

Europäische Kommission  
Generaldirektion Wettbewerb, Referat A 5  
Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts  
1049 Brüssel

Belgien

Per e-mail: [comp-damages-actions@ec.europa.eu](mailto:comp-damages-actions@ec.europa.eu)  
und per einfachem Brief

Ihr Zeichen	Unser Zeichen:	Bearbeiter:	Datum
	02235-06 /	Ma/Ma	14.07.2008

### Stellungnahme zum Weissbuch „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrecht“

Sehr geehrte Damen und Herren,

bereits seit 2004 betreiben wir eine Schadensersatzklage mit der Schäden einer Druckerei aus dem von der Europäischen Kommission festgestellten Selbstdurchschreibepapierkartell (COMP/E-1/36.212) geltend gemacht werden. Die Klage ist momentan in zweiter Instanz beim Oberlandesgericht Karlsruhe anhängig.

Vor diesem Hintergrund haben wir uns intensiv mit den Problemen privater Kartellrechtsdurchsetzung befasst und begrüßen die Möglichkeit, sowohl unsere praktischen Erfahrungen als auch einige theoretische Überlegungen in die Diskussion für eine Europäische Regulierung einbringen zu können:

#### NÜRNBERG

CHRISTIAN H. GLOECKNER  
BERND J. FUHRMANN  
ROBERT C. NENTWICH  
DR. DETLEF KEHLEN, LL.M.  
DR. PHILIPP MASSARI, LL.M.  
CHRISTINE SCHARVOGEL, LL.M.  
KAROLA KOWOLL

#### PRINZREGENTENUFER 3

#### D-90489 NÜRNBERG

TEL.: +49/ 911/ 58 88 85 0  
FAX: +49/ 911/ 58 88 85 10  
[info@gplaw.de](mailto:info@gplaw.de)  
[www.gplaw.de](http://www.gplaw.de)

#### WIEN

MAG. ALEXANDER LOTSCHAK

#### BÄCKERSTRASSE 6

#### A-1010 WIEN

TEL.: +43/ 1/ 513 0 100 0  
FAX: +43/ 1/ 513 0 100 11  
[info@gplaw.at](mailto:info@gplaw.at)  
[www.gplaw.at](http://www.gplaw.at)

## **A. Schadensumfang, -darlegung und -berechnung**

Die Schadensdarlegung und -berechnung stellt praktisch das größte Hindernis bei der Durchsetzung privaten Kartellschadensersatzes dar. Alle anderen Vorschläge des Weißbuches würden hinfällig, wenn dieses Problem ungelöst bliebe. Es ist daher zu begrüßen, dass die Europäische Kommission die Schadensberechnung erleichtern möchte. Wir möchten dieses Anliegen durch Vorschläge unterstützen, die eine einfache und angemessene Schadensberechnung sicher stellen würden.

### **1. Ausgangs- und Grundlageproblem: Regelmäßige Unterkompensation oder gelegentliche Überkompensation?**

Das grundsätzliche Problem der Schadensdarlegung besteht darin, dass die Auswirkungen von Preisabsprachen sehr breit gestreut sein können. Die Schäden können auf unterschiedlichen Handelsstufen oder beim Verbraucher auftreten; sie können auf die Preiserhöhung der Kartellteilnehmer, aber auch auf sich daran anschließende Preiserhöhungen von Konkurrenten der Kartellteilnehmer zurück zu führen sein.

Nach traditionellem Verständnis des Schadensersatzrechts in vielen Mitgliedsstaaten ist es Aufgabe des Geschädigten, nachzuweisen, dass er einen Schaden erlitten hat und dass dieser Schaden durch den Geschädigten verursacht wurde. Dadurch soll vermieden werden, dass Geschädigte Schäden ersetzt bekommen, die sie tatsächlich nicht oder nicht aufgrund der vom Kartellteilnehmer begangenen Pflichtverletzung erlitten haben (Vermeidung von Überkompensation). Dieses Verständnis ist in den meisten Fällen vertraglicher oder außervertraglicher Haftung auch gerechtfertigt, weil Geschädigte in den meisten Haftungsfällen die aufgrund einer Pflichtverletzung erlittenen Schäden

unproblematisch darlegen können. Angesichts der Streuwirkung von Kartellschäden führte dieses traditionelle Verständnis der Schadensdarlegung im Bereich des Kartellschadensersatzrechts in der Vergangenheit allerdings dazu, dass Geschädigte erlittene Schäden nicht ersetzt bekommen haben, weil sie häufig nicht nachweisen konnten, in welcher Höhe ihnen ein kartellbedingter Schaden entstanden ist (Unterkompensation). Das traditionelle Verständnis zur Schadensdarlegung hat damit dazu geführt, dass die Geltendmachung von Kartellschadensersatz zumindest übermäßig erschwert wurde, häufig sogar praktisch unmöglich wurde und somit dem europarechtlichen Effektivitätsgrundsatz bezüglich Durchsetzung und Sanktionierung des materiellen Gemeinschaftsrechts nicht genügt wurde.

