Andere im Rahmen des Schienenkartells vorgebrachte Schadensersatzklagen bleiben unberücksichtigt, da sie für die hier zu diskutierende Fragestellung nicht virulent sind.
- 301 Afp, Bahn fordert erneut Schadensersatz von Thyssen-Krupp, S. 1 f.
- 302 Als unmittelbar erlittene Schäden werden hier solche Schäden bezeichnet, die die Deutsche Bahn aus Geschäften mit ThyssenKrupp selbst erlitten hat.
- 303 Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 291.
- 304 Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 291.
- 305 So auch: Röckrath, Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung, S. 103.
- 306 Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 290 f.
- 307 Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 291.
- 308 Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 291.
- 309 Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 291.
- 310 Röckrath, Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung, S. 103.

- 311 Alexander, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht, S. 388.
- 312 „In the rail industry, we make steel products for both railway tracks and trains. One of our most extensive projects is to supply rails for the Spanish high-speed network, which is currently being expanded to 10,000km by 2020. Our steel mill in Gijón, Spain, with technology to roll rails up to 90m long, has rolled almost every rail for the project.“ (Homepage ArcelorMittal: <http://corporate.arcelormittal.com/what-we-do/steel/transport>).
- 313 So geschehen im Schienenkartell.
- 314 Rabel, Das Recht des Warenkaufs.
- 315 Namentlich die Adäquanztheorie ist ein auf Wahrscheinlichkeitsbetrachtungen basierendes Zurechnungsinstrument.
- 316 Johannes W. Flume, in: Beck'scher OK BGB, § 249 Rn. 293.
- 317 Grüneberg, in: Palandt, Vorb. v. § 249 Rn. 29.
- 318 Beispiel: Das Verbot, innerorts nicht schneller als 50 km/h fahren zu dürfen, wurde vom Gesetzgeber aufgestellt, um Schäden zu verhindern, deren Ursache eine zu schnelle Fahrweise war. (Bsp.: Aufgrund zu schneller Geschwindigkeit konnte ein Autofahrer nicht mehr reagieren, um einem auf die Straße laufenden Kind auszuweichen). Wird ein Autofahrer jedoch in einen Unfall verwickelt, weil er aufgrund seiner überhöhten Fahrgeschwindigkeit einen Ort früher erreicht, als ihm dies bei vorschriftsmäßiger Fahrweise möglich gewesen wäre, so sind derartige Schäden nicht vom Schutzzweck umfasst.
- 319 Schiemann, in: Staudinger/Schiemann, BGB, § 249 Rn. 27.
- 320 Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker GWB, § 33 Rn. 2; Alexander, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht, S. 299 ff.
- 321 Reh binder, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, § 33 Rn. 1; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker GWB, § 33 Rn. 2; Alexander, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht, S. 299 ff.
- 322 Pajunk, Konsumentenschutz im Rahmen privater Kartellrechtsdurchsetzung, S. 28 f.
- 323 Oetker, in: MüKo BGB, § 249 Rn. 120: „Durch die Aufstellung von Verhaltensnormen versucht die Rechtsordnung Schäden zu verhüten. Jede darauf abzielende Verhaltensnorm will aber nicht undifferenziert beliebige Schäden, sondern ganz bestimmte Schäden verhüten“.
- 324 Ellger, in: FS Möschel, S. 195; Glöckner, in: WRP 2007, 490, 498 f.; Die Vorteile effektiver Kartellverfolgung werden aufgezeigt in: Erfolgreiche Kartellverfolgung - Nutzen für Wirtschaft und Verbraucher, S. 3, 14 ff.
- 325 Lübbig, in: MüKo GWB, § 33 Rn. 1.
- 326 So auch: Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker GWB, § 33 Rn. 2, der den Zusammenhang zwischen Kompensation (privates Interesse) und Durchsetzung des Kartellrechts (öffentliches Interesse) erkennt.
- 327 Dies als Argument gegen eine Zurechenbarkeit von Preisschirmschäden gegenüber Kartelltätern anzuführen, verbietet Erwägungsgrund 13 der

- Richtlinie. Danach steht jedem ein Recht auf Schadensersatz zu, „ohne Rücksicht darauf, ob eine unmittelbare vertragliche Beziehung zu dem zuwiderhandelnden Unternehmen besteht“. So auch: Lettl, in: WRP 2015, 537.
- 328 Logemann, *Der kartellrechtliche Schadensersatz*, S. 238; Fuchs, in: *FS Bornkamm*, S. 166; Generalanwältin Kokott, in: *NZKart 2014*, 117 Rn. 77 ff.; Fritzsche, in: *NZKart 2014*, 428, 430 f.; Hartmann-Rüppel/Schrader, in: *ZWeR 2014*, 300, 308.
- 329 Magnus, in: *NK-BGB*, Vor. §§ 249-255 Rn. 95 ff.
- 330 Grüneberg, in: *Palandt*, Vorb. v. § 249 Rn. 33; Lettl, in: WRP 2015, 537, 540.
- 331 Oetker, in: *MüKo BGB*, § 249 Rn. 157.
- 332 Magnus, in: *NK-BGB*, Vor. §§ 249-255 Rn. 95; BGHZ 58, 162, 166 = NJW, 1972, 904, 905; Oetker, in: *MüKo BGB*, § 249 Rn. 157; auch Schiemann, in: *Staudinger/Schiemann*, *BGB*, § 249 Rn. 62 führt Beispiele an, in denen eine Zurechnung trotz vorsätzlicher Eingriffe Dritter erfolgte.
- 333 Schiemann, in: *Staudinger/Schiemann*, *BGB*, § 249 Rn. 61.
- 334 Schiemann, in: *Staudinger/Schiemann*, *BGB*, § 249 Rn. 61; BGH NJW 1993, 2234; Oetker, in: *MüKo BGB*, § 249 Rn. 158.
- 335 Oetker, in: *MüKo BGB*, § 249 Rn. 158.
- 336 Diese Ansicht wird namentlich in: *Alexander*, *Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht*, S. 388 f. vertreten: „Allein im Falle der „umbrella plaintiffs“ wird man eine Anspruchsberechtigung von vornherein versagen können. Denn in diesen Fällen entsteht der Schaden zwar auch durch das freiverantwortliche Dazwischentreten eines Dritten, doch handelt es sich nicht um eine defensive Reaktion auf die Wettbewerbsbeschränkung, sondern um das aktive Setzen einer neuen Ursache bei Gelegenheit eines fremden Rechtsverstoßes, sozusagen eine Preiskalkulation im Angesicht einer günstigen Marktlage. Soweit diese Anpassung ihrerseits keinen kartellrechtlichen Verbotstatbestand erfüllt, verwirklicht sich in diesen Fällen ein allgemeines Lebens- oder „Marktrisiko“, für das ein Verletzer nicht haftet“.
- 337 *Bulst*, *Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht*, S. 255.
- 338 *Bulst*, *Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht*, S. 255.
- 339 *Bulst*, *Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht*, S. 255.
- 340 *Beth/Pinter*, in: *WuW 2013*, 228, 233.
- 341 Siehe hierzu: *Mertens/Cahn*, in: *KK-AktG*, 3. Auflage, § 93 Rn. 12 ff. m.w.N.
- 342 Statt aller siehe: *MüKo AktG*, § 93 Rn. 36 ff.
- 343 *Mertens/Cahn*, in: *KK-AktG*, 3. Auflage, § 93 Rn. 22.
- 344 *Spindler*, in: *MüKo AktG*, § 93 Rn. 38 nennt beispielsweise „die Abwägung der mit einer Investition verbundenen Risiken nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen“ als zusätzlich zu berücksichtigenden Grund.
- 345 *Stöber*, in: *EuZW 2014*, 257, 259; *Fuchs*, in: *FS Bornkamm*, S. 168 f.; *Beth/Pinter*, in: *WuW 2013*, 228, 233 die sogar von „wettbewerbskonformen Kalkül“ sprechen.

- 346 Inderst/Thomas, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 306.
- 347 Inderst/Thomas, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 313.
- 348 Inderst/Thomas, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 318.
- 349 Schlussanträge Generalanwältin, Rn. 84: „Die von mir vorgeschlagene Lösung führt nicht automatisch und in jedem Einzelfall zu einer Schadensersatzpflicht der Kartellbeteiligten gegenüber den Kunden von Kartellaußenseitern, sie schließt eine solche Schadensersatzpflicht aber auch nicht von vornherein aus. Vielmehr ist stets anhand einer umfassenden Würdigung aller relevanten Umstände zu prüfen, ob im konkreten Einzelfall kartellbedingt Preisschirmeffekte aufgetreten sind.“
- 350 „Unmittelbare Konkurrenten“ sind solche Unternehmen, die auf demselben relevanten Markt agieren.
- 351 Die Idee, die Kinobranche als kartellierten Markt auszuwählen, entstammt: Kling/Thomas, Kartellrecht, 1. Teil, § 8 Rn. 196.
- 352 Eine detailliertere Beschreibung, die die ökonomischen Ursachen und Erklärungen für das Entstehen von Preisschirmeffekten anführt, findet sich in Kapitel IV. 1.
- 353 Inderst/Thomas, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 328.
- 354 Man mag hier anderer Meinung sein. Darauf kommt es vorliegend jedoch auch nicht an. Vielmehr gilt es - auf einer abstrakten und fiktiven Ebene - aufzuzeigen, dass der Wirkungsradius einer Kartellabsprache ungeahnt groß ausfallen kann.
- 355 Sicherlich ist auch die Gegenauffassung - eine Nachfrageverlagerung in die Theaterbranche sei nicht mehr zurechenbar - gut vertretbar.
- 356 Schlussanträge Generalanwältin, Rn. 84.
- 357 Erste ökonomische Ansätze wurden zum Thema der Adäquanz bereits dargelegt. Siehe hierzu Kapitel IV. 3. b) (4) (d).
- 358 An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass die folgende Diskussion sowohl für „normale“ als auch „preisschirmbedingte“ Streuschäden gilt.
- 359 Schäfer/Dari-Mattiacci, The Core of Pure Economic Loss, S. 1, 3.
- 360 Schäfer/Dari-Mattiacci, The Core of Pure Economic Loss, S. 3.
- 361 Diese Ansicht vermag nicht gänzlich zu überzeugen, wird doch angenommen, dass Kartellabsprachen zu einer Fehlallokation von Ressourcen und einem Rückgang des innovativen Antriebs führen. Kartellfreie Märkte sollen daher „effektiver“ als kartellinfizierte sein. Kartellfolgen können daher durchaus über eine bloße Vermögensumverteilung hinausgehen und eine gesamtgesellschaftliche Schädigung verursachen. (vgl.: Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe, Quantifizierung von Schäden durch Wettbewerbsverstöße, S. 7; Glöckner, in: WRP 2007, 490, 496 ff.; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker GWB, § 33 Rn. 2 ff.; Ellger, in: FS Möschel, S. 194 ff.; Zu den Auswirkungen von Hardcore-Kartellen auf die Wettbewerbsfunktionen siehe: Wiesner, Der Kronzeuge im Kartellrecht, S. 46 f.; Welfens, Grundlagen der Wirtschaftspolitik, S. 238 f.).

362 Schäfer/Dari-Mattiacci, *The Core of Pure Economic Loss*, S. 21.

363 So auch die Ansicht der Europäischen Kommission. Siehe hierzu:
Erwägungsgrund 6, Empfehlung Kommission.

364 Ebenso die Europäische Kommission. Siehe: Erwägungsgrund 7, Empfehlung
Kommission. Auch die gegen null tendierende praktische Relevanz des § 17 II
OWiG zeigt, dass Kartelle fast ausnahmslos vorsätzlich begangen werden.

365 Gemeint sind die Erstabnehmer eines kartellbefangenen Produkts.

366 Die Schadenshöhe bleibt dabei von Umsatzstufe zu Umsatzstufe gleich. Der
Schaden wird lediglich verteilt.

367 Zur Zurechenbarkeit von Kartellfolgen siehe ausführlich Kapitel IV. 3.

368 Schäfer/Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, S. 291.

369 Schäfer/Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, S. 291.

370 Auch die Europäische Kommission geht davon aus, dass Schäden typischerweise
durchgereicht werden. Vgl. Begründungserwägung 41 und Art. 14 der
Richtlinie; Schmidt, in: NZKart 2016, 126, 127.

371 Diese Begleitumstände sind für Streuschäden typisch; zu dem Problem der
hohen Verfahrenskosten bei Individualklagen siehe nur: Erwägungsgrund 9,
Empfehlung Kommission und Mitteilung Kommission, Abschnitt 1.2; zum
prozessrechtlichen Desinteresse siehe auch: Schäfer/Ott, *Lehrbuch der
ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, S. 388, 413; Schmidt, in: NZKart 2016,
126, 128.

372 All jene Posten werden im Folgenden unter den Oberbegriff „Prozesskosten“
zusammengefasst.

373 Vogel, *Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht*, S. 128 f.; Schmidt, in: NZKart
2016, 126, 128.

374 Es wird auf das oben angeführte Beispiel des Tachometerkartells Bezug
genommen.

375 Siehe § 33 Abs. 3 S. 2 GWB oder Art. 13 RL.

376 Art. 13 S. 1 RL.

377 Diese Frage war im Schrifttum und in der Rechtsprechung lange Zeit äußerst
umstritten. Noch in der Begründung zur 7. GWB-Novelle (2005) wurde betont,
der Schädiger dürfe sich nicht auf eine Schadensminderung berufen, selbst wenn
es dem Kartellbetroffenen gelinge, den Kartellschaden durch Weiterveräußerung
an seine eigenen Kunden abzuwälzen. Kurze Zeit später jedoch wurde in den
Ausschussberatungen klargestellt, „dass die Abnehmer des Kartells auch im
Falle der späteren Abwälzung des Schadens jedenfalls zunächst selbst einen
Schaden in Gestalt des überhöhten Kartellpreises erlitten haben, so dass es
allein eine Frage der Vorteilsausgleichung sei, ob bei der Schadensberechnung
die spätere Schadensabwälzung berücksichtigt werden dürfe“ (Emmerich, in:
Immenga/Mestmäcker *GWB*, § 33 Rn. 63.). Heute jedenfalls steht fest (siehe
ORWI-Urteil: BGH Urt. v. 28.06.2011 - BGHZ 190, 145), dass Schädigern der
passing-on-Einwand im Rahmen der Vorteilsausgleichung zusteht. Zu der den
Kartellmitgliedern im Rahmen dessen obliegenden Darlegungs- und Beweislast

siehe: *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker GWB, § 33 Rn. 65 m.w.N.

378 Denn anderenfalls droht ein Konflikt mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Schadensersatzrechts.; *Vogel*, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 124.

379 Auch *Haucap* betont, dass die passing-on-defense den Klageanreiz für Direktabnehmer stark reduziert, vgl.: *Schmidt*, in: NZKart 2016, 126, 127; a.A. *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker GWB, § 33 Rn. 67.

380 Um unmittelbar Kartellgeschädigten die Scheu vor Schadensersatzprozessen zu nehmen, schlägt *Haucap* beispielsweise vor, zukünftig auf die passing-on-defense zu verzichten (*Haucap/Stühmeier*, in: WuW 2008, 413, 424; *Schmidt*, in: NZKart 2016, 126, 127).

381 *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 389.

382 RL.

383 Empfehlung Kommission.

384 Mitteilung Kommission.

385 Mitteilung Kommission, Abschnitt 1.1.: „Während die Empfehlung alle Mitgliedstaaten dazu auffordert, den dort festgehaltenen Grundsätzen zu folgen, bleibt es den Mitgliedstaaten in dem Richtlinienvorschlag freigestellt, ob sie Kollektivklagen im Rahmen der privaten Durchsetzung des Wettbewerbsrechts einführen oder nicht.“; Erwägungsgrund 24, Empfehlung Kommission.

386 An dieser Stelle wird auf das zuvor erläuterte Missverhältnis zwischen kleinem Streuschaden und hohen Prozesskosten Bezug genommen.

387 Es wird auf die drohende Geltendmachung des passing-on-Einwands und die damit einhergehende Gefahr der (teilweisen) Klageabweisung Bezug genommen.

388 Man könnte meinen, dass § 89a Abs. 1 S. 1 GWB diese Gefahr ausschließt. Denn nach § 89a Abs. 1 S. 1 GWB kann das Gericht anordnen, die Verpflichtung einer Partei zur Zahlung von Gerichtskosten an ihre wirtschaftliche Lage anzupassen. Eine Streitwertanpassung soll dabei insbesondere dann möglich sein, wenn eine Belastung mit den vollen Prozesskosten die wirtschaftliche Lage der Partei erheblich gefährden könnte. Der Wortlaut der Norm erweckt den Eindruck, finanzielle Risiken und Belastungen könnten nicht der Grund für prozessrechtliche Reserviertheit sein. Tatsächlich jedoch wird der Anwendungsbereich der Norm recht eng ausgelegt. Nicht bereits jede ungünstige finanzielle Verfassung des Antragsstellenden rechtfertigt eine Streitwertanpassung. Vielmehr wird einem zugemutet, für die Finanzierung der Prozesskosten ein Darlehen aufzunehmen. (*K. Schmidt*, in: Immenga/Mestmäcker GWB, § 89a, Rn. 9 m.w.N.) Tatsächlich also trägt § 89a Abs. 1 S. 1 GWB deshalb nur bedingt dazu bei, finanzielle Erwägungen bei der Überlegung, Schadensersatzansprüche gerichtlich geltend zu machen, auszublenden. Wenn § 89a GWB für prozessrechtliche „David-gegen-Goliath-Situationen geschaffen wurde, in der Erwartung, dass David „nicht durch ein für ihn untragbares Kostenrisiko vom Kampf gegen Goliath abgehalten“ wird,

- so bleibt dieser Normzweck häufig unerreicht. (K. Schmidt, in: Immenga/Mestmäcker GWB, § 89a, Rn. 2).
- 389 Eger/Weise, in: FS Schäfer, S. 510.
- 390 Mitteilung Kommission, Abschnitt 2.2.1.
- 391 Siehe hierzu ausführlich: Vogel, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 111 ff.
- 392 Selbstverständnis stellt sich das Problem gleichermaßen bei allen geringfügigen Schadensersatzforderungen, denn wie die kleinen Schadenssummen letztlich zustande kommen, ist - was die Diskrepanz/Unverhältnismäßigkeit zwischen Schadenshöhe und Prozessaufwand anbelangt - irrelevant.
- 393 Der deutsche Gesetzgeber hat das Thema des kollektiven Rechtsschutzes bislang - was das kartellrechtliche Sachverhalte betrifft - nicht aufgegriffen. Ein Blick in das Kapitalmarktrecht zeigt jedoch, dass im Kapitalmarktrecht zivilprozessuale Möglichkeiten zum Zwecke der Verfahrensökonomie und des Rechtsschutzes geschaffen wurden. Zur Verbesserung des Kapitalanlegerschutzes verabschiedete man das Kapitalanlegermusterverfahrensgesetz (KapMuG), das am 01.11.2005 in Kraft trat. Siehe hierzu bspw.: Scholl, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 146 ff.
- 394 „Der bloße Wunsch der Nebenintervenienten, der vorliegende Rechtsstreit möge zugunsten der Beklagten entschieden werden, (...) begründet nur ein tatsächliches Interesse der Nebenintervenienten am Obsiegen der Beklagten. Allein die Möglichkeit, dass ein Urteil im Hauptprozess für nachfolgende Prozesse eine faktische Präcedenzwirkung entfaltet und die befassten Gerichte sich an der Entscheidung im Hauptprozess orientieren, vermag ein rechtliches Interesse im Sinne von § 66 Abs. 1 ZPO nicht zu begründen (aA Musielak/Weth, ZPO, 7. Aufl., § 66 Rn. 7; Wieczorek/Schütze/Mansel, ZPO, 3. Aufl., § 66 Rn. 61 mwN). Das gilt auch im - hier gegebenen - Fall der Nebenintervention von „Parallelverwendern“.“ (BGH, Beschl. v. 10. 2. 2011 – I ZB 63/09 (KG), Rn. 11).
- 395 Zwar mögen verfahrensübergreifende Beweisverwertungen beim Nachweis anspruchsbegründender Tatsachen hilfreich sein. Gleichwohl bleiben wesentliche Probleme bei der Anspruchsdurchsetzung ungelöst (z.B.: juristische Aufarbeitung des Schadensersatzanspruchs, Zusammentragen von Marktdaten, Einschätzen des Prozessrisikos etc.). (vgl.: Vogel, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 161).
- 396 Winter/Thürk, in: WuW 2016, 221, 223 f.
- 397 Scholl, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 156
- 398 Ebenso: Pipoh, in: NZKart 2016, 226, 227. Auf dem Forum Unternehmensrecht vom 22.02.2016 in Düsseldorf wies Dr. Jungbluth darauf hin, dass die Einführung einer Kollektivklagemöglichkeit wohl unwahrscheinlich sei. Man denke vielmehr über die Einführung eines Klageregisters oder die Etablierung einer Verbraucherverbändemusterfeststellungsklage nach.
- 399 Zu diesem Ergebnis gelangt auch: Vogel, Kollektiver Rechtsschutz im

Kartellrecht, S. 161. Welche Aspekte bei der Ausarbeitung eines kollektiven Rechtsschutzsystems besonders zu berücksichtigen wären, wird in Kapitel V. 1. a) (3) (e) dargelegt.

400 *Statt aller: Staebe, in: Schulte/Just, KartellR, § 33 Rn. 32 f.*

401 Durch die kartellrechtliche Schadensersatzrichtlinie wird es im Bereich der gesamtschuldnerischen Haftung zu bedeutenden Änderungen kommen. Besonders ist auf die privilegierte Haftung von kleinen und mittelständischen Unternehmen (KMU) (Art. 11 Abs. 2) und Kronzeugen (Art. 11 Abs. 4, 5) hinzuweisen.

402 *Statt aller: Staebe, in: Schulte/Just, KartellR, § 33 Rn. 32; Hinweis: Auch in diesem Bereich wird die Richtlinie zu Veränderungen führen. Der an die gesamtschuldnerische Außenhaftung anschließende Innenausgleich soll zukünftig gem. Art. 11 Abs. 5 am Maßstab der relativen Verantwortung erfolgen.*

403 Für die weitere Analyse soll es allein auf die in § 1 GWB und Art. 101 AEUV statuierten Verbote ankommen.

404 Art. 101 Abs. 1 AEUV lautet:

„Mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken, insbesondere

a) die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen;

b) die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen;

c) die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen;

d) die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;

e) die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.“

405 Zur Angleichung des § 1 GWB und des Art. 101 AEUV (vormals Art. 81 EG) siehe: *Gloy/Loschelder/Erdmann, Handbuch des Wettbewerbsrechts, § 18 Rn. 2 ff.*

406 Auf die Koordinierungsformen der „Vereinbarung“ und des „Beschlusses“ näher einzugehen, wäre für die im Zentrum stehende Fragestellung ohne Mehrwert, weshalb auf jene Erörterung bewusst verzichtet wird.

407 Einen Überblick über die verschiedenen, in der Praxis häufig vorkommenden Kartellierungsformen bietet: *Lübbig, in: Handbuch des Kartellrechts, § 7.*

408 *Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker GWB, § 1 Rn. 78; Nordemann, in:*

Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, § 1 Rn. 61; *Jungermann*, Kollektive Marktbeherrschung, S. 38 f.; *Bunte*, in: Langen/Bunte, KartellR, Bd. I, § 1 Rn. 70; *Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe*, Quantifizierung von Schäden durch Wettbewerbsverstöße, S. 6.

409 *Bunte*, in: Langen/Bunte, KartellR, Bd. I, § 1 Rn. 64; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker GWB, § 1 Rn. 92.

410 BGH, Urt. v. 19. 04.1983, KRB 1/83 - „*Rebenveredler*“ (unveröffentlicht).

411 EuGH, Urt. v. 14.07.1972 - ICI - Slg. 1972, 619, 658.

412 Im Folgenden werden die Begriffe „*Verhaltensabstimmung über den Markt*“ und „*bewusstes Parallelverhalten*“ synonym verwandt.

413 *Belke*, in: ZHR 139 (1975) 51, 61.

414 EuGH, Urt. v. 16.12.1975, WuW/E EWG/MUV 347, 355 - „*Europäische Zuckerindustrie*“, Slg. 1975, 1663; OLG Düsseldorf, Urt. v. 03.03.2004 - „*Kfz-Spedition*“, WuW/E DE-R 1429, 1430); *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker GWB, § 1 Rn. 91 f.; *Bunte*, in: Langen/Bunte, KartellR, Bd. I, § 1 Rn. 66; *Zimmer*, in: ZHR 154 (1990), 470 f.

- 415 Auch *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker GWB, § 1 Rn. 97 geht davon aus, dass „auch eine allein durch Marktverhalten erfolgende Verhaltenskoordinierung mit dem Kartellverbot zu erfassen ist (...) und vom Wortlaut des Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. des § 1 GWB gedeckt“ wäre.
- 416 Grundlegend zur Entstehungsgeschichte des Ordoliberalismus und die Gedanken der Freiburger Schule aufgreifend, siehe: *Zieschang*, Das Staatsbild Franz Böhms, S. 4-28 m.w.N.
- 417 *Jungermann*, Kollektive Marktbeherrschung, S. 41.
- 418 *Axster*, in: WuW 1973, 605, 614 ff.; *Kersten*, in: WuW 1972, 69 ff.
- 419 *Bunte*, in: Langen/Bunte, KartellR, Bd. I, § 1 Rn. 71; *Bechtold*, in: Bechtold, GWB, § 1 Rn. 23 ff.
- 420 *Jungermann*, Kollektive Marktbeherrschung, S. 41.
- 421 *Jungermann*, Kollektive Marktbeherrschung, S. 41; *Belke*, in: ZHR 139 (1975) 51, 61.
- 422 *Belke*, in: ZHR 139 (1975) 51, 61; siehe auch: *Henrichs*, in: WuW 1965, 95, 97 m.w.N.
- 423 *Jungermann*, Kollektive Marktbeherrschung, S. 39.
- 424 *Bunte*, in: Langen/Bunte, KartellR, Bd. I, § 1 Rn. 69, *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker GWB, § 1 Rn. 91; *Belke*, in: ZHR 139 (1975) 51, 58 ff.
- 425 Zur Reaktionsverbundenheit siehe: *Machlup*, Wettbewerb im Verkauf, S. 343 ff.
- 426 Folgende Urteile beziehen sich zwar auf Art. 101 AEUV, gelten in ihren Aussagen aber für § 1 GWB entsprechend. EuGH, Ur. v. 14.07.1972, WuW/E EWG/MUV 269, 275 - „Farbstoffe“ - Slg. 1972, 713; EuGH, Ur. v. 31.03.1993, Slg. 1993 I-1575, 1598 ff. - „Zellstoff“ = EuZW 1993, 377, 380 ff.; EuGH, Ur. v. 04.06.2009, WuW/E EU-R 1589, 1591 Rn. 26 - „T-Mobile Netherlands“ - Slg. 2009, I-5429.
- 427 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, S. 297 ff.
- 428 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, S. 35 ff.; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker GWB, § 1 Rn. 98; *Fleischmann*, in: Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, Bd. I, S. 193.
- 429 *Fleischmann*, in: Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, Bd. I, S. 194 f. nennt folgende fünf Faktoren, „die dazu beitragen, dass Oligopolisten durch Parallelverhalten ihr gemeinsames Gewinnmaximum erreichen: a) Homogene Produkte, b) Geringe Kostenunterschiede, c) Hohe Markteintrittsschranken, d) Hohe Markttransparenz, e) Geringe Innovationstätigkeit.
- 430 Beispielhaft sei an dieser Stelle die Sektoruntersuchung des Bundeskartellamtes angeführt (siehe: Sektoruntersuchung Kraftstoffe).
- 431 Zum selben Ergebnis gelangt auch: *Fleischmann*, in: Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, Bd. I, S. 193.
- 432 Auf dessen Zulässigkeit kommt es für das vorliegende Beispiel nicht an.
- 433 Siehe Kapitel IV. 4. b) (1) (a) iii).
- 434 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, S. 308 ff.

- 435 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, S. 305-318 erarbeiten
grundlegende Bedingungen für eine kollektive Marktbeherrschung.
- 436 Das Nash-Gleichgewicht (engl.: Nash-Equilibrium) steht für eine Spielsituation,
in der sich keiner der Spieler durch eine Änderung seiner Wahl verbessern kann.
Man sagt deshalb auch, dass diese Situation zu einem gewissen Grad "stabil" ist.
Zu einem Nash-Gleichgewicht kommt es, indem alle Spieler eine beste Antwort
auf das Verhalten der Gegenspieler spielen. Deshalb nennt man das Nash-
Gleichgewicht auch oft strategisches Gleichgewicht." ([http://www.wirtschafts-
lehre.de/nash-gleichgewicht.html](http://www.wirtschaftslehre.de/nash-gleichgewicht.html)).
- 437 *Zimmer*, in: ZHR 154 (1990) 470-475 erklärt mit Hilfe des spieltheoretischen
Ansatzes des „prisoner's dilemma“, dass eine manipulationsfreie
Wettbewerbssituation Marktakteure zum Setzen niedriger Preise veranlasst.
- 438 *Luce/Raiffa*, Games and Decisions, S. 97 ff.
- 439 *Axelrod*, The Evolution of Cooperation, S. 48 ff.
- 440 *Axelrod*, The Evolution of Cooperation, S. 31; ders. in: Journal of Conflict
Resolution, March, 1980, Vol. 24, 1, S. 7.
- 441 Die von *Axelrod* entwickelte „Tit for Tat“-Strategie und dessen
„Erfolgsgeschichte“ blieb nicht frei von Kritik. So wiesen Kritiker insbesondere
daraufhin, dass die Strategie in Situationen mit mehreren Wettbewerbern nicht
annähernd so erfolgsversprechend sei. Die große „Schwäche“ bestehe darin, dass
sie keine Form der Differenzierung zwischen kooperativen und unkooperativen
Mitspielern ermögliche. Das eigene Verhalten könne immer nur gegenüber allen
ausgeübt werden. Deshalb ist man sich heute weitestgehend einig, dass die von
Axelrod ausgerufene Erfolgsgarantie der „Tit for Tat“-Strategie nur auf
oligopolistisch strukturierten Märkten Geltung beanspruchen kann.
- 442 *Zimmer*, in: ZHR 154 (1990) 470, 478.
- 443 *Axelrod*, The Evolution of Cooperation, S. 169-191.
- 444 *Fleischmann*, in: Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, Bd. I, S. 193.
- 445 *Zimmer*, in: ZHR 154 (1990) 470, 478.
- 446 *Jungermann*, Kollektive Marktbeherrschung, S. 40; *Zieschang*, Das Staatsbild
Franz Böhms, S. 50 f.
- 447 *Jungermann*, Kollektive Marktbeherrschung, S. 40, 42 ff. geht davon aus, dass
gerade jenes gegenseitige Anpassen und Beobachten dafür spricht, dass „die
Marktgesetze befolgt und nicht beeinflusst werden“.; *Zimmer*, in:
Immenga/Mestmäcker GWB, § 1 Rn. 100.
- 448 Diese Befürchtung haben auch: *Beschorner/Hüschelrath*, in: Möschel/Bien,
Kartellrechtsdurchsetzung durch privaten Rechtsschutz, S. 12; *Inderst/Thomas*,
Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 307.
- 449 Zum Einfluss des Rechtsgefühls auf die Rechts(fort)bildung, siehe: *Riezler*, Das
Rechtsgefühl, S. 137-155.
- 450 Vergleichbarer Missmut wurde auch im Rahmen des sog. Schienenkartells laut.
(siehe hierzu: *Bischke/Brack*, in: NZG 2015, 349, 350.) Dort nahm ArcelorMittal
die Rolle des Ausnutzenden ein. Der Stahlkonzern behielt sein Wissen um das

Kartell für sich und erwirtschaftet enorme Gewinne. Das Handelsblatt schrieb hierzu: „Juristisch war ArcelorMittal nicht verpflichtet, Behörden und Bahn über das Kartell zu informieren, moralisch ist diese Verschwiegenheit aber kritikwürdig.“ (*Murphy*, Arcelor-Mittal wusste vom Kartell und schwieg).

451 *Zimmer*, in: ZHR 154 (1990), 470, 471 diskutiert schwerpunktmäßig über die Frage, „ob und unter welchen Voraussetzungen auf das Vorliegen“ eines Kartells geschlossen werden darf.

452 BGH, Urt. v. 17.09.2009 - Xa ZR 2/08.

453 Daneben verklagte die Patentrechtsinhaberin den deklarierten Empfänger der Ware, der diese von einem in Shanghai ansässigen Unternehmen bezog. Der Beklagte und deklarierte Empfänger erkannte den Klageanspruch an.

454 Dritter amtlicher Leitsatz, BGH, Urt. v. 17.09.2009 - Xa ZR 2/08; siehe schon: BGH, Urt. vom 15.01.1957 - I ZR 56/55.

455 BGH, Urt. v. 17.09.2009 - Xa ZR 2/08, Rn. 41.

456 Vierter amtlicher Leitsatz, BGH, Urt. v. 17.09.2009 - Xa ZR 2/08.

457 BGH, Urt. v. 17.09.2009 - Xa ZR 2/08, Rn. 43.

458 BGH, Urt. v. 17.09.2009 - Xa ZR 2/08, Rn. 43; BGH, Urt. v. 12.07.2007 - I ZR 18/04.

459 BGH, Urt. v. 17.09.2009 - Xa ZR 2/08, Rn. 47.

460 BGH, Urt. v. 17.09.2009 - Xa ZR 2/08, Rn. 45.

461 Siehe Kapitel IV. 4. b) (2) (c) i).

462 Dritter amtlicher Leitsatz, BGH, Urt. v. 17.09.2009 - Xa ZR 2/08; siehe schon: BGH, Urt. v. 15.01.1957 - I ZR 56/55.

463 Vierter amtlicher Leitsatz, BGH, Urt. v. 17.09.2009 - Xa ZR 2/08.

464 Derzeit können Kartellaußenseiter den vom Kartell aufgespannten Preisschirm ausnutzen und durch gewinnmaximierendes Parallelverhalten den eigenen Profit steigern, während Verbraucher durch das Zahlen überhöhter Preise einen finanziellen Schaden erleiden. Auch wenn sich der die Situation Ausnutzende kartellrechtlich einwandfrei verhält, verursacht es doch ein übles Aufstoßen; der Bedarf nach neuen Maßstäben ist groß und unverkennbar.

465 Obgleich der Begriff der „praktischen Konkordanz“ als Fachbegriff des deutschen Verfassungsrechts gilt, beschreibt er den dieser Überlegung zugrundeliegenden Gedanken, treffend.

466 Ein Blick auf die aus dem Strafrecht stammenden Tatbestände der unterlassenen Hilfeleistung (§ 323c StGB) und der Nichtanzeige geplanter Straftaten (§ 138 StGB) verdeutlicht, dass jene Handlungspflichten zum Schutz des Lebens und der Gesundheit installiert wurden.

467 Neben der erlittenen Vermögenseinbuße (*damnum emergens*) und dem entgangenen Gewinn (*lucrum cessans*) zählen auch Zinsen zu den ersatzfähigen Schadensposten. Siehe nur: EuGH, Urt. v. 13.07.2006, Rs. C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-6619, Rn. 91 („*Manfredi*“) und Erwägungsgrund 12 der Richtlinie; Auch andere Schäden können durch das Kartell verursacht werden

- sein. So sind beispielsweise eine Reduzierung der Produktqualität oder ein gesunkener Innovationsanreiz als Kartellfolge denkbar. Sie spielen in der schadensrechtlichen Praxis jedoch kaum eine Rolle, da der Kausalitätsnachweis regelmäßig nicht zu erbringen sein wird. A.A.: *Rauh*, in: NZKart 2013, 222.
- 468 Wie die vorliegende Arbeit zeigt, wird über die Ersatzfähigkeit von Preisschirmschäden noch trefflich gestritten. Während der EuGH Preisschirmschäden als zu ersetzende Schadensposten ansieht, meinen andere, Preisschirmschäden seien Kartelldelinquenten nicht zurechenbar und folglich kein ersatzfähiger Schadensposten.
- 469 Die folgenden Ausführungen gelten für die Bezifferung von Kartellschäden und Preisschirmschäden gleichermaßen. Sollten einzelne Ausführungen ausschließlich für die Bestimmung nur einer Schadensart gelten, so wird darauf ausdrücklich hingewiesen werden.
- 470 *Standpunkt Parlament, Erwägungsgrund 13*: „Das strenge rechtliche Erfordernis, dass der Kläger zu Beginn des Verfahrens ausführlich alle für seinen Fall relevanten Tatsachen darlegen und dafür genau bezeichnete Beweisstücke anbieten muss, kann daher die wirksame Geltendmachung des durch den AEUV garantierten Schadensersatzanspruchs übermäßig erschweren“; siehe auch: *Zöttl*, in: *EuZW* 2014, 586, 590; *Stöber*, in: *EuZW* 2014, 257, 259; *Fuchs*, in: *FS Bornkamm*, S. 169; *Vollrath*, in: *NZKart* 2013, 434, 440; *Leitfaden Schadensermittlung, Rn. 11 ff*; *Gussone/Schreiber*, in: *WuW* 2013, 1040, 1042.
- 471 *Weitbrecht*, in: *WuW* 2015, 959, 966 geht davon aus, dass die Ermittlung des Schadensumfangs die bei weitem größte Hürde auf dem Weg zu einem Schadensausgleich darstellt.; *Wissenbach*, Von der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung zum privaten Schadensersatzprozess, S. 32; *Roth*, in: *FS Gerhardt*, S. 833 f.; *Bulst*, in: *EWS* 2004, 403, 410; *Lampert/Weidenbach*, in: *WRP* 2007, 152; *Sondergutachten Monopolkommission* 2004, Rn. 32 ff.
- 472 *Beth/Pinter*, in: *WuW* 2013, 228, 233; *Fuchs*, in: *FS Bornkamm*, S. 169; *Vollrath*, in: *NZKart* 2013, 434, 440.
- 473 Auch der europäische Richtliniengeber hat das Problem der Informationsasymmetrien als solches erkannt. Siehe nur: *Begründungserwägung* 15 RL.
- 474 BGHZ 91, 243, 256 f. = NJW 1984, 2216; BGH NJW 1995, 1023, 1024; BGH NJW 2013, 525 Rn. 23.
- 475 *Prütting*, in: *MüKo ZPO*, § 287 Rn. 14.
- 476 *Foerste*, in: *Musielak/Voit, ZPO*, § 287 Rn. 7; BGH NJW-RR 1998, 331, 333; *Bernhard*, in: *NZKart* 2013, 488.
- 477 BGH, Urteil v. 17.06.1992 - I ZR 107/90, NJW 1992, 2753 - 4. Leitsatz.
- 478 BGH, Urteil v. 17.06.1992 - I ZR 107/90, NJW 1992, 2753 - 4. Leitsatz.
- 479 Daneben sind die begrenzten Offenlegungsrechte als zweite wesentliche Ursache für immer wieder auftretende Informationsdefizite zu nennen.
- 480 *Makatsch/Mir*, in: *EuZW* 2015, 7, 8 f.