Kartellschadensersatzansprüche werden künftig nur effektiv durchsetzbar sein, wenn das in anderen Rechtsbereichen berechnete Verständnis zur Schadensdarlegung für das Kartellschadensersatzrecht in einer Weise modifiziert wird, welche dem Geschädigten die Schadensdarlegung vereinfacht. Jede Vereinfachung der Schadensdarlegung birgt zwar die Gefahr der Überkompensation. Sie wird aber dadurch beschränkt, dass dem Kartellteilnehmer der Einwand und die Darlegung, dass der Schaden tatsächlich geringer war, vorbehalten bleiben kann. Dennoch kann es in Einzelfällen zur Überkompensation kommen, wenn es Kartellteilnehmern nicht gelingt, der Darlegungslast für ihren Einwand zu genügen. Diese Gefahr der gelegentlichen Überkompensation ist jedoch eher hinzunehmen als die nach derzeitiger Rechtslage eintretende regelmäßige Unterkompensation.

Vereinfachungen der Schadensdarlegung erscheinen auch mit der Rechtstradition der Mitgliedsstaaten vereinbar. Einerseits haben danach zwar Geschädigte erlittene Schäden nachzuweisen, andererseits gehört es aber auch zum rechtsstaatlichen Verständnis der Mitglieds-

staaten, dass eine effektive Rechtsdurchsetzung gewährleistet sein muss. Eine solche erfordert im Bereich des Kartellschadensersatzes Regelungen zur vereinfachten Schadensdarlegung.

Bevor nachfolgend Vorschläge für eine solche einfache und angemessene Methode zur Schadensdarlegung unterbreitet werden, ist aber zunächst näher darauf einzugehen,

1. welche Arten von Schäden Geschädigten entstehen können und in welchem Verhältnis diese zueinander stehen sowie
2. welchen Grad an rechtlicher Verbindlichkeit (a)unverbindlich, b) verbindliche widerlegbare Vermutungsregelung, c) abschließend verbindlich) Regelungen zur Schadensberechnung haben sollten.

## **2. Schadensumfang: Verluste durch Preisauflschläge *und* entgangener Gewinn?**

Der EuGH hat entschieden, dass Geschädigten vollständiger Ersatz des realen Werts der erlittenen Verluste zusteht. Geschädigte können nicht nur Ersatz des Vermögensschadens, sondern auch des entgangenen Gewinns verlangen.<sup>1</sup>

Ob und inwieweit Geschädigten aufgrund wettbewerbswidriger Preisauflschläge Vermögensschäden erleiden oder Gewinn entgeht, hängt davon ab, ob und inwieweit es zu einer Schadensabwälzung gekommen ist, d.h. Geschädigte wettbewerbswidrige Preisauflschläge wiederum an ihre Abnehmer weiter gereicht haben:

a) *Kein entgangener Gewinn ohne Schadensabwälzung*

Einen Verlust aufgrund wettbewerbswidriger Preisauflschläge erleidet ein Abnehmer nur soweit er diese Preisauflschläge nicht an seine Abnehmer durch entsprechende Preisauflschläge weiterreicht (sog. Schadensabwälzung). Ein gerade umgekehrter Zusammenhang besteht bei Schäden in Form entgangenen Gewinns aufgrund von Umsatzeinbuen. Kartellbedingte Umsatzeinbuen erleidet ein Abnehmer nur soweit er die kartellbedingten Preisauflschläge an seine Abnehmer weiterreicht. Bietet ein Abnehmer, der wettbewerbswidrige Preisauflschläge bezahlt, seine Produkte weiterhin zu denselben Preisen an wie zuvor, erleidet er keine kartellbedingten Umsatzeinbuen.