481 Zwar sieht die Richtlinie neue Regeln hinsichtlich der Offenlegung von
Beweismitteln vor und statuiert entsprechende Einsichtsrechte (vgl.: Art. 5-8
RL), doch ist bislang noch nicht absehbar, ob sie wirklich zu den erhofften
Veränderungen führen.

482 Die Folgende Analyse erhebt nicht den Anspruch auf Vollständigkeit. Eine
umfassende Darstellung der einzelnen Schadensberechnungsmethoden kann in
dieser Arbeit nicht geleistet werden. Am Beispiel der Vergleichsmarktanalyse
soll auf die wichtigsten Problemfelder im Rahmen der Schadensbezifferung
hingewiesen werden.

483 Der Nachweis der haftungsbegründenden Kausalität dürfte zukünftig nicht mehr
zur Herausforderung für Klagende werden. Die in Art. 17 Abs. 2 S. 1 RL
enthaltene Regelung vermutet vielmehr das Entstehen von Kartellschäden.

484 *Beschorner/Hüschelrath*, in: Möschel/Bien, Kartellrechtsdurchsetzung durch
privaten Rechtsschutz, S. 12; *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei
Kartellverstößen, S. 307.

485 Urteil vom 27.03.2006, Az.: VI Kart 3/05 OWi; Meldung vom 30.03.2006,
Redaktion beckaktuell.

486 Das OLG Düsseldorf berechnete den kartellbedingten Mehrerlös mit Hilfe des
Preisunterbietungsansatzes, indem es versuchte, den hypothetischen Marktpreis
anhand der Preisunterbietungen der Kartelltäter zu ermitteln. Die
Preisunterbietungen zeigen - so die Ansicht des OLG - den Preiskorridor auf,
innerhalb dessen sich der Wettbewerbspreis mit großer Wahrscheinlichkeit
gebildet hätte.

487 WuW/E DE-R, 2225, 2227, Rn. 16 - BGH Beschluss v. 19.06.2007, KRB 12/07
(„*Papiergroßhandel*“).

488 WuW/E DE-R, 2225, 2227, Rn. 16 - BGH Beschluss v. 19.06.2007, KRB 12/07
(„*Papiergroßhandel*“).

489 WuW/E DE-R, 2225, 2227, Rn. 16 - BGH Beschluss v. 19.06.2007, KRB 12/07
(„*Papiergroßhandel*“).

490 Dieser Ansicht sind auch: *Thomas/Inderst*, Schadensersatz bei Kartellverstößen,
S. 138.

491 WuW/E DE-R, 2225, 2227, Rn. 16 - BGH Beschluss v. 19.06.2007, KRB 12/07
(„*Papiergroßhandel*“).

492 Auch der BGH sieht die Vergleichsmarktmethode anderen
Schadensbestimmungsarten gegenüber als „überlegen“ an, siehe: BGH, Urt. v.
19.06.2007, Az. KRB 12/07 - WuW/E DE-R 2225, 2228 („*Papiergroßhandel*“).

493 BGH, Urt. v. 19.06.2007, WuW/E DE-R 2225, 2227 („*Papiergroßhandel*“);
KG, Urt. v. 10.12.1990, WuW/E OLG 4640, 4644 („*Hamburger Benzinpreise*“).

494 Dazu zählen beispielsweise Nachfrageschwankungen, zusätzliche Kosten, oder
ein verändertes Wettbewerbsumfeld.

495 *Rauh/Zuchandke/Reddemann*, in: WRP 2012, 173, 175.

496 Im Rahmen der nachfolgenden Schadensbestimmung wird regelmäßig auf die
richterliche Schätzungsbefugnis des § 287 ZPO zurückgegriffen.

- 497 Siehe hierzu auch: *Hüschelrath/Leheyda/Müller/Veith*, Schadensermittlung und Schadensersatz bei Hardcore-Kartellen, S. 83.
- 498 Siehe bspw.: BGH, Urt. v. 28.06.2005 - WuW/E DE-R 1567, 1571 - „*Berliner Transportbeton I*“ oder LG Dortmund, Urt. v. 01.04.2004 - WuW/E DE-R 1352, 1354 („*Vitaminpreise Dortmund*“).
- 499 Leitfaden Schadensermittlung, Rn. 39.
- 500 Leitfaden Schadensermittlung, Rn. 41.
- 501 Leitfaden Schadensermittlung, Rn. 41.
- 502 Auch das Bundeskartellamt betont in seinem Diskussionspapier die einfache Handhabbarkeit der Vergleichsmarktmethode, weist aber zugleich auch auf die Schwächen des Instruments hin. „Der Vorteil des Vergleichsmarkansatzes liegt in der einfachen Handhabbarkeit, weil weniger Daten und insbesondere keine aufwändige Modellierung notwendig ist. Jedoch kann es auch als nachteilig angesehen werden, dass der Mehrerlös nicht auf dem tatsächlich betroffenen Markt, sondern nur über einen Umweg berechnet wird.“ (vgl. Diskussionspapier Bundeskartellamt, S. 23).
- 503 *Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe*, Quantifizierung von Schäden durch Wettbewerbsverstöße, S. 45 sprechen von einer „in der Regel anspruchsvollen Aufgabe“.
- 504 *Barth/Bongard*, in: WuW 2009, 30, 37; *Hüschelrath/Leheyda/Müller/Veith*, Schadensermittlung und Schadensersatz bei Hardcore-Kartellen, S. 120.
- 505 Leitfaden Schadensermittlung, Rn. 44.
- 506 *Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe*, Quantifizierung von Schäden durch Wettbewerbsverstöße, S. 27.
- 507 Auch in der Rechtssache „*Selbstdurchschreibepapier*“ erkennen sowohl das OLG Karlsruhe als auch der BGH eine schadenverursachende Nachwirkung des Kartells an. (vgl.: OLG Karlsruhe, Urt. v. 11.06.2010 - 6 U 118/05 und BGH, Urt. v. 28.06.2011 - KZR 75/10) „Berücksichtigt man aber, dass die kartellbedingte Erhöhung sich am Ende des Kartells auf über 25% belief, erscheint es ausgesprochen unwahrscheinlich, dass die Preise unmittelbar nach Beendigung des Kartells auf das Niveau zurückfielen, dass sie vor den im Kartell abgesprochenen Preiserhöhungen hatten. Das rechtfertigt es, auf den ermittelten Schaden im Wege der Schätzung einen gewissen Aufschlag vorzunehmen.“ (OLG Karlsruhe, Urt. v. 11.06.2010 - 6 U 118/05, Rn. 73).
- 508 *Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe*, Quantifizierung von Schäden durch Wettbewerbsverstöße, S. 28.
- 509 *Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe*, Quantifizierung von Schäden durch Wettbewerbsverstöße, S. 29; *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 358 f.
- 510 Insbesondere oligopolistisch strukturierte Märkte sind hierfür besonders anfällig.
- 511 Leitfaden Schadensermittlung, Rn. 45.
- 512 *Jaschke*, Der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch, S. 140.
- 513 Mit der Überschätzung des Preisniveaus droht zugleich, dass der kartellbedingte

- Schaden unterschätzt wird.
- 514 Leitfaden Schadensermittlung, Rn. 46.
- 515 Gemeint ist hier das Preisniveau, das auf dem Markt vor Kartellbeginn geherrscht hat.
- 516 *Rauh/Zuchandke/Reddemann*, in: WRP 2012, 173, 176.
- 517 *Rauh/Zuchandke/Reddemann*, in: WRP 2012, 173, 176 f.
- 518 Dazu zählt beispielsweise eine während der Kartellierungsphase auftretende Verteuerung bestimmter Faktorkosten. Unabhängig von einer Kartellabsprache können Drittfaktoren für einen Preisanstieg im kartellierten Markt sorgen, wobei sie mit dem Kartell selbst nicht in Zusammenhang stehen. Diese Faktoren und ihre Auswirkungen auf den Marktpreis gilt es zu bestimmen. Sie dürfen bei der Ermittlung des Kartellschadens keine Rolle spielen. Eine mögliche Dynamik innerhalb des Marktes muss deshalb stets bedacht werden. Dieses Problem erläutern auch: *Barth/Bongard*, in: WuW 2009, 30, 37.
- 519 Auch in der Literatur wird es als methodenkorrekt im Grundsatz anerkannt. (vgl. *Zöttl/Schlepper*, in: EuZW 2012, 573, 575 m.w.N.).
- 520 Konsequenterweise hat die räumliche Vergleichsmarktmethode deshalb für Kartellabsprachen globaler Natur keine Bedeutung. Ein Vergleichsmarkt kann dort nicht existieren, sodass ein Rückgriff auf andere Methoden erforderlich ist.
- 521 Leitfaden Schadensermittlung, Rn. 50; *Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe*, Quantifizierung von Schäden durch Wettbewerbsverstöße, S. 30; *Rauh/Zuchandke/Reddemann*, in: WRP 2012, 173, 177.
- 522 Leitfaden Schadensermittlung, Rn. 50.
- 523 Als Drittfaktoren werden solche Parameter bezeichnet, die in keinerlei Zusammenhang zur Kartellabsprache stehen.
- 524 Eine Ausnahme von diesem Grundsatz wird sogleich vorgestellt, siehe: Kapitel: IV. 5. b) (2) (b) ii).
- 525 Weitere Strukturmerkmale werden genannt in: Diskussionspapier Bundeskartellamt, S. 22, Fn. 74.
- 526 Es wird Bezug genommen auf den oben angesprochenen Vorteil, wonach Gewissheit dahingehend besteht, dass die auf dem jeweiligen Referenzmarkt nachgewiesenen Preisentwicklungen grundsätzlich allein Drittfaktoren geschuldet sind.
- 527 *Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe*, Quantifizierung von Schäden durch Wettbewerbsverstöße, S. 30 gehen sogar davon aus, „dass zwei unterschiedliche räumliche Märkte fast immer (...) nicht direkt vergleichbar sind“.
- 528 *Rauh/Zuchandke/Reddemann*, in: WRP 2012, 173, 175.
- 529 Für die Bestimmung und Berücksichtigung von Drittfaktoren, insbesondere deren Einfluss auf die Preisentwicklung, bedient man sich sog. Regressionsanalysen. (vgl. hierzu: *Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe*, Quantifizierung von Schäden durch Wettbewerbsverstöße, S. 28 f. oder auch *Bernhard*, in: NZKart 2013, 488, 491.).

- 530 BGH, Urt. v. 12.02.1980, WuW/E BGH 1678, 1682 f. („*Valium II*“).
- 531 Siehe hierzu auch: *Barth/Bongard*, in: WuW 2009, 30, 37 m.w.N.
- 532 Leitfaden Schadensermittlung, Rn. 53.
- 533 In der Wirtschaftsökonomie wird dieser Effekt als positive Kreuzpreiselastizität bezeichnet. Aus der Teuerung des kartellierten Produkts und dem dadurch bedingten Nachfragerückgang, folgt eine Nachfragesteigerung des Substitutionsprodukts, welche wiederum ihrerseits zu einem Preisanstieg beim Substitutionsprodukt führt. Siehe hierzu ausführlich Kapitel IV. 1. b) (2) (a).
- 534 Siehe hierzu ausführlich Kapitel IV. 1. d).
- 535 Auch *Hartmann-Rüppel/Schrader*, in: ZWeR 2014, 300, 310 erkennen diese Gefahr und schlussfolgern. „Die Gefahr besteht dabei allerdings, dass als Vergleichsmarkt ein Markt gewählt wird, auf dem sich die Preise nicht (ausschließlich) nach wettbewerblichen Gesichtspunkten ergeben. Spätestens seit dem vorliegenden Urteil des EuGH (gemeint ist das „*Kone*“-Urteil) dürfte nun klar sein, dass jedenfalls die Preise der Kartellaußenseiter nicht als Maßstab für die Berechnung eines Kartellschadens taugen, da diese selbst durch die Kartellpreise beeinflusst sind.“
- 536 Zum Entstehen von Preisschirmeffekten siehe Kapitel IV. 1. a), b) und c).
- 537 *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 333.
- 538 Zu den, einen Preisschirmeffekt begünstigenden Marktumständen siehe Kapitel IV. 1. a).
- 539 Hinweis: Auf diese Option kann selbstverständlich nur dann zurückgegriffen werden, wenn die Preispolitik der Kartellaußenseiter einen Abschlag gegenüber des Kartellpreises vorsieht. Agieren Nichtkartellanten hingegen als reine price-taker und passen ihre eigenen Preise vollkommen dem Kartellniveau an, so fällt die Möglichkeit, mit Hilfe des Preisschirmeffekts einen Mindestschaden zu berechnen, weg. Zu den Reaktionsmöglichkeiten eines Kartellaußenseiters siehe Kapitel IV. 1. a) (2).
- 540 *Rauh/Zuchandke/Reddemann*, in: WRP 2012, 173, 178.
- 541 Leitfaden Schadensermittlung, Rn. 55.
- 542 *Ellger*, in: FS Möschel, S. 191, 204.
- 543 Siehe: OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.06.2009 - Az.: VI - 2a Kart2 - 6/08; *Barth/Bongart*, in: WuW 2009, 30, 36.
- 544 Als „normale Folgen“ einer Kartellabsprache werden insbesondere eine kartellbedingte Preiserhöhung und eine daraus resultierende Mengenanpassung zum Zwecke der Generierung von Kartellgewinnen angesehen. Auch Auswirkungen auf die unternehmerische Effizienz und die Marktstruktur gehören zu den üblichen Folgen einer wettbewerbswidrigen Absprache.
- 545 In der Fachterminologie werden solche Produkte als „homogen“ bezeichnet, wobei Produkte als homogen bezeichnet werden, wenn sie aus Sicht der Nachfrager nach Eigenschaft, Verwendungszweck und Preislage zur Deckung eines bestimmten Bedarfs austauschbar sind. (vgl. nur: BGH, Urt. v. 06.12.2011 – BGHZ 192, 18).

- 546 Siehe hierzu ausführlich Kapitel IV. 1. b) (2) (a) und (b).
- 547 Siehe Kapitel IV. 5. b) (2) (b) ii).
- 548 So kann beispielsweise, sollte das Ende einer Kartellierung nicht exakt feststellbar sein, ein räumlicher oder sachlicher Vergleich weiterführen und neue Indizien liefern.
- 549 Vgl.: *Weitbrecht*, in: WuW 2015, 959, 967.
- 550 Nehmen die Kosten für eine Schadensanalyse ein Ausmaß, das für Geschädigte und Rechtsschutzsuchende untragbar ist und sie möglicherweise von der Geltendmachung ihrer Rechte abhalten könnte, so besteht ein Konflikt mit dem europarechtlichen Effektivitätsgrundsatz. Danach darf die Ausübung der dem Einzelnen durch das Unionsrecht verliehenen Rechte nicht übermäßig erschwert oder praktisch unmöglich gemacht werden. (vgl.: Leitfaden Schadensermittlung, Rn. 2, 124).
- 551 Auch *Lübbig*, in: WRP 2004, 1254, 1256 weist auf die mit einer Feststellung des wettbewerbsanalogen Preises einhergehenden Probleme und auf den häufig begrenzten Nutzen entsprechender Schadensanalysen hin.
- 552 Siehe hierzu die Vorteile der Vergleichsmarktanalyse in Kapitel IV. 5. b) (2).
- 553 Zu den angesprochenen Techniken zählen insbesondere Regressionsanalysen, Simulations- oder Kostenmethoden. Eine Darstellung dieser Techniken, kann in dieser Arbeit nicht geleistet werden, wäre sie auch für die eigentliche, im Zentrum stehende Problematik der Preisschirmschäden nicht weiterführend. Für einen umfassenden Überblick über die genannten Techniken, siehe: Diskussionspapier Bundeskartellamt, S. 21-24; Leitfaden Schadensermittlung, Rn. 59-121.
- 554 Siehe hierzu Kapitel VI. 1.
- 555 Ein Überblick über die Handhabung des Problems der kartellrechtlichen Haftung für Preisschirmeffekte in den USA wurde bereits in Kapitel III. gegeben.
- 556 *Becker*, in: Möschel/Bien, Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen, S. 39.
- 557 *Maxeiner*, Rechtspolitik und Methoden im deutschen und amerikanischen Kartellrecht, S. 1.
- 558 Dies beschreibt auch *Moch*, in: WuW 2006, 39, 42 in ihrem Tagungsbericht des Bundeskartellamtes: Es „ist zu überlegen, ob und ggf. welche Elemente der US-amerikanischen privaten Kartellrechtsdurchsetzungskultur in die europäische Kartellrechtskultur übernommen werden sollen“.
- 559 Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass jeder Bundesstaat in den USA über ein zusätzliches und eigenes Wettbewerbsrecht verfügt. Hierauf soll im Folgenden jedoch nicht weiter eingegangen werden.
- 560 Gesetz vom 02.07.1890, Ch. 647, 26 Stat. 209 (1890), 15 U.S.C. §§ 1-7.
- 561 Gesetz vom 14.10.1914, Ch. 323, 38 Stat. 730 ff. (1914), 15 U.S.C. §§ 12-27.
- 562 Gesetz vom 29.09.1914, Ch. 311, 38 Stat. 717 ff. (1914), 15 U.S.C. §§ 41-58.
- 563 *Berrisch/Burianski*, in: WuW 2005, 878.

- 564 *Steindorff*, in: ZHR 138 (1974) 504, 512; *Berrisch/Burianski*, in: WuW 2005, 878, 879.
- 565 Obgleich das Rechtsinstitut der treble damages natürlich nicht dabei hilft, den entstandenen Schaden festzustellen, macht es die prozessuale Schadenverfolgung für Kartellbetroffenen doch deutlich attraktiver und trägt insoweit zu einem verbesserten privaten Rechtsschutz bei.
- 566 Die Begriffe „punitive damages“ und „treble damages“ werden in der vorliegenden Arbeit - soweit nicht anders angemerkt - synonym verwandt. Im antitrustrechtlichen Kontext schreibt Section 4 des Clayton Antitrust Acts eine Verdreifachung der zur Restitution erforderlichen Schadenssumme vor (vgl.: 15 U.S. Code § 15). Treble damages stellen deshalb einen Sonderfall der punitive damages dar.
- 567 *Hempel*, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 297.
- 568 „Treble“ ist gleichbedeutend mit dem amerikanischen Begriff „triple“.
- 569 Siehe hierzu auch: *Becker*, in: Möschel/Bien, Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen, S. 47 ff.
- 570 *Eckel*, in: WuW 2015, 4, 13.
- 571 Wie *Berrisch/Burianski*, in: WuW 2005, 878, 887 richtig feststellen, wird Geschädigten ein Schadenersatzanspruch lediglich in der Höhe ihrer erlittenen Schäden zugesprochen. Einzige Ausnahmen seien ein Schmerzensgeld nach §§ 823, 253 BGB, eine Entschädigung für den diskriminierten Arbeitsplatzbewerber gem. § 611a BGB und die doppelte Schadensersatzpauschale der GEMA.
- 572 *Hempel*, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 297 f.
- 573 *K. Schmidt*, Kartellverfahrensrecht, S. 332 f.
- 574 *Becker*, in: Möschel/Bien, Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen, S. 41 betont, dass kartellrechtlichen Schadensersatzklagen in den USA auch (neben dem Kompensationsgedanken) die Funktion zukommt, „Fehlverhalten zivilrechtlich zu sanktionieren und eine möglichst wirksame Abschreckung von zukünftigen Rechtsverstößen zu bewirken“.
- 575 Dieses Risiko erkannten auch die Teilnehmer der Tagung des Bundeskartellamtes im September 2005, vgl.: *Moch*, in: WuW 2006, 39, 44.
- 576 *K. Schmidt*, Kartellverfahrensrecht, S. 332 f.; ders., Aufgaben und Leistungsgrenzen der Gesetzgebung im Kartelldeliktsrecht, S. 43.
- 577 Auch Erwägungsgrund 6 der RL betont, dass ein Zusammenwirken beider Instrumente unerlässlich für eine bestmögliche Entfaltung der Wettbewerbsvorschriften ist.
- 578 Diesem Lösungsansatz zeigt sich *K. Schmidt*, Kartellverfahrensrecht, S. 333 ebenfalls kritisch gegenüber.
- 579 Ebenso: *Beschorner/Hüschelrath*, Ökonomische Aspekte der privaten Durchsetzung des Kartellrechts, S. 2 f.
- 580 *Beschorner/Hüschelrath*, Ökonomische Aspekte der privaten Durchsetzung des Kartellrechts, S. 6.

- 581 *Berrisch/Burianski*, in: WuW 2005, 878, 887 f.
- 582 Ebenso: *K. Schmidt*, Aufgaben und Leistungsgrenzen der Gesetzgebung im Kartelldeliktsrecht, S. 43.
- 583 *Becker*, in: Möschel/Bien, Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen, S. 43.
- 584 Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition und Tax Law on the White Paper on Damage Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, S. 10; *Eckel*, in: WuW, 2015, 4, 13.
- 585 *Hempel*, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 298; *Becker*, in: Möschel/Bien, Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen, S. 43; Allgemein von der von Schadensersatzklagen ausgehenden Abschreckungswirkung sprechend: EuGH, Urt. v. 20.09.2001 - Rs C-453/99, Slg. 2001, I-06297, Rn. 27 („*Courage und Crehan*“) und EuGH, Urt. v. 13.07.2006 - Rs. C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-6619, Rn. 91 („*Manfredi*“).
- 586 Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition und Tax Law on the White Paper on Damage Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, S. 3; *Hempel*, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 298.
- 587 Ebenso: *Eckel*, in: WuW 2015, 4, 13.
- 588 Sondergutachten 32, Monopolkommission, Rn. 80, Ziffer 14.
- 589 *Hempel*, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 295 begründet den Allokationsverlust aus ökonomischer Perspektive; *ders.*, in: NZKart 2013, 494, 499.
- 590 *Hempel*, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 294 f.
- 591 Obwohl sich der europäische Gerichtshof vereinzelt - beispielsweise im Fall *Manfredi* (EuGH, Urt. v. 13.07.2006 - Rs. C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-6619, Rn. 91-93) - zu Strafschadensersatz geäußert hat und bemerkenswerterweise keine gravierenden Bedenken geäußert hat, wurde auf den Konflikt mit dem „ne bis in idem“ Grundsatz (bedauerlicherweise) nicht eingegangen.
- 592 *Benisch*, in: FS Hartmann, S. 49.
- 593 Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition und Tax Law on the White Paper on Damage Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, S. 10; *Eckel*, in: WuW 2015, 4, 13; *Beschorner/Hüschelrath*, Ökonomische Aspekte der privaten Durchsetzung des Kartellrechts, S. 3.
- 594 Ausführlich zur Abschreckungswirkung von treble damages siehe: AMC Report, S. 246.
- 595 Erwägungsgrund 13 und Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie betonen, dass eine Überkompensation erlittener Schäden nicht erfolgen dürfen - insbesondere nicht durch Strafschadensersatz, durch Mehrfachentschädigung oder durch andere Arten von Schadensersatz.
- 596 Eine abschreckende Wirkung geht - in Deutschland - bislang allein von den durch die Kartellbehörden verhängten Bußgeldern aus.

- 597 *Eckel*, in: WuW 2015, 4, 13 resümiert, dass das Rechtsinstitut der treble damages dem deutschen Schadensrecht fremd ist.; *Haus/Serafimova*, in: BB 2014, 2883, 2889.
- 598 *Bien*, in: NZKart 2013, 481, 481 begründet die ablehnende Haltung des Europäischen Gesetzgebers mit der Sorge um die Effektivität des Kronzeugenprogramms.; *Haus/Serafimova*, in: BB 2014, 2883, 2889; Erwägungsgrund 13 und Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie.
- 599 „Der vollständige Ersatz im Rahmen dieser Richtlinie darf nicht zu Überkompensation führen, unabhängig davon, ob es sich dabei um Strafschadensersatz, Mehrfachentschädigung oder andere Arten von Schadensersatz handelt.“ (Art. 3 Abs. 3 RL); Siehe auch: Begründungserwägung 13 RL; Zu diesem Aspekt siehe auch: *Weitbrecht*, in: WuW 2015, 959, 966.
- 600 Zu der Vereinbarkeit von Strafschadensersatz mit dem deutschen Wettbewerbsrecht siehe auch: *Jaschke*, Der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch, S. 255.
- 601 Siehe hierzu ausführlich: *Scholl*, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 174-186 (Verteidigungsstrategien gegen Kollektivklagen aus dem Ausland).
- 602 Siehe hierzu: *Junger/Reimann*, in: NJW 1994, 3274 f.
- 603 So beispielsweise in der Entscheidung Bertelsmann AG („Napster“-Entscheidung) geschehen. (BVerfGE 108, 238 ff.).
- 604 „Dieses Übereinkommen ist in Zivil- oder Handelssachen in allen Fällen anzuwenden, in denen ein gerichtliches oder außergerichtliches Schriftstück zum Zweck der Zustellung in das Ausland zu übermitteln ist.“ (Art. 1 Abs. 1 HZÜ).
- 605 *Merkt*, in: FS Leipold, S. 266; *Greger*, in: FS Schwab, S. 331; *Mörsdorf-Schulte*, Funktionen und Dogmatik US-amerikanischer punitive damages, S. 296 ff.; *Brockmeier*, Punitive damages, multiple damages und deutscher ordre public, S. 203; *Prütting*, in: FS Jayme, S. 717; *Mörsdorf-Schulte*, Funktionen und Dogmatik US-amerikanischer punitive damages, S. 296.
- 606 Strafschadensersatzklagen allein aufgrund ihres pönalen Elements die Qualifikation als Zivil- oder Handelssache zu versagen, überzeugt nicht, denn so bliebe der einem Schadensersatzanspruch innewohnende zivilrechtliche Ursprung vollkommen unberücksichtigt. Kartellrechtlicher Schadensersatz ist deshalb - unabhängig von hinzutretenden pönalen Elementen - als zivilrechtliches Instrument zu qualifizieren.
- 607 BGH, NJW 1992, 3096, 3102; OLG München, IPRax 1990, 175; OLG Frankfurt, IPRax 1992, 166, 167 ff.; OLG Düsseldorf, NJW 1992, 3110 ff.; OLG München, IPRax 1993, 309; KG OLGZ 1994, 587; OLG Frankfurt, NJW RR-2002, 357; OLG Düsseldorf, WM 2003, 1587; OLG Frankfurt, HessJMBL. 2004, 423; OLG Sachsen-Anhalt, OLGR Naueburg 2006, 403; OLG Koblenz, Urt. v. 27.06.2005, Az. 12 VA 2/04, Rn. 18, 20, 23; *Ghassabeh*, Die Zustellung einer punitive damages-Sammelklage an beklagte deutsche Unternehmen, S. 89 ff.; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, Rn. 2157 m.w.N.
- 608 Beispiele aus der Praxis finden sich in den unten zitierten Urteilen des

Bundesverfassungsgerichts. Besonders sei bereits an dieser Stelle auf das Regel-Ausnahme-Verhältnis hingewiesen.

609 Beispielhaft sei hier die berühmte „Napster“-Entscheidung genannt: BVerfGE 108, 238 ff. = Urt. v. 25.07.2003. Darin konfrontierte man die Bertelsmann AG mit einer Schadensersatzsumme in Höhe von 17 Mrd. US-Dollar. (siehe hierzu auch: *Brand*, in: NJW 2012, 1116, 1117 oder *Prütting*, in: FS Jayme, S. 715 f.).

610 Zur Grenze der Respektierungspflicht siehe: BVerfG, Beschluss v. 25.07.2003, Rn. 36 ff.

611 BVerfG, Beschluss v. 07.12.1994 - Az. 1 BvR 1279/94, Rn. 27; BVerfGE, Beschluss v. 25.07.2003 - Az. 2 BvR 1198/03, Rn. 31; BVerfG, Beschluss v. 24.01.2007 - Az. 2 BvR 1133/04, Rn. 12.

612 „Eine Rechtsnorm eines anderen Staates ist nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Sie ist insbesondere nicht anzuwenden, wenn die Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar ist.“ (Art. 6 EGBGB). Es sei darauf hingewiesen, dass Art. 40 Abs. 3 EGBGB als speziellere Vorbehaltsklausel Art. 6 EGBGB verdrängt (vgl.: *Dörner*, in: Schulze BGB-HK, Art. 40 EGBGB, Rn. 13).

613 A.A.: *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, Rn. 2158.

614 BVerfG, Beschluss v. 07.12.1994 - Az. 1 BvR 1279/94, Rn. 30.

615 BVerfG, Beschluss v. 07.12.1994 - Az. 1 BvR 1279/94, Rn. 27.

616 Beschwerdeführer einer Verfassungsbeschwerde.

617 BVerfGE, Beschluss v. 24.01.2007 - Az. 2 BvR 1133/04, Rn. 12; BVerfG, Beschluss v. 07.12.1994 - Az. 1 BvR 1279/94, Rn. 27.

618 „Ansprüche, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen, können nicht geltend gemacht werden, soweit sie 1. wesentlich weiter gehen als zur angemessenen Entschädigung des Verletzten erforderlich, 2. offensichtlich anderen Zwecken als einer angemessenen Entschädigung des Verletzten dienen oder 3. haftungsrechtlichen Regelungen eines für die Bundesrepublik Deutschland verbindlichen Übereinkommens widersprechen.“ (Art. 40 Abs. 3 EGBGB). Zum Verständnis des Art. 40 Abs. 3 EGBGB siehe auch: BVerfG, Beschluss v. 25.07.2003, R. 36: „Art. 40 Abs. 3 EGBGB bestimmt, dass Ansprüche, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen, nicht geltend gemacht werden können, soweit sie wesentlich weiter gehen als zur angemessenen Entschädigung des Verletzten erforderlich oder offensichtlich anderen Zwecken als einer angemessenen Entschädigung des Verletzten dienen oder haftungsrechtlichen Regelungen eines für die Bundesrepublik Deutschland verbindlichen Übereinkommens widersprechen“.

619 „Die Erledigung eines Zustellungsantrags nach diesem Übereinkommen kann nur abgelehnt werden, wenn der ersuchte Staat sie für geeignet hält, seine Hoheitsrechte oder seine Sicherheit zu gefährden.“ (Art. 13 Abs. 1 HZÜ); Es sei angemerkt, dass die Verweigerung einer Klagezustellung gem. der Vorbehaltsklausel des Art. 13 Abs. 1 HZÜ nur unter engen Voraussetzungen

- zulässig sein soll. (vgl. nur: BVerfG, Beschluss v. 24.01.2007 - Az. 2 BvR 1133/04, Rn. 5, 11.).
- 620 *Junker*, in: MüKo EGBGB, Art. 40 Rn. 113.
- 621 BVerfGE, Beschluss v. 25.07.2003 - Az. 2 BvR 1198/03, Rn. 18 f.
- 622 Art. 2 Abs. 1 HZÜ: „Jeder Vertragsstaat bestimmt eine Zentrale Behörde, die nach den Artikeln 3 bis 6 Anträge auf Zustellung von Schriftstücken aus einem anderen Vertragsstaat entgegenzunehmen und das Erforderliche zu veranlassen hat“.
- 623 BGH, Urt. v. 04.06.1992 - IX ZR 149/91 = NJW 1992, 3096.
- 624 BGH, Urt. v. 04.06.1992, 8. Leitsatz.
- 625 BGH, Urt. v. 04.06.1992, Rn. 88.
- 626 BGH, Urt. v. 04.06.1992, Rn. 88.
- 627 BGH, Urt. v. 04.06.1992, Rn. 89.
- 628 BGH, Urt. v. 04.06.1992, Rn. 93.
- 629 BGH, Urt. v. 04.06.1992, Rn. 92.
- 630 *K. Schmidt*, Aufgaben und Leistungsgrenzen der Gesetzgebung im Kartelldeliktsrecht, S. 43.
- 631 Zu diesem Ergebnis gelangt auch: *Eckel*, in: WuW 2015, 4, 13.
- 632 Im Folgenden auch als „discovery“ bezeichnet.
- 633 Federal Rules of Civil Procedures, Rules 26-37.
- 634 *Hempel*, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 211, 299; *Beckerman*, 84 Minn. L. Rev., 505, 509; *Hay*, US-Amerikanisches Recht, S. 73 f., Rn. 184-189.
- 635 *Beckerman*, 84 Minn. L. Rev., 505 ff.; *Scholl*, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 66.
- 636 Rule 26 (b) (1) Federal Rules of Civil Procedure.
- 637 *Hay*, US-Amerikanisches Recht, S. 74, Rn. 189.
- 638 Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition und Tax Law on the White Paper on Damage Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, S. 6; *Beckerman*, in: Minn. L. Rev. 2000, 505, 543; *Hay*, US-Amerikanisches Recht, S. 74, Rn. 189; siehe auch: BVerfGE, Beschluss v. 14.06.2007, Az. 2 BvR 2247/06, Rn. 26.
- 639 *Hempel*, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 210.
- 640 BVerfG, Beschluss v. 25.07.2003, Az. 2 BvR 1198/03, Rn. 8; *Hempel*, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 210.
- 641 *Beckerman*, 84 Minn. L. Rev. 505, 509; *Seater*, 92 Yale L. Journal, 352, 353 ff, 357; *Scholl*, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 173.
- 642 Zur Kostentragung im U.S.-amerikanischen Prozessrecht siehe: *Scholl*, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 94 ff.
- 643 BVerfG, Beschluss v. 25.07.2003, Az. 2 BvR 1198/03, Rn. 8; *Scholl*, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 67; *Schack*, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, Rn. 113 ff.; *Beckerman*, 84 Minn. L. Rev. 505, 516 ff.

- 644 Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 389 m.w.N.
- 645 Hempel, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 301.
- 646 Beschorner/Hüschelrath, in: Möschel/Bien, Kartellrechtsdurchsetzung durch privaten Rechtsschutz, S. 12; Inderst/Thomas, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 307.
- 647 Scholl, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 67, 170; Schack, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, Rn. 113 ff.
- 648 Prütting, in: MüKo ZPO, § 284 Rn. 8.
- 649 Prütting, in: MüKo ZPO, § 284 Rn. 10.
- 650 BVerfG, Beschluss v. 14.06.2007, Az. 2 BvR 2247/07, 2 BvR 2248/06, 2 BvR 2249/06, Orientierungssatz 3b, Rn. 26; BVerfG, Beschluss v. 24.01.2007, Az. 2 BvR 1133/04, Orientierungssatz 3b, Rn. 3-5; BVerfG, Beschluss v. 07.12.1994, Az. 1 BvR 1279/94.
- 651 Das Bundesverfassungsgericht begründet die nicht offensichtliche Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung damit, dass es „vor einer konkreten gegen die Beschwerdeführerin gerichteten Beweisaufnahme (...) weiterer Rechtshilfeentscheidungen deutscher Hoheitsträger bedarf, bei denen die Rechte der Beschwerdeführerin zu beachten sind.“ (siehe das Haager Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen (HBÜ) vom 18.03.1970, BGBl 1977 II, S. 1452 ff.).
- 652 Vgl.: Art. 2 Abs. 1 HZÜ.
- 653 RL.
- 654 Ein Überblick über die im Rahmen der Richtlinienumsetzung zu erwartenden Neuerungen findet sich in Kapitel VI. 1. b).
- 655 Auch Weitbrecht, in: WuW 2015, 959 geht davon aus, dass sich durch eine Umsetzung der Art. 5-8 der Richtlinie das Konzept eines umfassenden torprozessualen Informationsverfahrens entwickeln lässt.; Haus/Serafimova, in: BB 2014, 2883, 2889.
- 656 Anders als manch andere Rechtsinstitute des Kartellrechts, liegt der Ursprung der class action im englischen und nicht im U.S.-amerikanischen Recht. Für einen Überblick über die historische Entwicklung der class action siehe: Greiner, Die Class Action im amerikanischen Recht und deutscher Ordre Public, S. 45 ff.
- 657 Greiner, Die Class Action im amerikanischen Recht und deutscher Ordre Public, S. 56 ff.
- 658 Zur rechtsgeschichtlichen Entwicklung des prozessrechtlichen Instituts der class action siehe auch: The Law and Economics of Class Actions in Europe - Lessons from America, S. 306 ff. und Eichholtz, Die US-amerikanische Class Action und ihre deutschen Funktionsäquivalente, S. 33 ff.; siehe darüber hinaus auch: Hempel, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 216, 312; Koch, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, S. 25.