Daraus folgt, dass zwei Schadensberechnungsweisen zulässig sind:

b) *Schadensberechnung ohne Schadensabwälzung*

Berechnet ein Geschädigter seinen Schaden als Differenz zwischen hypothetischen Marktpreis und Kartellpreis, kann er daneben keinen entgangenen Gewinn wegen kartellbedingten Umsatzeinbuen verlangen. Denn die Berechnungsweise impliziert, dass keine Schadensabwälzung statt gefunden hat und damit auch keine kartellbedingten Umsatzeinbuen aufgetreten sind.

c) *Schadensberechnung mit Schadensabwälzung*

Verlangt ein Abnehmer hingegen Ersatz entgangenen Gewinns wegen kartellbedingter Umsatzeinbuen, muss er darlegen, in welcher Höhe er wettbewerbswidrige Preisauflschläge an seine Abnehmer weitergereicht hat. Bei dieser Berechnungsart kann der Abnehmer zwar

---

<sup>1</sup> EuGH 13.7.2006, Rs. C-295/04 bis C-298/04 (*“Manfredi”*), Tz. 95.

daneben auch Verluste wegen wettbewerbswidriger Preisaufschläge geltend machen, muss sich auf diese jedoch die weiter gereichten Preisaufschläge anrechnen lassen.

*d) Freie Wahl der Berechnungsweise?*

Bei der Schadensberechnung ohne Schadensabwälzung muss der Geschädigte den hypothetischen Marktpreis, bei der Schadensberechnung mit Schadensabwälzung außerdem noch zusätzlich die Umsatzeinbuße angeben, die er kartellbedingt erlitten hat. Beide Größen wird der Geschädigte nie exakt angeben können, sondern allenfalls über aufwendige wirtschaftswissenschaftliche Marktanalysen oder Vergleichsmarktbetrachtungen näherungsweise bestimmen können.

Der Geschädigte wird es daher regelmäßig vorziehen, seinen Schaden als Schaden ohne Schadensabwälzung zu berechnen, weil er hier nur mit einer unbekanntem Größe arbeiten und dementsprechend geringere Kosten und Unwägbarkeiten in Kauf nehmen muss. Andererseits kann die Schadensberechnung ohne Schadensabwälzung zu einer Überkompensation führen, wenn tatsächlich eine Schadensabwälzung stattgefunden hat und sich daher bei der Schadensberechnung mit Schadensabwälzung ein geringerer Schadensbetrag errechnen würde. Würde man deshalb dem Geschädigten auferlegen, sich in jedem Fall zur Schadensabwälzung zu erklären und gegebenenfalls seine Schadensberechnung mit Schadensabwälzung vorzunehmen, würde dies allerdings wiederum zu regelmäßiger Unterkompensation führen, wenn nicht gleichzeitig auch für diese Berechnungsart vereinfachte Darlegungsregelungen eingeführt werden. Die freie Wahl der Berechnungsweise sollte Geschädigten daher nicht versagt werden, ohne gleichzeitig für beide Berechnungsweisen vereinfachte Darlegungsre-

gelungen zu erlassen. Solche werden nachfolgend vorgeschlagen werden.

*e) Freie Wahl der Berechnungsmethode entspricht dem Vorschlag zum Einwand der Schadensabwälzung*

Im Weißbuch wird vorgeschlagen, dass Geschädigte nicht darlegen müssen, dass sie Preisaufschläge nicht weiter gereicht haben, umgekehrt soll der Kartellteilnehmer das Recht haben, darzulegen, dass der Geschädigte Preisaufschläge weiter gereicht hat. Dies entspricht auch der Rechtslage im deutschen Recht.<sup>2</sup>

Eine solche Regelung setzt die freie Wahl der Berechnungsweise voraus. Wollte man dem Geschädigten nicht das Recht der freien Wahl der Berechnungsmethode zugestehen, würde die Schadensabwälzung zum Teil der Schadensdarlegung, d.h. Geschädigte müssten stets vortragen, ob und inwieweit sie Preisaufschläge weiter gereicht haben.

*f) Einwand der Schadensabwälzung wirkt auch zugunsten des Geschädigten*

Da Schadensabwälzung zu entgangenem Gewinn führt, wirkt der Einwand der Schadensabwälzung nicht ausschließlich zugunsten des Kartellteilnehmers. Wenn es dem Kartellteilnehmer gelingt, darzulegen, dass der Geschädigte wettbewerbswidrige Preisaufschläge ganz oder teilweise an seine Abnehmer weiter gereicht hat, senkt dies zwar den Verlust, den der Geschädigte aufgrund wettbewerbswidriger Preisaufschläge erlitten hat, gleichzeitig begründet dies jedoch den entgangenen Gewinn des Geschädigten aufgrund kartellbedingter Um-

---

<sup>2</sup> *Bechthold*, *GWB*, 4. Aufl. 2006, § 33 Rn. 27; *Bornkamm*, in *Langen/Bunte* (Hrsg.), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, Band 1, 10. Aufl. 2006, § 33 Rn. 104.

satzeinbußen. Denn wenn der Geschädigte Preisaufschläge weiter erreicht hat, wird dies zu einem Umsatzrückgang geführt haben. Je nach Marktverhältnissen kann daher auch der Fall eintreten, dass der Einwand der Schadensabwälzung die Schadenssumme sogar erhöht.