- 659 The Law and Economics of Class Actions in Europe - Lessons from America, S. 308; *Vogel*, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 227.
- 660 BVerfG, Beschluss v. 25.07.2003, 2 BvR 1198/03, Rn. 3; *Vogel*, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 227; *Hay*, US-Amerikanisches Recht, S. 71, Rn. 181; *Greiner*, Die Class Action im amerikanischen Recht und deutscher Ordre Public, S. 113 ff.; Ausnahme: Eine Bindungswirkung besteht nicht für solche class-members, die von ihrer opt out-Möglichkeit Gebrauch machen (vgl. *Hay*, US-Amerikanisches Recht, S. 70 f., Rn. 180).
- 661 *Eichholtz*, Die US-amerikanische Class Action und ihre deutschen Funktionsäquivalente, S. 215.
- 662 *Vogel*, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 231 ff.
- 663 The Law and Economics of Class Actions in Europe - Lessons from America, S. 11; *Vogel*, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 231 zur Rolle der „Anwälte als treibende Kraft“ m.w.N.
- 664 *Scholl*, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 161 f.; *Eckel*, in: WuW 2015, 4.
- 665 *Vogel*, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 229 f. spricht sogar von einem „Funktionswandel“; *Hempel*, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 238 spricht von anderen Funktion, die überwiegen können.; *Scholl*, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 160.
- 666 *Eckel*, in: WuW 2015, 4; *Vogel*, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 13; *Hempel*, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 238 meint ebenfalls, dass das Institut der class action für geringfügig Geschädigte zur Schadensgeltendmachung geeignet sei.; *Weitbrecht*, in: NJW 2012, 881, 885.
- 667 The Law and Economics of Class Actions in Europe - Lessons from America, S. 15; *Eckel*, in: WuW 2015, 4; *Reuschle*, in: NZG 2004, 590; *Zypries*, in: ZRP 2004, 177; Siehe auch: *Cappelletti/Garth*, Access to Justice Vol. III, S. 519: „More and more frequently the complexity of modern societies generates situations in which a single human action can be beneficial or prejudicial to large numbers of people, thus making entirely inadequate the traditional scheme of litigation as merely a two-party affair. For example (...) an antitrust violation may damage all who are affected by the unfair competition (...). The possibility of such mass injuries represents a characteristic feature of our epoch“.
- 668 *Bernhard*, Kartellrechtlicher Individualschutz durch Sammelklagen, S. 222; *Kainer/Persch*, in: WuW 2016. 2, 4 sprechen von einer zu überwindenden „rationalen Apathie“.
- 669 *Vogel*, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 229 f.; siehe hierzu schon Kapitel IV. 3. e) (3) (c).
- 670 In der „*Bendectin*“-Entscheidung errechnete Richter *Rubin*, dass es, würde er alle 1110 zusammengefassten Klagen einzeln beurteilen, zu einer Gesamtverfahrensdauer von 182 Jahren kommen würde (vgl.: *Sanders*, in: 43 Hastings L. J. (1992) 301, 363).
- 671 *Eichholtz*, Die US-amerikanische Class Action und ihre deutschen

- Funktionsäquivalente, S. 215.
- 672 Vogel, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 228.
- 673 Siehe hierzu exemplarisch das Schadensersatzbegehren der ÖBB im Fall Kone. Die ÖBB machte als Kartellgeschädigte Schadensersatzansprüche in einer Gesamthöhe von ca. 8 Millionen Euro geltend. Der Schaden, den die ÖBB erlitt, weil sie an Nichtkartellanten überhöhte Preise zahlte, da diese im Windschatten des Kartells ihre Preise angepasst hatten, soll sich auf lediglich 1,8 Millionen Euro belaufen. Die übrigen 6,2 Millionen Euro Schadensersatz verlangte die ÖBB als Direktabnehmerin oder mittelbare Abnehmerin der Kartellanten. Es zeigt sich, dass nur 1,8 Millionen Euro von der ÖBB als Preisschirmklägerin geltend gemacht wurden.
- 674 Zur Sammelklage am Beispiel der CDC-Entscheidung des OLG Düsseldorf ebenso: *Kainer/Persch*, in: WuW 2016. 2, 5.
- 675 Eine umfangreiche Darstellung der Schwächen von Kollektivklagen in den USA findet sich in: *Scholl*, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 163 ff.
- 676 Siehe hierzu oben die Abgrenzung zur „aggregation type of class action“.
- 677 The Law and Economics of Class Actions in Europe - Lessons from America, S. 17, 20; *Scholl*, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 164, 167.
- 678 *Scholl*, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 164; *Eichholtz*, Die US-amerikanische Class Action und ihre deutschen Funktionsäquivalente, S. 173 f.
- 679 BVerfG, Beschluss v. 25.07.2003, Az 2 BvR 1198/03, Orientierungssatz 2b, Rn. 7, 36.
- 680 Dieses Drohmoment mag mit der Absicht geschaffen werden, jemanden zum Vergleichsabschluss zu „zwingen“.
- 681 The Law and Economics of Class Actions in Europe - Lessons from America, S. 317 f.; *Brand*, in: NJW 2012, 1116 mit weiteren Beispielen; Mitteilung Kommission, Abschnitt 2.2.2.
- 682 CDC-Entscheidung des OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.02.2015, VI-U (Kart) 3/14 (sogleich ausführlich besprochen); Das Problem erkennen auch: *Kersting/Preuß*, Gesetzgebungsvorschlag aus der Wissenschaft, Rn. 319.
- 683 Siehe hierzu bspw.: *KAMILEWICZ v. BANK OF BOSTON CORPORATION*, United States Court of Appeals, Seventh Circuit, 1996; siehe auch: 109th Congress Public Law 2, CLASS ACTION FAIRNESS ACT OF 2005, Sec. 2 („Class members often receive little or no benefit from class actions, and are sometimes harmed, such as where unjustified awards are made to certain plaintiffs at the expense of other class members“); The Law and Economics of Class Actions in Europe - Lessons from America, S. 17; *Scholl*, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 164, 167, 170.
- 684 BVerfGE, Beschluss v. 14.06.2007, Az. 2 BvR 2247/06, Rn. 19.
- 685 BVerfGE, Beschluss v. 14.06.2007, Az. 2 BvR 2247/06, Rn. 5.
- 686 BVerfGE, Beschluss v. 14.06.2007, Az. 2 BvR 2247/06, Rn. 5, 9.
- 687 BVerfGE, Beschluss v. 14.06.2007, Az. 2 BvR 2247/06, Rn. 6.

688 Siehe hierzu auch: *Brand*, in: NJW 2012, 1116, 1117.
689 BVerfGE, Beschluss v. 14.06.2007, Az. 2 BvR 2247/06, Rn. 22, 28.
690 OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.02.2015, VI-U(Kart) 3/14.
691 Zum Problem der Abtretung an die Inkassogesellschaft siehe: *Vogel*, Kollektiver
Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 154 ff.
692 OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.02.2015, VI-U(Kart) 3/14, 3. Leitsatz.
693 OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.02.2015, VI-U(Kart) 3/14, Rn. 64.
694 OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.02.2015, VI-U(Kart) 3/14, Rn. 100.
695 *Kainer/Persch*, in: WuW 2016, 2, 4.
696 *Kainer/Persch*, in: WuW 2016, 2, 7.
697 *Kainer/Persch*, in: WuW 2016, 2, 6.
698 Gemeint ist hier die Verabschiedung der kartellrechtlichen
Schadensersatzrichtlinie (RL) am 10.11.2014.
699 Siehe nur Art. 17 Abs. 2 S. 1 RL (Schadensvermutung), Art. 17 Abs. 1 und 3 RL
(Beweislast und Unterstützung bei Bestimmung des Schadensumfangs) oder Art.
13 RL (Beklagter trägt Beweislast für die Weitergabe des kartellbedingten
Preisauflags).
700 So auch: *Kainer/Persch*, in WuW 2016, 2, 6 für den kollektiven Rechtsschutz.
701 *Brand*, in: NJW 2012, 1116, 1120 betont, dass „unterschiedliche Auffassungen
zur Rechtskultur, zur Rechtspolitik und zum Verfahrensrecht“ Grund für den
„Deutsch-Amerikanischen Justizkonflikt“ seien.; *Scholl*, Kollektiver
Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 159.
702 RL.
703 Dies verwundert insbesondere auch deshalb, weil man sich in einem anderen
Bereich bereits vor einigen Jahren für die Einführung einer kollektiven
Rechtsschutzmöglichkeit entschlossen hat. Richtlinienkonform verabschiedete
der deutsche Gesetzgeber im Oktober 2012 das Gesetz über Musterverfahren in
kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten (Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz –
KapMuG). Es ermöglicht kapitalmarktrechtlich Geschädigten eine
Schadenbündelung und gemeinsame gerichtliche Geltendmachung. Die
Integrierung einer Sammelklage in das deutsche Recht wurde also bereits
gewagt. Weshalb man diesen Schritt nun nicht auch im Wettbewerbsrecht
gewagt hat, bleibt unklar.
704 Auch *Jaschke*, Der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch, S. 258 f. lehnt
neue Formen des kollektiven Rechtsschutzes für das deutsche Recht aus
Gründen der Rechtseinheit ab. So auch: *Hess*, in: WuW 2010, 493, 502.
705 Für mögliche Kollektivierungsvarianten in Deutschland siehe: *Eichholtz*, Die
US-amerikanische Class Action und ihre deutschen Funktionsäquivalente, S.
225 ff. oder auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.02.2015, Az. VI-U (Kart) 3/14, U
(Kart) 3/14, Rn. 100 ff.
706 Siehe Kapitel IV. 3. e) (3) (c); Auch *Kersting/Preuß*, Gesetzgebungsvorschlag
aus der Wissenschaft, Rn. 315 betonen, dass sich die prozessrechtlichen Lücken

- „nicht durch eine vorsichtige Weiterentwicklung oder Ergänzung des allgemeinen, auch für Kartellschadensersatzprozesse geltenden Zivilprozessrechts schließen“ lassen. So auch: *Scholl*, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 159.
- 707 Dort herrscht das sog. „opt-out“-Prinzip vor. (s.o.).
- 708 Empfehlung Kommission, Rn. 21-23; Die Kommission will ein Ausscheiden aus der Klagepartei nur dann zulassen, wenn die Voraussetzung für die Rücknahme einer Individualklage vorliegen.; *Hempel*, NZKart 2013, 494, 499; Mitteilung Kommission, Abschnitt 2.1. und 2.3.; *Kersting/Preuß*, Gesetzgebungsvorschlag aus der Wissenschaft, Rn. 59.
- 709 Nach der Definition der Kommission sind Vertreterklagen „Klagen, die von einer Vertreterorganisation, einer ad hoc zugelassenen Einrichtung oder einer Behörde im Namen und für Rechnung von zwei oder mehr als zwei natürlichen oder juristischen Personen erhoben werden, die geltend machen, bei einem Masseschadensereignis geschädigt worden zu sein oder der Gefahr einer Schädigung ausgesetzt gewesen zu sein, wobei die Personen nicht Partei des Verfahrens sind.“ (siehe: Empfehlung Kommission, Rn. 3d.).
- 710 Empfehlung Kommission, Rn. 4; auch *Kersting/Preuß*, Gesetzgebungsvorschlag aus der Wissenschaft, Rn. 319 halten einen vermögenslosen Prozesstandschafter für eine unbillige Benachteiligung des Gegners; siehe auch: CDC-Entscheidung des OLG Düsseldorf, Ur. v. 18.02.2015, VIU (Kart) 3/14.
- 711 Der Grundsatz der Unterliegenshaftung ist geregelt in § 91 ZPO.
- 712 Mitteilung Kommission, Abschnitt 2.3.; Empfehlung Kommission, Rn. 13.
- 713 Weiterreichende Ausführungen und inhaltliche Konkretisierungen bzgl. der Ausgestaltung eines kollektiven Rechtsschutzsystems können an dieser Stelle nicht erwartet werden. Für eine ausführliche Besprechung des Themas siehe bspw.: *Kersting/Preuß*, Gesetzgebungsvorschlag aus der Wissenschaft, Rn. 313 ff. oder *Hempel*, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 311 ff.
- 714 RL-V.
- 715 Begründung 1.2. RL-V.
- 716 Begründung 1.2. RL-V.
- 717 Stellungnahme EWSA, Rn. 1.2.1; 3.1; 5.2.
- 718 Stellungnahme EWSA, Rn. 1.2.2; 4.1.2; 4.6.2.
- 719 Stellungnahme EWSA, Rn. 2.1.2; 3.4.
- 720 Stellungnahme EWSA, Rn. 1.3.2; 3.3; 3.4.
- 721 Standpunkt Parlament; siehe hierzu auch: *Kersting*, in: WuW 2014, 564.
- 722 Auf detaillierte Ausführungen zu den einzelnen Ergänzungen und Änderungen wird an dieser Stelle bewusst verzichtet. Sie wären für die folgende inhaltliche Auseinandersetzung nicht nur nicht weiterführend, sondern würden auch keinen - die Rolle von Preisschirmgeschädigten betreffenden - Erkenntnisgewinn bringen. Für einen umfassenden Überblick siehe: Standpunkt Parlament.
- 723 Die Richtlinie muss bis zum 27. Dezember 2016 in nationales Recht umgesetzt

- werden.
- 724 Eine ausführliche Darstellung aller der in der Richtlinie enthaltenen Neuerungen kann in dieser Arbeit nicht geleistet werden. Siehe hierzu: *Schweitzer*, in: NZKart 2014, 335; *Stauber/Schaper*, in: NZKart 2014, 346; *Kersting*, in: WuW 2014, 564; *Gussone/Schreiber*, in: WuW 2013, 1040 (noch zum Richtlinienentwurf).
- 725 Art. 1 Abs. 1 RL.
- 726 Art. 3 RL.
- 727 Art. 4 RL; Begründungserwägung 11 RL; Zu den Grenzen der mitgliedstaatlichen Ausgestaltung und den Voraussetzungen des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes siehe: *Jaschke*, Der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch, S. 92 ff.
- 728 Art. 1 Abs. 2 RL; Begründungserwägung 6 RL.
- 729 RL.
- 730 Art. 5, 6 und 7 RL.
- 731 Art. 9 RL.
- 732 Art. 10 RL.
- 733 Art. 11 RL.
- 734 Art. 12-16 RL.
- 735 Art. 17 RL.
- 736 Art. 5 Abs. 1 S. 1 RL bzw. § 33g Abs. 1 RegE. 9. GWB-Novelle.
- 737 Art. 9 Abs. 1 RL bzw. § 33b RegE. 9. GWB-Novelle.
- 738 Art. 14 Abs. 2 S. 1 RL bzw. § 33c Abs. 2 RegE. 9. GWB-Novelle.
- 739 Art. 17 Abs. 2 S. 1 RL bzw. § 33a Abs. 2 S. 1 RegE. 9. GWB-Novelle.
- 740 Art. 11 Abs. 4 RL bzw. § 33e Abs. 1 RegE. 9. GWB-Novelle.
- 741 Art. 6 Abs. 6 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 RL.
- 742 Siehe hierzu ausführlich Kapitel VI. 2. d).
- 743 Ob diese Entwicklungen tatsächlich auch zu Fortschritten führen, zweifelt *Sirakova*, in: NZKart 2014, 466, 469 an.
- 744 Herr Dr. Jungbluth informierte über die Richtlinie und die auf Deutschland zukommenden Veränderungen auf einem Kartellrechtsforum in Düsseldorf im März 2015.
- 745 So auch noch auf dem Forum Unternehmensrecht vom 22.02.2016 in Düsseldorf. Siehe: *Pipoh*, in: NZKart 2016, 226.
- 746 Wie der Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Neunten GWB-Novelle zeigt, erwies sich Herr Dr. Jungbluths Ankündigung als korrekt, vgl. RegE. 9. GWB-Novelle BT-Drucks. 606/16.
- 747 *Haus/Serafimova*, in: BB 2014, 2883.
- 748 Ebenso kritisch: Erklärung Delegation; *Schmidt*, in: NZKart 2016, 126, 127 f.
- 749 EuGH, Urt. v. 05.06.2014 - Rs. C-557/12 – „Kone“.
- 750 So auch: *Hartmann-Rüppel/Schrader*, in: ZWeR 2014, 300, 308 f.
- 751 RL, Art. 1 Abs. 1.

- 752 EuGH, Urt. v. 20.09.2001 - Rs C-453/99, Slg. 2001, I-06297 = WuW 2001, 1121 - „*Courage und Crehan*“.
- 753 EuGH, Urt. v. 13.07.2006 - Rs. C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-6619 - „*Manfredi*“.
- 754 Auch *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 91/92 schlussfolgern entsprechend: „Darüber hinaus postuliert die EU in Art 1 Abs. 1 Rili, dass „jeder“, der einen Schaden durch die Verletzung der EU-Wettbewerbsregeln erlitten hat, Ersatz verlangen kann. In ihrer Mitteilung zur Ermittlung des Schadensumfangs schreibt die EU-Kommission, „jede Person kann Ersatz für erlittene Schäden fordern, sofern ein ursächlicher Zusammenhang zwischen diesem Schaden und wettbewerbswidrigen Absprachen oder Praktiken besteht.“ Auch diese Voraussetzung erfüllt das geltende GWB unter Zugrundelegung der Rspr. des BGH, wonach auch indirekte Kunden aktivlegitimiert sind, soweit sie einen Schaden nachweisen“.
- 755 Selbiges gilt für Art. 11 Abs. 6 RL: Danach gewährleisten die Mitgliedstaaten, „dass, soweit die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht anderen Geschädigten als den unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten der Rechtsverletzer ein Schaden entstanden ist, der Ausgleichsbetrag eines Kronzeugen gegenüber den anderen Rechtsverletzern anhand seiner relativen Verantwortung für diesen Schaden bestimmt wird“.
- 756 *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 416.
- 757 *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 416.
- 758 *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 416.
- 759 *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 416.
- 760 *Spangler*, in: NZBau 2015, 149, 151.
- 761 Auch erscheint es möglich, dass Art. 11 Abs. 4 lit. a) und b) zwischen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern des Kronzeugen und denen der anderen Kartelltäter differenziert.
- 762 Ebenso unzufrieden zeigen sich: *Makatsch/Mir*, in: EuZW 2015, 7 ff.
- 763 Erklärung Delegation; Die Delegationen kritisierten insbesondere die Einschränkungen zum Grundsatz der gesamtschuldnerischen Haftung und die - aufgrund der unterschiedlichen Begriffsbestimmungen für kleine und mittlere Unternehmen - in den einzelnen Mitgliedstaaten drohende Rechtsunsicherheit.
- 764 Zu den Umsetzungsmöglichkeiten siehe Kapitel VI. 2. b) und d).
- 765 RegE. 9. GWB-Novelle BT-Drucks. 606/16.
- 766 Andere, sicherlich nicht minder interessante Aspekte der Richtlinie, können überblicksartig bei *Gussone/Schreiber*, in: WuW 2013, 1040 nachgelesen werden. Eine umfassende Auseinandersetzung auch mit diesen Themen kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein. Siehe auch: *Stauber/Schaper*, in: NZKart 2014, 346; *Kersting*, in: WuW 2014, 564; *Vollrath*, in: NZKart 2013, 434.
- 767 Zum Konzept der Mindestharmonisierung, siehe: *Jäger*, Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht, S. 37 ff.
- 768 Bei Richtlinien, die (auch) das Allgemeininteresse schützen, kann - anders als im

Privatrecht - von einem „Mehr“ oder „Weniger“ gesprochen werden. Siehe hierzu: *Jäger*, Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht, S. 41.

769 Siehe insoweit die „Präambel“ des RegE. 9. GWB-Novelle BT-Drucks. 606/16: „...Die kartellrechtliche Praxis hat gezeigt, dass die effektive Rechtsdurchsetzung gegenüber Unternehmen durch Defizite des nationalen Regelungsrahmens bei der Rechtsnachfolge sowie bei Konzernstrukturen erheblich beeinträchtigt wird. So ist zu beobachten, dass Unternehmen zunehmend versuchen, kartellrechtliche Geldbußen in Millionenhöhe durch Vermögensverschiebungen und Umstrukturierungen zu vermeiden. Diese Umgehungsmöglichkeiten haben zur Folge, dass Kartellverstöße von Unternehmen, die sich maßgeblich an schwerwiegenden Kartellrechtsdelikten mit besonders hoher Sozialschädlichkeit beteiligt haben, nicht oder nur unzureichend geahndet werden können. Daher ist eine Anpassung im GWB erforderlich. (...) Die Umsetzung der Richtlinie wird dazu beitragen, dass Unternehmen und Verbraucher effektiver Schadensersatzansprüche durchsetzen können, wenn sie durch einen Kartellverstoß geschädigt wurden. Die Einführung einer unternehmensbezogenen Sanktion stellt sicher, dass Kartellrechtsverstöße ebenso effektiv und nachhaltig verfolgt werden können wie in den Verfahren der Europäischen Kommission. Dadurch wird wirksam verhindert, dass Unternehmen kartellrechtliche Geldbußen in Millionenhöhe durch nachträgliche Vermögensverschiebungen und Umstrukturierungen vereiteln.“

770 Seine Einschätzung teilte Herr Dr. Jungbluth dem Publikum auf einem Kartellrechtsforum in Düsseldorf im März 2015 mit.