### **3. Angemessene Verteilung des Darlegungsrisikos durch widerlegbare Vermutungsregelungen zur Schadensberechnung**

Um einerseits eine effektive Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen zu ermöglichen, andererseits aber unangemessene Verurteilungen zu vermeiden, sollte die Schadensberechnung durch einfache Regelungen verbindlich geregelt sein, dem Geschädigten und dem Kartellteilnehmer aber der Einwand verbleiben, dass der tatsächlich erlittene Schaden höher oder geringer ist.

Das Weißbuch schlägt die Ausarbeitung eines pragmatischen und unverbindlichen Orientierungsrahmens für die Schadensberechnung vor. Unverbindliche Regelungen zur Schadensberechnung bieten zwar den Vorteil, dass sie dem jeweiligen Gericht Spielraum belassen, besondere Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Andererseits bieten unverbindliche Regelungen Geschädigten jedoch keine Grundlage, außergerichtlich die Höhe des erlittenen Schadens mit einer gewissen Verlässlichkeit abzuschätzen und gerichtlich ihren prozessualen Darlegungspflichten in einfacher Weise zu genügen. Denn unverbindliche Regelungen können nicht gewährleisten, dass sich eine gemeinschaftsweit einheitliche Rechtspraxis herausbildet, die Geschädigten eine verlässliche Basis zur außergerichtlichen Abschätzung und gerichtlichen Darlegung bietet. Es ist vielmehr zu befürchten, dass unverbindliche Regelungen nicht dazu beitragen werden, die derzeitige Rechtsunsicherheit für Geschädigte zu beseitigen. Manche Gerichte

werden diese unverbindlichen Regelungen anwenden, andere nicht und wieder andere nur in bestimmten Fällen.

Private Kartellschadensersatzklagen werden sich in der Rechtspraxis aber nur durchsetzen können, wenn es gelingt, Rechtssicherheit hinsichtlich der Berechnung und Darlegungsanforderungen zu schaffen. Verbliebe es bei einem unverbindlichen Orientierungsrahmen, könnten Geschädigte nur dahingehen beraten werden, dass zwar ein Orientierungsrahmen für die Berechnung ihres Schadens besteht, aber sich mangels Verbindlichkeit dieses Orientierungsrahmens nicht vorhersagen lässt, ob das Gericht diesen anwenden wird. Vorsorglich müsste ein traditioneller Schadensnachweis erbracht werden, der kostenintensiv und ungenau ist und dabei dennoch nicht gewährleistet, dass und in welcher Größenordnung sich ein Schaden zur Überzeugung des Gerichts wird darlegen lassen. Dies würde regelmäßig dazu führen, dass Geschädigte jeglichen weiteren Befassungsaufwand scheuen und ihre Ansprüche nicht weiter verfolgen würden.

Werden hingegen einfache Kriterien zur Berechnung eines vermuteten Mindestschadens verbindlich festgelegt, könnten Geschädigte dahingehend beraten werden, dass ihr vermuteter Mindestschaden ohne besonderen Aufwand dargelegt werden könnte und sie diesen nur dann nicht zugesprochen bekommen werden, wenn dem Kartellteilnehmer der Nachweis gelingen sollte, dass ihr tatsächlich erlittener Schaden geringer ist. Dies würde die Bereitschaft von Geschädigten, sich mit ihren Ansprüchen zu befassen und diese auch durchzusetzen, deutlich erhöhen.

Die private Kartellschadensersatzklage wird sich daher nur durchsetzen, wenn einfache Kriterien rechtsverbindlich festgelegt werden, aus denen sich leicht ein vermuteter Mindestschaden berechnen lässt, wobei bei beiden Parteien der Nachweis vorbehalten bleiben sollte, dass der

Schaden höher oder geringer ausgefallen ist. In der Höhe, in der sich danach ein Schaden des Abnehmer errechnet, würde der Abnehmer vom Darlegungsrisiko entlastet und damit dem Haupthindernis bei der Durchsetzung privaten Kartellschadensersatzes abgeholfen.

#### **4. Rechtfertigung einer Umsetzungsvermutung bei wiederholt abgesprochenen und angekündigten Preiserhöhungen**

Berechnet der Geschädigte seinen Schaden als Differenz zwischen hypothetischen Marktpreis und Kartellpreis, stellt sich die weitere Frage, wie der hypothetische Marktpreis zu bestimmen ist. Die ashurst-Studie<sup>3</sup> hat für den hypothetischen Marktpreis verschiedene Berechnungsmöglichkeiten vorgestellt, die entweder ungenau oder sehr aufwendig und kostenintensiv oder sogar beides sind.

Um einerseits den Besonderheiten des jeweiligen Kartells Rechnung zu tragen, andererseits aber Geschädigten gleichzeitig eine einfache und pragmatische Berechnungsweise anzubieten, bieten sich als Grundlage für einen vermuteten Mindestschaden die Feststellungen der Europäischen Kommission zu verabredeten und angekündigten Preiserhöhungen an. Solche Feststellungen finden sich in den meisten der bisherigen Bußgeldentscheidungen der Kommission.

So hat die Europäische Kommission beispielsweise in der Entscheidung vom 20. Dezember 2001 (COMP/E-1/36.212 - *Selbstdurchschreibepapier*) festgestellt, dass folgende Preiserhöhungen für Selbstdurchschreibepapier verabredet wurden:

Ab 01.02.1994 um 8%

---

<sup>3</sup> *Clark/Hughes/Wirth*, Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules – Analysis of economic models for the calculation of damages, 2004.

Ab 01.05.1994 um weitere 5%

Ab 01.09.1994 um weitere 8%

Ab 01.12.1994 um weitere 6%

Ab 01.04.1995 um weitere 10%

Für die zum 01.09.1994 verabredete Preiserhöhung hat die Kommission sogar ausdrücklich festgestellt, dass diese im wesentlichen durchgeführt und in einigen Fällen sogar übertroffen wurde (Rn. 212). Solche Feststellungen zur Durchführung und Umsetzung verabredeter Preiserhöhungen sind jedoch in Bußgeldentscheidungen eher selten anzutreffen.<sup>4</sup>

Relativ häufig enthalten die Bußgeldentscheidungen jedoch Feststellungen zu verabredeten und angekündigten Preiserhöhungen, ohne sich zu deren Umsetzung zu äußern. Bei solchen wiederholt verabredeten und angekündigten Preiserhöhungen ist es jedoch gerechtfertigt, zu vermuten, dass diese Preiserhöhungen auch im wesentlichen umgesetzt wurden und auf dieser Grundlage den vermuteten Mindestschaden zu berechnen. Bei der Rechtfertigung dieser Vermutungsregelungen ist zwischen Kartellen zu unterscheiden, die nahezu das gesamte Angebot des betreffenden Produkts auf sich vereinen (Monopolkartelle) sowie Kartellen, bei denen nicht alle Anbieter mit wesentlichen Marktanteilen an der Kartellabsprache teilgenommen haben (Kartelle mit Außenseitern):

---

<sup>4</sup> Solche Feststellungen finden sich beispielsweise auch in der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 20. November 2007 (COMP/38.432 – *Professionelle Videobänder*) in Rn. 64, 70.

a) *Kartelle mit Außenseitern*

Bei Kartellen mit Außenseitern führt eine zwischen Kartellteilnehmern verabredete und angekündigte, dann aber nicht im wesentlichen umgesetzte Preiserhöhung zu erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen für die ankündigenden Kartellteilnehmer. Einerseits profitieren die Kartellteilnehmer mangels Umsetzung nicht von erhöhten Preisen, andererseits werden sie Marktanteile an Außenseiter verlieren, die das betreffende Produkt weiterhin zu den bisherigen Preisen anbieten und keine Preiserhöhung angekündigt haben. Außerdem erleiden die Kartellteilnehmer einen Imageschaden, weil sie an den Markt höhere Preise als die Außenseiter kommunizieren und daher befürchten müssen, als Anbieter mit überhöhten Preisen wahrgenommen zu werden. Folglich werden rational handelnde Kartellteilnehmer, die durch ein angekündigte, aber nicht umsetzbare Preiserhöhung solche wirtschaftlichen Nachteile erlitten haben, sich nicht weiterhin selbst schädigend verhalten und – wie in der oben exemplarisch angeführten Kommissionsentscheidung „Selbstdurchschreibepapier“ – in Abständen von wenigen Monaten wiederholt nicht umsetzbare Preiserhöhungen ankündigen. Hieraus rechtfertigt sich bei wiederholt verabredeten und angekündigten Preiserhöhungen die Vermutung, dass diese Preiserhöhungen auch im wesentlichen umgesetzt wurden.