771 Ob der deutsche Gesetzgeber dabei insbesondere die Problematik der Preisschirmklagen in den Vordergrund stellt, schien zunächst fraglich. Mit der Veröffentlichung des Gesetzesentwurfs wurde nun augenscheinlich, dass sich andere Bereiche der Richtlinie als besonders umfangreich herausstellten, die es primär zu bearbeiten galt. Die Problematik der Preisschirmklagen blieb quasi vollkommen unbeachtet.

772 *Makatsch/Abele*, in: WuW 2015, 461 sahen die Attraktivität Deutschlands als Gerichtsstandort zuletzt in Gefahr. Sie bemängelten die extreme Verfahrensdauer, das hohe Kostenrisiko und die zahlreichen Unklarheiten bezüglich der Verjährung entsprechender Schadensersatzansprüche.; Ein aufgrund der unterschiedlichen Attraktivität verschiedener Gerichtsstandorte drohendes „forum-shopping“ möchte auch GA *Kokott* verhindern, siehe hierzu: Schlussanträge Generalanwältin, Rn. 29 f.; siehe hierzu auch: *Weitbrecht*, in: WuW 2015, 959, 961 („Die Umsetzung der EUSchadensersatzrichtlinie eröffnet die Chance, auf einem immer wichtiger werdenden Teilgebiet den Rechts- und Justizstandort Deutschland im internationalen Vergleich zu stärken und neuartige Lösungen zu erproben.“).

773 Siehe RegE. 9. GWB-Novelle BT-Drucks. 606/16.

774 Zu den einzelnen Problemen siehe auch: *Berrisch/Burianski*, in: WuW 2005, 878, 881 ff.; *Galle*, in: NZKart 2016, 214.

775 Siehe hierzu nur: EG 45 RL.

776 *Sirakova*, in: NZKart 2015, 466, 469; *Galle*, in: NZKart 2016, 214.

777 Welche Voraussetzung für einen Rückgriff auf das prozessrechtliche Instrument der richterlichen Schadensschätzung gem. § 287 ZPO vorliegen müssen, wurde in Kapitel IV. 5. a) dargelegt.

778 Zum Verhältnis von § 33 GWB und § 287 ZPO siehe auch: *Jaschke*, Der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch. S. 226 ff.

779 Vgl. BGH, Urteil v. 17.06.1992 - I ZR 107/90, NJW 1992, 2753 - 4. Leitsatz (1. Halbsatz); *Prütting*, in: MüKo ZPO, § 287 Rn. 14; *Foerste*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 287 Rn. 7, 8.

780 RL.

781 Begründungserwägung 3 RL.

782 Siehe Kapitel II: Offenlegung von Beweismitteln (Art. 5-8 RL).

783 Grundsätzlich würden auch andere Regelungen der Richtlinie besondere Aufmerksamkeit verdienen. Für die Frage der Schadensgeltendmachung, namentlich die Frage betreffend, ob und inwieweit sich das Problem der Beweislast lösen wird, ist Art. 17 RL jedoch besonders bedeutsam und nimmt insoweit eine exponierte Stellung ein.

784 Art. 17 Abs. 1 S. 1 RL.

785 In seinem Regierungsentwurf zur Neunten GWB-Novelle setzte der deutsche Gesetzgeber Art. 17 Abs. 2 RL wie folgt um: § 33a Abs. 2 GWB lautet: „Es wird widerleglich vermutet, dass ein Kartell einen Schaden verursacht.“

786 Unglücklicherweise verhält es sich mit dem neuen § 33a im Regierungsentwurf zur Neunten GWB-Novelle entsprechend.

787 „Es wird vermutet, dass Zuwiderhandlungen in Form von Kartellen einen Schaden verursachen.“ (Art. 17 Abs. 2 S. 1 RL).

788 Zu Letztgenanntem siehe Kapitel VI. 1. c).

789 *Jäger*, Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht, S. 41 ff.

790 Begründungserwägung 46 RL.

791 Bedauerlicherweise geht der Wortlaut des deutschen Gesetzesentwurfs nicht über den der Richtlinie hinaus, sodass auch insofern keine positive Veränderung zu erwarten ist. (vgl. § 33a RegE. 9. GWB-Novelle BT-Drucks. 606/16).

792 Den für diese Vermutung erforderlichen Erfahrungssatz sehen sowohl Teile der Literatur (vgl.: *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 331 f.; *Logemann*, Der kartellrechtliche Schadensersatz, S. 455 f.) als auch Teile der Rechtsprechung vorliegen (vgl. bspw.: OLG Karlsruhe, Urt. v. 31.07.2013 - 6 U 51/52, Rn. 57: „Dies bedeutet, dass selbst der Preis des am Kartell nicht beteiligten weiteren Bieters ... kartellbedingt höher lag, als er ohne das Quotenkartell gelegen hätte. Denn auch dessen Angebot und dessen Kalkulation wird sich regelmäßig nicht allein an den eigenen Kosten, sondern auch daran orientiert haben, welcher Preis am Markt zu erzielen ist. Da jedoch das Preisgefüge insgesamt höher lag, als es ohne das Quotenkartell gelegen hätte,

- war selbst der Preis des nicht beteiligten Bieters von dem Kartell beeinflusst.“).
- 793 Dieses Bestreben lässt sich u.a. Erwägungsgrund 11, Standpunkt Parlament, entnehmen.; nach Ansicht des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses stellte der „Anspruch auf Ersatz des gesamten durch wettbewerbswidrige Praktiken entstandene Schaden ein Grundrecht“ dar (siehe Stellungnahme EWSA Rn. 1.3.2.); Vollrath, in: NZKart 2013, 434, 441.
- 794 Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker GWB, § 33 Rn. 83; Prütting, in: MüKo ZPO, § 287 Rn. 9 f., 14.
- 795 Zum Streitstand siehe: Prütting, in: MüKo ZPO, § 287 Rn. 9 ff.
- 796 Diese, sowie nachfolgende Ausführungen gelten gleichermaßen für § 33a Abs. 2 RegE. 9. GWBNovelle BT-Drucks. 606/16.
- 797 Hinweis: Das Heranziehen eines Anscheinsbeweises erfolgte bislang ausschließlich bei solchen Sachverhalten, denen ein Hardcore-Kartell zu Grunde lag. Andere kartellrechtliche Sachverhalten unterlagen den üblichen - bislang strittigen - Beweisanforderungen. Zur Anwendung des Anscheinsbeweises siehe: LG Berlin, Urt. v. 16.12.2014, 16 O 384/13, WuW 2015, 1271; BGH, Urt. v. 28.06.2005, KRB 2/05, NJW 2006, 163, 164 f. („Berliner Transportbeton I“); KG, Urt. v. 01.10.2009, 2 U 10/03, WuW/E DE-R 2773, 2777 („Berliner Transportbeton II“); BGH, Urt. v. 19.06.2007, KRB 12/07, NJW 2007, 3792, 3794, Rn. 18 („Selbstdurchschreibepapier“); OLG Karlsruhe, Urt. v. 31.07.2013, 6 U 51/12, NZKart 2014, 366, 367 („Löschfahrzeuge“).
- 798 Stadthaus/Wiedeck, in: WuW 2017, 43.
- 799 Lahme, Die Eignung des Zivilverfahrens zur Durchsetzung des Kartellrechts, S. 222 f.
- 800 BGHZ 160, 308 = NJW 2004, 3623, 3624.
- 801 Prütting, in: MüKo ZPO, § 286 Rn. 65.
- 802 Beschorner/Hüschelrath, in: Möschel/Bien, Kartellrechtsdurchsetzung durch privaten Rechtsschutz, S. 12; Inderst/Thomas, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 307.
- 803 „Einfach“ meint hier die oben vorgestellte Schadensvermutung, wonach vermutet wird, dass wettbewerbswidrige Absprachen, namentlich Hardcore-Kartelle, nicht nur unmittelbare oder mittelbare Kartellschäden, sondern auch Preisschirmschäden verursachen.
- 804 Es geht um die Frage, „ob“ ein Schaden überhaupt vermutet werden soll.
- 805 Dass nicht nur das Entstehen eines Schadens, sondern auch der eines Preisschirmschadens vermutet wird, ist als Auslegungsergebnis des Verfassers zu verstehen. Ob tatsächlich eine Umsetzung der Richtlinie erfolgt, die eine derartige Auslegung erlaubt, kann zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht mit abschließender Sicherheit gesagt werden. Der Gesetzesentwurf zur Neunten GWB-Novelle scheint diesen Weg nicht geebnet zu haben.
- 806 Zu den einzelnen von der Schadensvermutung ausgehenden Beweiserleichterungen, siehe Kapitel VI. 2. b) (2).
- 807 Dies wird auch ausdrücklich in den Erwägungsgründen zum Gesetzesentwurf

- zur Neunten GWB-Novelle klargestellt (vgl. EG zu § 33a, S. 57 des RegE. 9. GWB-Novelle BT-Drucks. 606/16).
- 808 *Bornkamm*, in: Langen/Bunte, KartellR, Bd. I, § 33 Rn. 155; siehe auch: *Prütting*, in: MüKo ZPO, § 286 Rn. 129, der den Vorrang des § 286 ZPO als „abweichen von der Grundregel“ beschreibt.
- 809 *Prütting*, in: MüKo ZPO, § 286 Rn. 35 ff.
- 810 *Foerste*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 286 Rn. 19.
- 811 *Foerste*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 286 Rn. 18; BGHZ 53, 245, 255 f. = NJW 1970, 946.
- 812 *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 138 ff.
- 813 *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 103; *Logemann*, Der kartellrechtliche Schadensersatz, S. 457 f.
- 814 *Prütting*, in: MüKo ZPO, § 287 Rn. 1; zum Verhältnis zwischen § 286 und § 287 ZPO siehe: *Stoll*, Die dreifache Schadensberechnung im Wettbewerbs- und Markenrecht als Anwendungsfall des allgemeinen Schadensrechts, S. 154-161.
- 815 BVerfG, Urt. v. 08.12.2009, NJW 2010, 1870, 1871 „Die Norm soll in erster Linie den Geschädigten entlasten, das Gericht hingegen nur bedingt. (vgl.: *BGH*, NJW-RR 2002, 1072, 1073; *Foerste*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 287 Rn. 6); Für eine Schätzung ist deshalb dann kein Raum, wenn das Fachgericht den Schaden ohne Schwierigkeiten exakt berechnen kann.“ (ähnlich: *Foerste*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 287 Rn. 6).
- 816 Eine ausführliche Schilderung des § 287 ZPO erfolgte bereits in Kapitel IV. 5. a).
- 817 *Prütting*, in: MüKo ZPO, § 287 Rn. 17.
- 818 *Prütting*, in: MüKo ZPO, § 287 Rn. 1.
- 819 BGHZ 91, 243, 256 f. = NJW 1984, 2216; BGH NJW 1995, 1023, 1024; BGH NJW 2013, 525 Rn. 23.
- 820 BGH, Urteil v. 17.06.1992 - I ZR 107/90, NJW 1992, 2753 - 4. Leitsatz.
- 821 Siehe hierzu die ausführliche Schilderung in Kapitel VI. 2. a).
- 822 Wie bereits oben besprochen, wird die Schadensvermutung insbesondere bei der Frage der Schadensverursachung Rechtsklarheit bringen. Die bislang nicht höchstrichterlich geklärte Frage, namentlich ob der Schadensnachweis (das „Ob“ des Schadens) dem Strengbeweis des § 286 ZPO unterliegt oder anhand der Anforderungen des § 287 ZPO zu messen ist, wird mit Einführung der Schadensvermutung ihre Relevanz verlieren. Gleichzeitig erhöhen sich die Beweisanforderungen der Gegenseite. Während es bislang genügte, die Überzeugung des Gerichts zu erschüttern, wird es nun eines Gegenbeweises mit der Qualität eines Vollbeweises bedürfen, um die von der Beklagtenseite geltend gemachte Schadenshöhe zu widerlegen. (Für eine ausführliche Erläuterung siehe Kapitel VI. 2. b) (2)).
- 823 Vgl. BGH, Urt. v. 17.06.1992 - I ZR 107/90, NJW 1992, 2753 - 4. Leitsatz (1. Halbsatz); *Prütting*, in: MüKo ZPO, § 287 Rn. 14; *Foerste*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 287 Rn. 7, 8.

- 824 Nachfolgende Überlegungen gelten für den neuen § 33a Abs. 2 GWB des Gesetzesentwurfs zur Neunten GWB-Novelle gleichermaßen.
- 825 BGH, Urt. v. 17.06.1992 - I ZR 107/90, NJW 1992, 2753.
- 826 Siehe nur Erwägungsgrund 47 der Richtlinie.
- 827 EuGH, Urt. v. 10.04.1984 - Slg. 1984, 1891 Rz. 26.
- 828 EuGH, Urt. v. 13.11.1990 - Slg. 1990, I - 4135, Rz. 8.
- 829 Schlussanträge des Generalanwalts Walter Van Gerven vom 12.07.1990, Slg. 1990, I - 4144 Rz. 9.
- 830 Schlussanträge des Generalanwalts *Walter Van Gerven* vom 12.07.1990, Slg. 1990, I - 4144 Rz. 9.
- 831 So auch: *Brandner*, Die überschießende Umsetzung von Richtlinien, S. 93.
- 832 *Foerste*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 287 Rn. 7.
- 833 BGH NJW 2009, 1591, 1592.
- 834 *Rauh/Zuchandke/Reddemann*, in: WRP 2012, 173, 176.
- 835 RegE. 9. GWB-Novelle BT-Drucks. 606/16.
- 836 Siehe hierzu Kapitel VI. 2. b) (2).
- 837 Dies scheint vorliegend nicht geschehen. Der Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (RegE. 9. GWB-Novelle BT-Drucks. 606/16) enthält - jedenfalls im Hinblick auf das zuletzt erörterte Problem - keine über den originären Richtlinien text hinausgehende Umsetzung. Ob sich dies „in letzter Sekunde“ noch ändern wird, bleibt abzuwarten.
- 838 Eine solche Erweiterung diskutieren: *Rauh/Zuchandke/Reddemann*, in: WRP 2012, 173, 182 f.; auch *Kersting/Preuß*, Gesetzgebungsvorschlag aus der Wissenschaft, Rn. 59 halten die Anordnung einer konkreten Vermutensregelung „im Interesse einer effizienten Kartellrechtsdurchsetzung, insbesondere einer dem Effektivitätsgrundsatz entsprechenden Möglichkeit, privat Schadensersatz zu erlangen“ für geboten.
- 839 Erwägungsgrund 6, RL.
- 840 *Lübbig*, in: MüKo GWB, § 33 Rn. 9 ff.
- 841 Satz 3 des Erwägungsgrundes 47 nimmt auf die allgemeine, ebenfalls in der Richtlinie niedergelegte Vermutung Bezug, wonach Zuwiderhandlungen in Form von Kartellen einen Schaden verursachen.
- 842 *Behrens*, in: Everling/Wulf, Mindestharmonisierung im Europäischen Binnenmarkt, S. 33 ff.; *Jäger*, Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht, S. 37 f.; *Wagner*, Das Konzept der Mindestharmonisierung, S. 53.
- 843 Bei einem derartigen Verständnis käme das Ergebnis den Auswirkungen einer angestrebten Maximal-Harmonisierung gleich.
- 844 Begründungserwägung 47 S. 3 RL.
- 845 *Schmidt*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 306; *Will*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 106; *Uerpmann-Witzack*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, Rn. 153.

846 BGH, EuZW 2005, 156, 158 f.; *Schmidt-Räntsch*, in: Riesenhuber, Europäische
Methodenlehre, § 23 Rn. 90.

847 *Hobe*, Europarecht, Rn. 433; *Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der
Europäischen Union, Rn. 548 ff. spricht stets von einem einheitlichen
„Rechtsakt“; *Köndgen*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, § 6 Rn. 48.

848 EuGH, Urt. v. 19.11.2009 - Verb. Rs. C 402/07 und C-432/07 - „*Sturgeon*“, Slg.
2009, I-10923 Rn. 41-44.

849 *Stotz*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, § 22 Rn. 17.

850 Zu demselben Ergebnis gelangt auch: *Brömmelmeyer*, in: NZKart 2016, 2, 8.

851 *Köndgen*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, § 6 Rn. 49.

852 *Köndgen*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, § 6 Rn. 49.

853 Begründung 1.2. RL-V.

854 *Brandner*, Die überschießende Umsetzung von Richtlinie, S. 95; die Herleitung
der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung lässt sich nach anderer Ansicht
auch aus Art. 4 Abs. 3 EUV herleiten.

855 *Kersting/Preuß*, Gesetzgebungsvorschlag aus der Wissenschaft, Rn. 59.

856 Persönliches Schreiben Dr. Andreas Schwab.

857 Persönliches Schreiben Dr. Andreas Schwab.

858 Persönliches Schreiben Dr. Andreas Schwab.

859 Persönliches Schreiben Dr. Andreas Schwab.

860 Dies ist die Einschätzung des europäischen Gesetzgebers. Ob es durch die
Erweiterung der Schadensvermutung tatsächlich zu einer übergebührenden
Privilegierung der Klägerseite käme, sei an dieser Stelle dahingestellt. Eine
ausführliche Auseinandersetzung hierzu folgt im Kapitel VI. 2. e).

861 Grund hierfür mag ein bereits fortschrittlich entwickelter privater Rechtsschutz
oder die Furcht vor einer einseitigen Überprivilegierung sein.

862 Die Schadensvermutung gilt nur für Kartelle im Sinne von Art. 2 Nr. 14 RL.

863 Dieser Ansicht ist auch: *Mederer*, in: EuZW 2013, 847, 851.

864 Richtlinienvorschlag, Version 24.10.2013.

865 Richtlinienvorschlag, Version 08.11.2013.

866 Persönliches Schreiben Dr. Andreas Schwab.

867 Auch an dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass es für die Bedeutung des
gesetzgeberischen Willens unerheblich ist, dass dieser Niederschlag allein in
einem Erwägungsgrund gefunden hat. Siehe: *Köndgen*, in: Riesenhuber:
Europäische Methodenlehre, § 6 Rn. 49.

868 Eine systematische Auslegung wurde ganz bewusst unterlassen. Das im
Mittelpunkt der Analyse stehende Problem weist einen zu speziellen Charakter
auf, als dass erkenntnisbringende Rückschlüsse aus umliegenden Normen hätten
gezogen werden können.

869 RegE. 9. GWB-Novelle BT-Drucks. 606/16.

870 *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 103.