b) *Monopolkartelle*

Wenn bei Monopolkartellen eine verabredete Preiserhöhung nicht erfolgreich umgesetzt wird, kann dies nur auf mangelhafte Kartelldisziplin zurück zu führen sein, d.h., dass einige oder alle Kartellteilnehmer verabredungswidrige Preisnachlässe gewährt haben. Von Kartellen mit mangelhafter Kartelldisziplin profitieren die Kartellteilnehmer

am stärksten, die sich am wenigsten um die Durchsetzung der verabredeten Preiserhöhungen bemühen. Denn diese disziplinslosen Kartellteilnehmer können die Kartellabsprache dazu nutzen, ihre Marktanteile zu Lasten der disziplinierten Kartellteilnehmer auszuweiten, indem sie verabredungswidrig zu günstigeren Preisen anbieten. Ein Kartell mit mangelhafter Kartelldisziplin werden daher rational handelnde disziplinierte Kartellteilnehmer nicht durch weitere Preisabsprachen fortsetzen, weil sie sich dadurch selbst schädigend verhalten würden. Folglich ist es gerechtfertigt, daraus, dass ein Monopolkartell mit festem Teilnehmerkreis durch weitere Kartellabsprachen fortgesetzt wurde, darauf zu schließen, dass die Kartellteilnehmer verabredete Preiserhöhungen diszipliniert umgesetzt haben.

## **5. Vorschlag zur Schadensberechnung mit und ohne Schadensabwälzung auf Grundlage der Umsetzungsvermutung**

### *a) Schadensberechnung ohne Schadensabwälzung*

Hinsichtlich der Schadensberechnung ohne Schadensabwälzung schlagen wir vor, eine Regelung zu erlassen, nach der der Schaden von Geschädigten vermutet wird und zwar in der Höhe des Produkts aus verabredeten und angekündigten Preiserhöhungen einerseits und den Umsätzen des Geschädigten im betroffenen Produkt und Zeitraum andererseits. Der jeweilige Zeitraum sollte mit dem Zeitpunkt der Ankündigung der jeweiligen Preiserhöhung beginnen und 3 Monate nach Aufdeckung des betreffenden Kartells enden, da Kartellwirkungen typischerweise nach Aufdeckung des Kartells langsam zurück gehen.

b) *Schadensberechnung mit Schadensabwälzung*

Zur Berechnung von Schäden mit Schadensabwälzung schlagen wir vor, eine Regelung zu erlassen, die im Ausgangspunkt mit der Schadensberechnung ohne Schadensabwälzung übereinstimmt, aber wie folgt zu modifizieren ist:

Von den verabredeten und angekündigten Preiserhöhungen sind die weitergereichten Preiserhöhungen in Abzug zu bringen und nur der verbleibende Betrag mit den Umsätzen des Geschädigten im betroffenen Produkt und Zeitraum zu multiplizieren. Im Gegenzug ist der entgangene Gewinn hinzuzurechnen, der sich berechnet als Produkt aus dem durchschnittlichen Gewinn des Geschädigten je Produkteinheit vor Kartellbeginn und der Anzahl der Produkteinheiten, die der Geschädigte während des Kartellzeitraums bzw. der Schadensabwälzung weniger absetzen konnte als vor Beginn des Kartells bzw. der Schadensabwälzung. Dabei wird unterstellt, dass der Geschädigte ohne Schadensabwälzung denselben Preis je Produkteinheit verlangt hätte und dabei dieselbe Menge an Produkteinheiten hätte absetzen können, sich also die Marktverhältnisse allein kartellbedingt verändert haben.

Dies wird zwar nicht immer den tatsächlichen Umständen entsprechen. Um eine einfache Schadensberechnung zu gewährleisten, erscheint es jedoch erforderlich, diese Annahme der Berechnung eines vermuteten Mindestschadens zugrunde zu legen. Ansonsten müsste der Geschädigte den Nachweis führen, dass sämtliche anderen die Marktverhältnisse beeinflussenden Faktoren unverändert geblieben sind, was angesichts der Vielfältigkeit und Komplexität solcher Faktoren regelmäßig scheitern wird. Umgekehrt bliebe dem Kartellteilnehmer bei Erlass der vorgeschlagenen Regelung der Nachweis vorbehalten, dass bestimmte Faktoren die Marktverhältnisse auch ohne Kartell

zu Lasten des Geschädigten verändert hätten. Ein solcher Nachweis, dass eine bestimmte Veränderung stattgefunden hat, ist auch einfacher zu führen, als der Nachweis, dass *keinerlei* Veränderung stattgefunden hat.

## **6. Vorschlag zur Schadensberechnung bei fehlender Grundlage für eine Umsetzungsvermutung**

### *a) Schadensberechnung ohne Schadensabwälzung*

Neben die Schadensberechnung auf Grundlage der dargestellten Umsetzungsvermutung sollte eine Auffangregelung für den Fall treten, dass eine Kommissionsentscheidung keine Feststellungen zur wiederholten Verabredung von Preisabsprachen enthält und damit keine Grundlage für eine Umsetzungsvermutung bietet. Für diesen Fall sollte vorgesehen werden, dass jedes Kartell in Abhängigkeit davon, wie intensiv es von den Kartellteilnehmern betrieben wurde, einer von drei Klassen zugeordnet wird und sollte an diese Klassifizierung ein vermuteter Mindestschaden anknüpfen.

So wäre es beispielsweise denkbar, bei wenig intensiv betriebenen Kartellen, bei denen keine konkreten Preisabsprachen, Marktaufteilungen oder Ähnliches vereinbart wurden, aber ein Informationsaustausch mit der Ziel der Verhinderung von Wettbewerb stattgefunden hat, von einem vermuteten Mindestschaden von 3% des Umsatzes im betroffenen Produkt und Zeitraum auszugehen.

Bei durchschnittlich intensiv betriebenen Kartellen, bei denen Preisabsprachen und Marktaufteilungen oder Ähnliches vereinbart wurden, dies aber nicht über einen längeren Zeitraum erfolgt ist und auch keine Mechanismen zur Kontrolle der Umsetzung der Vereinbarungen vorgesehen waren, könnte von einem vermuteten Mindestschaden von

6% des Umsatzes im betroffenen Produkt und Zeitraum ausgegangen werden.

Schließlich könnte bei besonders intensiv betriebenen Kartellen, bei denen die vorgenannten Absprachen über einen längeren Zeitraum erfolgt sind und auch Mechanismen zur Kontrolle der Umsetzung der Vereinbarungen vorgesehen waren, von einem vermuteten Mindestschaden von 9% des Umsatzes im betroffenen Produkt und Zeitraum ausgegangen werden.

Ideal wäre es aus unserer Sicht, wenn die Kommission diese Klassifizierung bereits in ihrer Bußgeldentscheidung vornehmen würde, weil dann sicher gestellt wäre, dass diese Klassifizierung von Gerichten einheitlich angewendet werden kann.

*b) Schadensberechnung mit Schadensabwälzung*

Wie bei der Schadensberechnung auf Grundlage der Umsetzungsvermutung würde auch hier die Schadensberechnung mit Schadensabwälzung im Ausgangspunkt mit der Schadensberechnung ohne Schadensabwälzung übereinstimmen und müsste in derselben Weise modifiziert werden:

Von dem jeweiligen Prozentsatz (3%, 6% oder 9%) müssten die weitergereichten Preiserhöhungen in Abzug gebracht werden. Im Gegenzug wäre der entgangene Gewinn hinzuzurechnen, der ebenso zu berechnen ist wie bei der Schadensberechnung auf Grundlage der Umsetzungsvermutung.

## **B. Schadensersatzberechtigung indirekter Abnehmer**

Zu Recht hat die Kommission im Weißbuch festgestellt, dass nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>5</sup> auch indirekte Abnehmer klagebefugt sind. Die Klagebefugnis indirekter Abnehmer ist daher bereits jetzt geltendes europäisches Recht.

Gegen die Schadensersatzberechtigung indirekter Abnehmer wurde teilweise vorgebracht, dass direkte Abnehmer besser in der Lage seien, erlittene Schäden zu beziffern und durchzusetzen und daher die Klagebefugnis bei den direkten Abnehmern konzentriert werden solle. Dabei wird jedoch übersehen, dass direkte Abnehmer regelmäßig in langjährigen Geschäftsbeziehungen zu den Kartellteilnehmern stehen und nach unserer Erfahrung häufig die Geltendmachung von Kartellschadensersatzansprüchen durch direkte Abnehmer allein deshalb unterbleibt, weil eine Belastung einer bestehenden Geschäftsbeziehung bzw. die Behinderung durch marktmächtige Kartellteilnehmer befürchtet wird. Solche geschäftspolitischen Erwägungen sind nach unserer Erfahrung nach den bisherigen Ungewissheiten bei der Schadensberechnung das zweitgrößte praktische Hindernis bei der Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen. Die Klagebefugnis indirekter Abnehmer trägt zur Überwindung dieses Hindernisses bei, weil zwischen indirekten Abnehmern und Kartellteilnehmern regelmäßig keine geschäftlichen Beziehungen bestehen, die durch die Geltendmachung von Kartellschadensersatzansprüchen belastet würden. Eine weitere Regelung, durch die dieses praktische Hindernis sehr effektiv reduziert werden könnte, wäre eine Regelung im Rahmen der vorgeschlagenen Verbands- oder Opt-in-Gruppenklagen, nach der

---

<sup>5</sup> EuGH 13.7.2006, Rs. C-295/04 bis C-298/04 (*„Manfredi“*).