871 So auch: *Brömmelmeyer*, in: NZKart 2016, 2, 8.

- 872 RegE. 9. GWB-Novelle BT-Drucks. 606/16.
- 873 Diese Frage scheint auch der deutsche Gesetzgeber noch nicht abschließend beantwortet zu haben, vgl.: *Schmidt*, in: NZKart 2016, 126.
- 874 „(...) Je nach Sachverhalt bedeutet dies, dass das Kartell eine Preiserhöhung verursacht oder eine Preissenkung, die ohne die Zuwiderhandlung eingetreten wäre, verhindert hat. Diese Vermutung sollte nicht die konkrete Höhe des Schadens erfassen. Dem Rechtsverletzer sollte es erlaubt sein, diese Vermutung zu widerlegen. Es ist angebracht, diese widerlegbare Vermutung auf Kartelle zu beschränken, da diese durch ihren geheimen Charakter die genannte Informationsasymmetrie verstärken und es dem Kläger erschweren, die für den Nachweis des Schadens erforderlichen Beweise zu beschaffen.“, Standpunkt Parlament, Begründungserwägung 42.
- 875 Siehe hierzu nur: *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 103, 120; Begründungserwägung 14 und 45 RL.
- 876 *Jaschke*, Der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch, S. 220.
- 877 Zu den eine Schadensersatzklage regelmäßig erschwerenden Informationsasymmetrien: Begründungserwägung 15 RL.
- 878 *Kersting/Preuß*, Gesetzgebungsvorschlag aus der Wissenschaft, Rn. 59.
- 879 Siehe auch Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie, wonach „das Interesse von Unternehmen, Schadensersatzklagen aufgrund von Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht zu vermeiden,“ nicht schutzwürdig ist.
- 880 Siehe hierzu auch: OECD Report, 2002, p. 2: „The worldwide economic harm from cartels is clearly very substantial, although it is difficult to quantify it accurately. Conservatively, it exceeds many billions of U.S. dollars per year. “

- 881 Report on making antitrust damages more effective, p. 95; zum Ausmaß in den
USA siehe: OECD Report, 2002, p. 2.
- 882 *De Coninck*, Quantifying Antitrust Damages in Civil Proceedings: A Pragmatik
Approach, p. 4; Welch positiven Einfluss das Wettbewerbsrecht auf die
gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt hat, zeigt der „Report on making antitrust
damages more effective“, pp. 51 ff.
- 883 *Connor/Lande*, in: American Bar Association, p. 2203.
- 884 *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 103.
- 885 *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S.103.
- 886 *Weitbrecht*, in: WuW 2015, 959, 967; *Brömmelmeyer*, in: NZKart 2016, 2, 7.
- 887 *Pipoh*, in: NZKart 2016, 226.
- 888 Die Einführung einer konkreten Schadensvermutung würde den Gebrauch von
Schadensgutachten weder reduzieren noch in die Höhe treiben.
- 889 Potenziellem Missbrauch kann grundsätzlich jedes Rechtsinstitut ausgesetzt sein.
- 890 Vgl. Art. 17 Abs. 2 S. 1 RL.
- 891 Eine Konkretisierung ist der gesetzlichen Vermutung nicht zu entnehmen.
Gleichwohl ist davon auszugehen, dass der Schaden größer als null ist.
- 892 So auch: *Kersting/Preuß*, Gesetzgebungsvorschlag aus der Wissenschaft, Rn. 56
und 60.
- 893 Diese Befürchtung äußert: *Brömmelmeyer*, in: NZKart 2016, 2, 8.
- 894 *Weitbrecht*, in: WuW 2015, 959, 967 f. nennt ein weiteres, für die
Implementierung einer konkreten Schadensvermutung sprechendes Argument.
Er weist auf die mit einer Schadensersatzklage einhergehenden Kosten hin. Nach
seinen Angaben müsste eine Schadensersatzforderung von mindestens 500.000 €
zur Diskussion stehen, damit sich eine gerichtliche Verfolgung rentiert.
Andernfalls würden die Kosten für ein ökonomisches Gutachten und andere Up-
Front Kosten einer Rechtsverfolgung ihren lohnenden Charakter entziehen. „Für
potenzielle Schadensbeträge unter ca. 500.000 Euro lässt sich der Auftrag der
Richtlinie, wonach weder Beweislast noch Beweismaß für die Ermittlung des
Schadensumfangs die Gewährung von Schadensersatz praktisch unmöglich
machen oder übermäßig erschweren dürfen, möglicherweise nicht anders als mit
einer derartigen Vermutung umsetzen.“ (vgl.: *Weitbrecht*, in: WuW 2015, 959,
967 f.). Dieses Argument vermag jedoch nicht vollkommen zu überzeugen.
Denn wie auch schon *Weitbrecht* selbst erkennt, würde eine konkrete
Schadensvermutung lediglich dafür sorgen, dass Kartellverletzte am Anfang auf
die Begutachtung ihres erlittenen Schadens verzichten könnten. Gleichzeitig
sieht auch er die später eintretende Notwendigkeit, auf ein Bestreiten der
Gegenseite mittels Gegengutachten zu reagieren, sodass es lediglich eine Frage
der Zeit ist, wann ein ökonomisches Gutachten in Auftrag gegeben werden
muss.
- 895 Grünbuch, KOM (2005) 672, S. 4 ff.
- 896 Die in Erwägungsgrund 45 RL geäußerten Bedenken gelten erst Recht für
Schadensersatzklagen von Preisschirmgeschädigten. „Die Quantifizierung eines

Schadens im Rahmen von wettbewerbsrechtlichen Fällen ist in Bezug auf die Sachverhaltsfeststellung und -bewertung sehr aufwändig und erfordert unter Umständen die Anwendung komplexer ökonomischer Modelle. Dies ist häufig sehr kostspielig und bringt für die Kläger Schwierigkeiten mit sich, an die für die Substantivierung ihrer Ansprüche erforderlichen Daten zu gelangen. Die Ermittlung des Schadensumfangs in wettbewerbsrechtlichen Fällen als solche kann daher eine erhebliche Hürde darstellen, die wirksame Schadensersatzansprüche verhindert“.

897 Diese Befürchtung äußern auch: *De Coninck*, Quantifying Antitrust Damages in Civil Proceedings: A Pragmatik Approach, pp. 2 ff. und *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 103.

898 *Connor/Lande*, in: American Bar Association, p. 2203; die Studie von *Connor* und *Lande* ist die wohl in diesem Themenbereich meistzitierte Studie. Viele andere Analysen verarbeiten die dort erarbeiteten Erkenntnisse als Metadaten (Bsp.: Oxera-Studie 2009).

899 *Conner/Lande* untersuchten 674 aufgedeckte Kartelle, die sich in den Jahren 1780 bis 2004 ereignet hatten.

900 *Connor/Lande*, in: American Bar Association, p. 2203.

901 *Connor/Lande*, in: American Bar Association, p. 2203.

902 *Connor/Lande*, in: American Bar Association, p. 2203.

903 *Connor/Lande*, in: American Bar Association, p. 2203; siehe ferner: Oxera Studie 2009, S. 89-92.

904 Grünbuch, KOM (2005) 672.

905 Weißbuch Kommission; siehe hierzu auch: *Weidenbach/Saller*, in: BB 2008, 1020.

906 § 88/C kann abgerufen werden unter: http://www.gvh.hu/en/legal_background/-legislation_in_force/4323_en_legislation_in_force.html.

907 Auch diese Vermutung ist widerlegbar.

908 Für einen ausführlichen Überblick über die ungarische 10 %-Vermutung, siehe: *Nagy*, in: WuW 2010, 902.

909 Auch England dachte über eine vergleichbare Vermutung nach, verwarf diesen Gedanken aber schlussendlich.

910 Als Hardcore-Kartelle werden horizontale Verkäufer-Preiskartelle, Marktaufteilungskartelle und Mengenkartelle bezeichnet. (vgl.: Art. 2 Nr. 14 RL).

911 *Nagy*, in: WuW 2010, 902, 911.

912 *Nagy*, in: WuW 2010, 902, 910 bezeichnet die ungarische Vermutung als „wirklich neuartigen Denkansatz“. „Die neuen Regeln des ungarischen Kartellrechts sind (...) einer der ersten Knospen der Hinwendung zur Europäischen Rechtsentwicklung zur Unterstützung der privaten Verfolgung des Kartellrechts“.

913 Siehe Kapitel VI. 2. e) (2) (b) i).

- 914 Auch *Jüntgen*, Die prozessuale Durchsetzung privater Ansprüche im Kartellrecht, S. 174 ff. steht der Einführung von gesetzlichen Vermutung kritisch gegenüber: „Das Problem besteht darin, Vermutungen zu formulieren, die den Nachweis von Kartellrechtsverstößen erleichtern. Abstraktgenerelle Erfahrungssätze aufzustellen, nach denen sich von bestimmten Verhaltensweisen typischerweise auf einen Kartellrechtsverstoß schließen lässt, ist kaum möglich, ohne die Bewegungsfreiheit von Unternehmen unangemessen einzuschränken“.
- 915 Einen Überblick über empirische Ergebnisse zu Preisaufschlägen von Kartellen findet sich in: *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 94 ff.
- 916 *Rosati/Ellger*, in: Law and Economics 2009, 1 sprechen sich deshalb dafür aus, Schadensberechnungen - wie bisher - einzelfallabhängig vorzunehmen. Sie befürchten, dass mit hohen Strafzahlungen eine Reduzierung der wirtschaftlichen Effizienz einhergeht.
- 917 Die Studie differenziert nicht nach Kartellart. Die Ergebnisse gelten folglich für Preis-, Quoten-, Kunden- und Gebietsabsprachen gleichermaßen.
- 918 Dieser Eindruck spiegelt sich auch in dem von den Autoren errechneten Schadensmittelwert wider. Dieser liege, so *Connor* und *Lande*, bei 20%. (Siehe: *Connor/Lande*, in: American Bar Association, p. 2203; siehe auch: *Rauh/Zuchandke/Reddemann*, in: WRP 2012, 173, 181.).
- 919 An dieser Stelle sei angemerkt, dass auch nachfolgende Untersuchungen stets von Kartellabsprachen in Allgemeinen sprechen. Eine Aufschlüsselung nach Preis-, Quoten-, Kunden- oder Gebietsabsprachen erfolgt nicht.
- 920 *Posner*, Antitrust Law; Oxera Studie 2009, p. 89.
- 921 OECD Report 2002, p. 7, 9.
- 922 *Connor/Bolotova*, in: *International Journal of Industrial Organization*.
- 923 Der Studie lagen insgesamt 283 Kartellabsprachen zu Grunde.
- 924 *Connor/Helmers*, in: The American Antitrust Institute, p. 1.
- 925 *Connor/Helmers*, in: The American Antitrust Institute, p. 21.
- 926 Oxera Studie 2009, Executive summary, p. ix: „In the distribution of cartel overcharges across this adjusted dataset of 114 observations, the overcharge range with the greatest number of observations is 10-20%. Oxera finds that in this dataset the median overcharge is 18% of the cartel price - not far from the 20% found by Connor and Lande“.
- 927 *Boyer/Kotchoni*, The Econometrics of Cartel Overcharges, p. 2.
- 928 Bußgeldleitlinie BKartA.
- 929 Bußgeldleitlinie BKartA, II.2.10.
- 930 Bußgeldleitlinie BKartA, II.2.11.
- 931 British Department for Business Innovation and Skills, Government Response, January 2013.
- 932 British Department for Business Innovation and Skills, Government Response, January 2013, p. 23/24.
- 933 Report on making antitrust damages more effective, p. 95.

- 934 United States Sentencing Guidelines, § 2R1.1., Commentary Application Note 3.
935 Report on making antitrust damages more effective, p. 95; *Ellger*, in: FS
Möschel, S. 198.
- 936 Siehe Kapitel VI. 2. e) (2) (a).
- 937 *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 97, 100.
- 938 *De Coninck*, Quantifying Antitrust Damages in Civil Proceedings: A Pragmatik
Approach, p. 4 f.
- 939 Der exakte Wert beträgt 19,777%. Er spiegelt den Durchschnitt aller oben
zitierten Referenzwerte wider und weist damit eine in der Gesamtheit kaum zu
übertreffende Datenmenge als Auswertungsgrundlage auf. Vgl. hierzu auch:
Weitbrecht, in: WuW 2015, 959, 966. Er sieht es als erwiesen an, dass die
durchschnittliche Overcharge bei Kartellabsprachen 20 % beträgt.
- 940 Auf die Notwendigkeit gegebenenfalls bestimmte Anpassungen vorzunehmen,
wird sogleich eingegangen.
- 941 Auf dem Forum Unternehmensrecht vom 22.02.2016 in Düsseldorf, schien es
so, als würde eine Vermutung hinsichtlich der Annahme eines Mindestschadens
vom deutschen Gesetzgeber voraussichtlich nicht eingeführt werden. (vgl.
Pipoh, in: NZKart 2016, 226, 227).
- 942 Siehe hierzu die Definition des Art. 2 Nr. 14 RL: „Der Ausdruck „Kartell“
bezeichnet eine Absprache oder eine abgestimmte Verhaltensweise zwischen
zwei oder mehr Wettbewerbern zwecks Abstimmung ihres
Wettbewerbsverhaltens auf dem Markt oder Beeinflussung der relevanten
Wettbewerbsparameter durch Verhaltensweisen wie unter anderem die
Festsetzung oder Koordinierung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger
Geschäftsbedingungen, auch im Zusammenhang mit den Rechten des geistigen
Eigentums, die Aufteilung von Produktions- oder Absatzquoten, die Aufteilung
von Märkten und Kunden einschließlich Angebotsabsprachen, Ein- und
Ausfuhrbeschränkungen oder gegen andere Wettbewerber gerichtete
wettbewerbsschädigende Maßnahmen.“
- 943 Die Eingrenzung auf das Horizontalverhältnis betont auch: *Lettl*, in: WRP 2015,
537, 539. Er weist gleichzeitig darauf hin, dass die Begrenzung auf das
Horizontalverhältnis wohl der Einschätzung des Europäischen Gesetzgebers
geschuldet sei, wonach Tathandlungen zwischen Wettbewerbern eine ganz
besondere Gefährlichkeit innewohnt.
- 944 Eine vergleichbare Regelung wird in dem Gesetzgebungsvorschlag von *Kersting*
und *Preuß* vorgeschlagen. Auch sie wollen kartellbedingte Schäden zukünftig
konkret beziffern. Anders als hier vertreten, soll dies jedoch weniger durch eine
Erweiterung der Schadensvermutung erfolgen, als vielmehr durch die
Installation einer Ermessenslenkung im Rahmen des § 287 ZPO geschehen.
Gerichte sollen bei der Schadensschätzung gem. § 287 ZPO von einem Schaden
von mindestens 10% des Wertes der Gegenleistung des Geschädigten ausgehen.
(vgl.: *Kersting/Preuß*, Gesetzgebungsvorschlag aus der Wissenschaft, Rn. 58.)
Trotz dieser dogmatischen Diskrepanz, werden die vom jeweiligen

Rechtsinstitut prognostizierten Resultate vergleichbar sein. Obwohl *Kersting* und *Preuß* diese Lösungsalternative vorschlagen, weisen selbst sie daraufhin, dass man auf längere Sicht erwägen sollte, ob nicht eine echte materiell-rechtliche Vermutung eingeführt werden sollte. (vgl.: *Kersting/Preuß*, Gesetzgebungsvorschlag aus der Wissenschaft, Rn. 66.).

945 Es ist darauf hinzuweisen, dass die konkrete Schadensvermutung zu einer Ungleichbehandlung wettbewerbsrechtlich Zuwiderhandelnder führen könnte. Während nämlich Kartelltäter (Verstoß gegen Art. 101 EUV) mit den für sie negativen Auswirkungen der konkreten Schadensvermutung konfrontiert würden, wäre die Regelungswirkung der konkreten Schadensvermutung bei Verstößen gegen Art. 102 AEUV nicht von Bedeutung. Die Unterscheidung zwischen Zuwiderhandlungen nach Art. 101 AEUV und Verstößen gegen Art. 102 AEUV wäre deshalb folgenreich, schließlich wäre die konkrete Schadensvermutung nur auf erstgenannte Sachverhalte anwendbar.

Diese Divergenz wurde bemerkt, allerdings - bewusst - nicht weiter untersucht. Eine dahingehende thematische Auseinandersetzung hätte der Konturenschärfe des Dissertationsthemas geschadet.

946 Bereits an dieser Stelle sei angemerkt, dass die Vermutung ebenso für Preisschirmgeschädigte prozessrechtliche Erleichterungen bereithält. (Siehe sogleich).

947 *Napel/Oldehaver*, in: NZKart 2015, 135, 137.

948 Es wäre undenkbar, dass eine konkrete Schadensvermutung bereits im Vorfeld alle schadensbeeinflussenden Variablen berücksichtigt.

949 Reichen Erstabnehmer ihre Schäden beispielsweise an ihre eigenen Kunden weiter (passing-on), so erleiden Erstgenannte einen deutlich unter dem kartellbedingten Preisaufschlag liegenden Schaden. Das Weiterreichen des Preisanstiegs hängt häufig (und dies begrenzt die Anzahl der passing-on-Fälle) von der Dauer des Kartells ab. (vgl.: *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 250) Namentlich kurzzeitige Preisanstiege können oftmals nicht an nachgelagerte Abnehmer durchgereicht werden, da Direktkunden von Kartellanten mit ihren eigenen Abnehmern langfristige Lieferbeziehungen vereinbart haben, die eine kurzfristige Preisanpassung aufgrund fehlender cost-plus-Verträge oder entsprechender Preisanpassungsklauseln nicht erlauben. Sollte ein Weiterreichen des erlittenen Schadens hingegen möglich gewesen sein, werden die Beklagten vortragen, dass die gesetzlich vermutete Schadenshöhe im konkreten Einzelfall zu hoch und entsprechend anzupassen ist. (Hinweis: Eine ausführliche Auseinandersetzung mit der passing-on-Problematik kann in dieser Arbeit nicht erbracht werden. Es ist ein grundlegendes Problem der kartellrechtlichen Schadensersatzdogmatik, dessen Ausarbeitung nicht auf dieses Thema zugeschnitten ist.).

950 Mengeneffekte und entgangene Gewinne können dafür sorgen, dass der tatsächlich erlittene Schaden über dem kartellbedingten Preisaufschlag liegt.

951 „Wird ein Anspruch nach Abs. 3 auf eine verbotene Abstimmung unter

Wettbewerbern gestützt, so wird vermutet, dass die Preissetzung der Kartellbeteiligten (bekannt) 120% des Wettbewerbspreises (unbekannt) beträgt.“ Siehe hierzu schon Kapitel VI. 2. e) (2) (b) iv).

952 Man schließt von der bekannten auf die unbekannt Variable.

953 *Coppik/Haucap*, in: WuW 2016, 50 m.w.N.

954 Grünbuch, S. 10 f.; Begründungserwägung 26, 38 RL; *Schweitzer*, in: NZKart 2014, 335, 341; *Weitbrecht*, in: WuW 2015, 959, 960; *Bien*, in: NZKart 2013, 481.

955 *Weitbrecht*, in: WuW 2015, 959, 964 geht sogar davon aus, dass - sollte das Totalverbot in Bezug auf die Offenlegung von Kronzeugenerklärungen nicht entsprechend umgesetzt werden - wenn nicht ein Vertragsverletzungsverfahren dann jedenfalls mehrere Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 267 AEUV droht bzw. drohen.

956 RL.

957 Siehe: Begründungserwägung 26, 38 RL; Art. 6 Abs. 6 und Art. 11 Abs. 4 RL; derselben Meinung sind: *Weitbrecht*, in: WuW 2015, 959, 960 und *Schmidt*, in: NZKart 2016, 126, 128.

958 Von manchen wird bereits dieser Zusammenhang abgelehnt. So betonte beispielsweise *Sir Peter Roth* (siehe: High Court of Justice 04.04.2012 - EWHC 1717 (Ch) *National Grid Electricity Transmission Plc v ABB & Others* - Rn. 37), dass drohende private Schadensersatzklagen Kartelltäter wohl kaum davon abhalten werden, mit der Kommission zu kooperieren, wenn gleichzeitig Bußgelder in horrender Höhe zu befürchten sind. Ein derartiges Statement mag für diesen konkreten Einzelfall zutreffen - pauschal betrachtet deuten mittlerweile jedoch eine Vielzahl anderer Fälle - in denen private Schadensersatzklagen eine zu den verhängten Bußgeldern vergleichbare Höhe angekommen haben - in eine andere Richtung. (siehe nur: EuGH, Urt. v. 06.06.2013 - Rs. C-536/11 Rn. 42 - „*Donau Chemie AG*“; EuGH, Urt. v. 14.06.2011 - Rs. C-360/09, Slg. 2011 I 5161 Rn. 25-27 - „*Pfleiderer*“); siehe auch: *Bien*, in: EuZW 2011, 889.

959 *Kühne/Woitz*, in: DB 2015, 1028, 1031.

960 RL.

961 Siehe hierzu ausführlich: *Schweitzer*, in: NZKart 2014, 335, 341 ff.

962 Bisweilen wird die Rechtmäßigkeit dieses pauschalen Ausschlusses angezweifelt. Der europäische Gesetzgeber habe seinen Gestaltungsspielraum überschritten, denn eine „Regel, wonach der Zugang zu jedem Dokument eines wettbewerbsrechtlichen Verfahrens zu verweigern wäre, 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 Beweise 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.“ (vgl.: EuGH, Urt. v. 06.06.2013 - Rs. C-536/11 Rn. 32 - „*Donau Chemie AG*“); dieser Ansicht ist auch: *Weitbrecht*, in: WuW 2015, 959, 964. Weiter Argumente liefert: *Schweitzer*, in: NZKart 2014, 335, 341.

963 Diesen Schluss ziehen auch: *Haus/Serafimova*, in: BB 2014, 2883, 2889 f.; a.A.: EuGH, Urt. v. 06.06.2013 - Rs. C-536/11 Rn. 46 und 48 - „*Donau Chemie AG*“: „Insbesondere ist zum öffentlichen Interesse an der Wirksamkeit der Kronzeugenprogramme (...) festzustellen, dass in Anbetracht der Bedeutung, die vor den nationalen Gerichten angestrebte Schadensersatzklagen für die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs in der Union haben (vgl. Urteil *Courage und Crehan*, Randnr. 27), die bloße Berufung auf eine Gefahr, dass durch den Zugang zu den für die Begründung dieser Klagen notwendigen Beweisen, die sich in den Akten eines wettbewerbsrechtlichen Verfahrens befinden, die Wirksamkeit eines Kronzeugenprogramms, in dessen Rahmen die betreffenden Schriftstücke der zuständigen Wettbewerbsbehörde übermittelt wurden, beeinträchtigt werden könnte, nicht genügen kann, um die Verweigerung des Zugangs zu diesen Beweisen zu rechtfertigen.“(Rn. 46) „Nur wenn Gefahr besteht, dass ein bestimmtes Schriftstück konkret das öffentliche Interesse an der Wirksamkeit des nationalen Kronzeugenprogramms beeinträchtigen könnte, kann die Nichtweitergabe dieses Schriftstücks gerechtfertigt sein.“(Rn. 48).

964 Art. 7 Abs. 1 RL.

965 Art. 11 Abs. 1 RL.

966 Eine Ausnahme zur privilegierten Haftung gem. Art. 11 Abs. 5 RL statuiert Art. 11 Abs. 6 RL. Danach gilt die haftungsrechtliche Privilegierung im Innenverhältnis nicht in Bezug auf solche Schäden, die anderen Geschädigten als den unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten der Rechtsverletzer entstanden sind. Art. 11 Abs. 6 RL hebt also die Haftungsprivilegierung für Kronzeugen in Bezug auf Preisschirmschäden auf (vgl.: *Kühne/Woitz*, in: DB 2015, 1028, 1031).

967 Art. 11 Abs. 4 RL.

968 Siehe hierzu ausführlich: *Krüger*, in: NZKart 2013, 483 (noch in Bezug auf den Richtlinienvorschlag).

969 Siehe hierzu ausführlich: *Fiedler/Huttenlauch*, in: NZKart 2013, 350; Kritisch hierzu: *Kühne/Woitz*, in: DB 2015, 1028, 1030 und *Makatsch/Mir*, in: EuZW 2015, 7, 9.

970 Auch *Makatsch/Mir*, in: EuZW 2015, 7, 9 gehen davon aus, dass „Bedenken aufgrund eines mutmaßlichen Attraktivitätsverlusts von Kronzeugenprogrammen in der Richtlinie ohne empirische Grundlage überbewertet“ werden.

- 971 Kühne/Woitz, in: DB 2015, 1028, 1032.
- 972 Beschorner/Hüschelrath, *Ökonomische Aspekte der privaten Durchsetzung des Kartellrechts*, S. 11 meinen, dass sich die Gefahr der schadensrechtlichen Inanspruchnahme negativ (i.S.v. verfestigend) auf die Stabilität des Kartells auswirke. Je größer Kartellmitglieder ihre eigene Haftungsgefahr einschätzen, desto unwahrscheinlicher sei, dass sie als Kronzeuge mit den Behörden kooperieren. Dass Kartellmitglieder aus dem Markt ausscheiden oder auf Grund vorangegangener bußgeldrechtlicher Belastungen Liquiditätsprobleme erleiden, könne nicht ausgeschlossen werden, weshalb stets zu befürchten sei, dass Kronzeugen doch - entgegen aller haftungsrechtlicher Privilegierungen - schadensrechtlich in Anspruch genommen werden. Unter Umständen genügen damit selbst die für Kronzeugen vorgesehene haftungsrechtlichen Privilegierungen nicht (Art. 11 Abs. 4 S. 1 lit. a) u. b) u. Abs. 5 RL), um Kartelldelinquenten die Angst vor einer schadensrechtlichen Inanspruchnahme zu nehmen.; Wesselburg, *Drittschutz bei Verstößen gegen das Kartellverbot*, S. 222 ff. sieht in der exponierten Stellung der Kronzeugen eine Gefahr. Aufgrund der Tatsache, dass gegen „ihn keine Geldbuße verhängt wird, ist die finanzielle Situation des Kronzeugen meist besser als die der übrigen Kartellmitglieder, was ihn als solventen Prozessgegner für Schadensersatzklagen besonders attraktiv macht“.
- 973 Heinichen, in: NZKart 2014, 83 erörtert die Möglichkeiten und Grenzen eines solchen zivilgerichtlichen Akteneinsichtsrechts.
- 974 Siehe: OLG Hamm, Beschluss v. 26.11.2013 = NZKart 2014, 107; bestätigt durch BVerfG, Beschluss v. 06.03.2014 - 1 BvR 3541/13; siehe hierzu auch: Harms/Petrasincu, in: NZKart 2014, 304, 305.
- 975 Die zivilprozessualen Voraussetzungen für eine Aktenbeiziehung werden dargelegt in: Harms/Petrasincu, in: NZKart 2014, 304, 306 f.
- 976 Beschluss v. 18.01.2012 = EuZW 2012, 193, 194
- 977 Beschluss v. 22.08.2012 = NZKart 2013, 39, Rn. 44 ff.
- 978 OLG Hamm, Beschluss v. 26.11.2013 = NZKart 2014, 107.
- 979 BVerfG, Beschluss v. 06.03.2014 - 1 BvR 3541/13.
- 980 Zum Akteneinsichtsrecht zu Vorbereitung eines Kartellschadensersatzprozesses siehe: BGH, Beschluss v. 14.07.2015, KVR 55/14 („Trinkwasserpreise“) „Wer ein eigenes, gewichtiges und auf andere Weise nicht zu befriedigendes Interesse an der Einsicht in Akten der Kartellbehörde geltend macht, kann einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über ein außerhalb des Anwendungsbereichs von § 29 VwVfG liegendes und im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde (§ 40 VwVfG) stehendes Akteneinsichtsrecht haben.“ (Leitsatz) Es ist darauf hinzuweisen, dass Anlass zur Schadensgeltendmachung nicht das Vorliegen einer Kartellabsprache, sondern das Ausnutzen einer marktbeherrschenden Stellung war. Das Akteneinsichtsrecht hätte sich folglich auch nicht auf mögliche Kronzeugenerklärungen erstrecken können.
- 981 Gussone, in: BB 2014, 533 zeigt die bisherige Entscheidungspraxis anhand der

drei zuletzt genannten Urteile auf und versucht die für die Praxis zu erwartenden Folgen darzulegen. Er betont die bemerkenswerten Ausführungen des OLG Hamm und zieht daraus folgenden Schluss: „Die Unterlagen der Kronzeugen seien Akten wie in sonstigen Bußgeld- und Strafverfahren auch, bei denen die Betroffenen auf ihr verfassungsrechtlich abgesichertes ‚Recht auf Selbstbelastungsfreiheit‘ verzichtet hätten. Die durch das BKartA erfolgte Zusicherung der Vertraulichkeit dieser Akten machten sie im strafprozessualen Sinne nicht zu einer ungewöhnlichen Art von Daten. (...) Auch stellt es fest, dass ‚Tatsachen, aus denen sich ein Verstoß gegen die Vorschriften des GWB ergibt, in der Regel keine schützenswerten Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse darstellen, da nichtige Vereinbarungen und verbotene Verhaltensweisen schon als solche von der Rechtsordnung missbilligt werden‘.“

982 Vgl.: *Bien*, in: NZKart 2013, 481, 482.

983 Zur Akteneinsicht in Kronzeugenanträge siehe: *Steger*, in: BB 2014, 963.

984 Auf die richtlinienbedingte Definitionsproblematik, wer Kronzeuge im Sinne der Richtlinie ist, und welchem „Kronzeugen“ die genannten haftungsrechtlichen Privilegierungen zustehen, kann in dieser Arbeit nur hingewiesen werden. Für zukünftige Entscheidung wird die Frage, ob die in Art. 11 RL genannten Haftungsprivilegien nur für Kronzeugen, denen ein Bußgelderlass gewährt wurde, gelten, oder ob auch solche Kronzeugen von der Regelung profitieren, die eine Geldbußenermäßigung erfahren haben, relevant sein. Dass eine derartige Differenzierung in der Richtlinie angelegt ist, zeigt Art. 2 Nr. 15, 16 RL und Art. 11 Abs. 5 S. 2 RL. In Übereinstimmung dem Wortlaut des Art. 2 Nr. 19 und dem des Art. 11 Abs. 4 und 6 RL scheint die Privilegierung nur für solche Kronzeugen zu gelten, denen das Bußgeld vollständig erlassen wurde. Dies allerdings wäre konträr zu dem Interesse des Europäischen Gesetzgebers, einen möglichst umfassenden Schutz des Kronzeugen(programms) zu gewährleisten. Diese Problematik werden der deutsche Gesetzgeber bzw. die Gerichtspraxis zu entscheiden haben. (vgl.: *Kühne/Woitz*, in: DB 2015, 1028, 1031).

985 Die Schadensvermutung wird nicht nur den einzelnen Klägern nutzen, indem sie für erleichterte Klagebedingungen sorgen, sondern auch dem Gerichtsstandort Deutschland zu neuer Attraktivität verhelfen. Die Bedeutung des Forenwettbewerbs sollte nicht unterschätzt werden. (vgl.: *Weitbrecht*, in: WuW 2015, 959, 960 ff.).

986 Siehe hierzu ausführlich: *Müller-Graff/Kainer*, in: WM 2013, 2149.

987 Die folgende Gegenüberstellung beschränkt sich auf einen Vergleich zwischen der oben für das kartellrechtliche Schadensersatzrecht neuformulierten gesetzlichen Schadensvermutung und der kraft Gesetzes (§ 309 Nr. 5 BGB) zulässigen Festlegung eines pauschalen Schadensbetrags.

988 Auch die Schutzzwecke beider Rechtsinstitute sind insoweit miteinander vergleichbar. Während pauschalisierte Schadensersatzansprüche den Vertragsverletzer vor einer zu hohen Inanspruchnahme schützen, bzw. dem vom

Verstoß Betroffenen eine Mindestentschädigung sichern, unterfällt es dem Schutzzweck der gesetzlichen Schadensvermutung, den Schadensausgleich des Kartellgeschädigten zu garantieren. Auf Verletztenseite steht also jeweils der Schadensausgleich im Mittelpunkt.

989 Siehe hierzu nur: *Grüneberg*, in: Palandt, § 309 Rn. 26-29 und *Wurmnest*, in: MüKo, § 309 Nr. 5 Rn. 17-20.

990 Der Bundesgerichtshof entschied im Jahr 1995 (BGH, Urt. v. 21.12.1995, VII ZR 286/96, NJW 1996, 1209), dass eine aus der Baubranche stammende - für wettbewerbswidrige Absprachen vorgesehene - Schadenspauschale von 3% zulässig sei. Der BGH begründete die Angemessenheit der Pauschale damit, dass wettbewerbswidrige Absprachen in der Baubranche nach statistischen Untersuchungen des Bundeskartellamtes durchschnittlich einen Schaden von 13% verursachen, sodass jene Pauschale verhältnismäßig sei. Wie hoch die Schadenspauschale im konkreten Fall hätte ausfallen dürfen, blieb offen. Anhaltspunkte dahingehend, dass die Pauschale nicht an die 13% hätte heranreichen dürfen, waren nicht ersichtlich. Dies ist insbesondere deshalb bedauerlich, da das BGH-Urteil die einzige, höchstrichterliche Entscheidung ist, der eine thematische Schnittmenge zwischen dem Kartellrecht und dem Problem der Schadenspauschalierung zu entnehmen ist. Siehe auch: LG Potsdam, Urt. v. 22.10.2014 - 2 O 29/14; OLG Karlsruhe, Urt. v. 31.07.2013 - 6 U 51/12.

991 *Brömmelmeyer*, in: NZKart 2016, 2, 8 meint, „die Parallele zur vertraglichen Schadenspauschalierung sei nicht tragfähig“. Er begründet dies unter anderem damit, dass sich vertragliche Schadenspauschalen viel genauer als eine gesetzliche Schadensvermutung auf den jeweils zu bewertenden Sachverhalt beziehen können und deshalb nur erstgenannte Rechtsinstitute zu angemessenen Ergebnissen führen können.

992 Die Legaldefinition des § 252 S. 2 BGB lautet: „Als entgangen gilt der Gewinn, welcher auch nach dem *gewöhnlichen Lauf der Dinge* oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, *mit Wahrscheinlichkeit* erwartet werden konnte“.

993 *Grüneberg*, in: Palandt, § 309 Rn. 26; *Wurmnest*, in: MüKo BGB, § 309 Nr. 5 Rn. 11; BGH NJW 1984, 2093, 2094.

994 *Wilde/Anders*, in: WuW 2015, 246, 248 f.

995 *Wilde/Anders*, in: WuW 2015, 246, 248 f.; *Wurmnest*, in: MüKo BGB, § 309 Nr. 5 Rn. 22.

996 *Wurmnest*, in: MüKo BGB, § 309 Nr. 5 Rn. 22; auch das LG Potsdam, Urt. v. 22.10.2014, 2 O 29/14 prüft zweistufig, in dem es zunächst fragt, ob die pauschal festgelegte Schadenshöhe generell zu erwarten ist, bevor es anschließend untersucht, ob jene Pauschale im konkreten Fall angemessen ist. *Anders*: OLG Karlsruhe, Urt. v. 31.07.2013, 6 U 51/12, das die Angemessenheit der Schadensgröße allein für den konkreten Einzelfall prüft.

997 *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 333.

998 *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 306, 311.

- 999 Siehe hierzu auch: *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 426 ff.
- 1000 BGH, Urt. v. 21.12.1995, VII ZR 286/94, NJW 1996, 1209.
- 1001 BGH, Urt. v. 21.12.1995, VII ZR 286/94, Rz. 19.
- 1002 Vgl.: *K. Schmidt*, in: WuW 2015, 812, 813 ff.
- 1003 OLG Karlsruhe, Urt. v. 31.07.2013, 6 U 51/12, redaktioneller Leitsatz.
- 1004 OLG Karlsruhe, Urt. v. 31.07.2013, 6 U 51/12, Entscheidungsgründe 77 ff.
- 1005 OLG Karlsruhe, Urt. v. 31.07.2013, 6 U 51/12, Entscheidungsgrund 80.
- 1006 OLG Karlsruhe, Urt. v. 31.07.2013, 6 U 51/12, Entscheidungsgrund 80.
- 1007 LG Mannheim, Urt. v. 04.05.2012, 7 O 436/11 Kart.
- 1008 LG Mannheim, Urt. v. 04.05.2012, 7 O 436/11 Kart, Rz. 3.
- 1009 LG Mannheim, Urt. v. 04.05.2012, 7 O 436/11 Kart, Rz. 8.
- 1010 LG Mannheim, Urt. v. 04.05.2012, 7 O 436/11 Kart, Rz. 30.
- 1011 LG Potsdam, Urt. v. 22.10.2014, 2 O 29/14.
- 1012 LG Potsdam, Urt. v. 22.10.2014, 2 O 29/14, Rz. 2.
- 1013 LG Potsdam, Urt. v. 22.10.2014, 2 O 29/14, Rz. 16-18.
- 1014 LG Potsdam, Urt. v. 22.10.2014, 2 O 29/14, Rz. 17.
- 1015 So auch: *Wilde/Anders*, in: WuW 2015, 249.
- 1016 Vgl.: § 309 Nr. 5 lit. a) BGB.
- 1017 *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 428 f.
- 1018 Ebenso: *Kersting/Preuß*, Gesetzgebungsvorschlag aus der Wissenschaft, Rn. 62.
- 1019 *Grüneberg*, in: Palandt, § 309 Rn. 31; BGH NJW 85, 632 (Ein Verstoß gegen § 309 Nr. 5 lit. b) BGB macht die Pauschale im Ganzen unwirksam.).
- 1020 Die Rechtsprechung lässt es für § 309 Nr. 5 lit. b) BGB ausreichen, dass die Berufung auf einen niedrigeren Schaden nicht ausgeschlossen ist. (vgl.: BGH, Urt. v. 12.01.1994 - VIII ZR 165/92 = NJW 1994, 1060, 1068).
- 1021 *Wurmnest*, in: MüKo BGB, § 309 Nr. 5 Rn. 22; *Wilde/Anders*, in: WuW 2015, 246, 248.
- 1022 *Wurmnest*, in: MüKo BGB, § 309 Nr. 5 Rn. 16.
- 1023 Siehe nur: *Connor/Lande*, in: American Bar Association, p. 2203.
- 1024 Dies meint auch: *Weitbrecht*, in: WuW 2015, 959, 968.
- 1025 *Wilde/Anders*, in: WuW 2015, 246, 247.
- 1026 EuGH, Urt. v. 05.06.2014 (Rs. C-557/12 – „Kone“).
- 1027 Inwiefern sich pauschalisierte Schadensersatzansprüche und die gesetzliche Schadensvermutung entsprechen und worin sie sich unterscheiden, wurde in Kapitel VI. 2. e) (2) (c) erläutert.
- 1028 Auch *K. Schmidt*, in: WuW 2015, 812, 821 weist darauf hin, „dass nur solche Marktteilnehmer die Geltung von Schadenspauschalierungsklauseln durchsetzen werden, die als Anbieter oder - häufiger! - Nachfrager den potentiellen Kartelldelinquenten marktähnlich gegenüberstehen“.
- 1029 § 33 GWB soll folgenden Absatz 3a erhalten: „Wird ein Anspruch nach Abs. 3

auf eine verbotene Abstimmung unter Wettbewerbern gestützt, so wird vermutet, dass die Preissetzung der Kartellbeteiligten 120 % des Wettbewerbspreises beträgt.“