Ansprüche geschädigter direkter Abnehmer anonymisiert, d.h. ohne Offenlegung der Identität des direkten Abnehmers geltend gemacht werden könnten.

Auch wenn die Schadensersatzberechtigung indirekter Abnehmer bereits jetzt geltendes europäisches Recht ist, sollte dies zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit ausdrücklich geregelt werden. Denn nach unserer Erfahrung wird die diesbezüglich Rechtsprechung des EuGH nicht immer als eindeutig angesehen. So hat beispielsweise das Oberlandesgerichts Karlsruhe in dem von uns betreuten Kartellschadensersatzverfahren die Auffassung vertreten, dass das Urteil des EuGH vom 13.7.2006 (Rs. C-295/04 bis C-298/04 - "*Manfredi*") zwar so verstanden werden könne, dass indirekte Abnehmer schadensersatzberechtigt seien, hat dies aber keinesfalls als eindeutig angesehen.

## C. Bindungswirkung von Entscheidungen nationaler Wettbewerbsbehörden

### 1. Bindungswirkung nur hinsichtlich des Verstoßes?

Nach Artikel 16 der Verordnung Nr.1/2003 dürfen Gerichte der Mitgliedstaaten, die nach Artikel 81 oder 82 des Vertrags über Vereinbarungen, Beschlüsse oder Verhaltensweisen zu befinden haben, die bereits Gegenstand einer Entscheidung der Kommission sind, keine Entscheidungen erlassen, die der Entscheidung der Kommission zuwiderlaufen. Die Bindungswirkung des Artikels 16 der Verordnung Nr. 1/2003 ist daher nicht auf die Feststellung des Verstoßes gegen Art. 81 EG beschränkt, sondern erfasst sämtliche Feststellungen der entsprechenden Kommissionsentscheidung. Diese Unterscheidung ist bedeutsam, weil die Feststellung des Verstoßes sich häufig auf die Feststellungen zur Verabredung von Preiserhöhungen beschränkt und nicht notwendig die Feststellungen zur Ankündigung und gegebenenfalls Umsetzung von Preiserhöhungen mit einschließt. Denn zur Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 81 EG genügt es, Verhaltensweisen nachzuweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs *bezwecken*. Die Europäische Kommission muss zum Nachweis eines Verstoßes gegen Art. 81 EG nicht nachweisen, dass die festgestellten Verhaltensweisen auch eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs *bewirkt haben*. Dennoch finden sich in Bußgeldentscheidungen der Kommission teilweise Feststellungen zu Verstoßfolgen, z.B. zur Ankündigung und Umsetzung verabredeter Preiserhöhungen. Es ist kein Grund ersichtlich, wieso solche Feststellungen für Gerichte, die über Kartellschadensersatz zu entscheiden haben, nicht ebenso bindend sein sollten wie die den Verstoß gegen Art. 81

EG begründenden Feststellungen. Art. 16 der Verordnung 1/2003 unterscheidet dementsprechend auch nicht zwischen Feststellungen zur Begründung des Verstoßes gegen Art. 81 EG und sonstigen Feststellungen.

Anders ist die Bindungswirkung in § 33 Abs.4 S.1 GWB im deutschen Kartellrecht geregelt. Danach ist Bindungswirkung auf die Feststellung des Verstoßes beschränkt.<sup>6</sup> Diese Regelung wird für Bußgeldentscheidungen der Europäischen Kommission zwar durch Art. 16 der Verordnung 1/2003 überlagert, gilt aber für Entscheidungen anderer Wettbewerbsbehörden.

Der Vorschlag des Weißbuchs zur Bindungswirkung sollte daher dahingehend präzisiert werden, dass die Bindungswirkung nicht nur die Feststellung des Verstoßes, sondern entsprechend der Regelung in Art. 16 der Verordnung 1/2003 sämtliche Feststellungen der jeweiligen Wettbewerbsbehörde erfassen sollte.

## **2. Bindungswirkung auch zu Lasten von Geschädigten?**

Der Vorschlag des Weißbuchs zur Bindungswirkung von bestandskräftigen Entscheidungen nationaler Wettbewerbsbehörden und zum Beginn einer neuen Verjährungsfrist ab bestandskräftiger Entscheidung einer Wettbewerbsbehörde soll gewährleisten, dass nach bestandskräftiger Entscheidung einer Wettbewerbsbehörde genug Zeit zur Vorbereitung einer Schadensersatzklage verbleibt.<sup>7</sup>

Dabei wird allerdings übersehen, dass bis zur bestandskräftigen Entscheidung einer Wettbewerbsbehörde so viele Jahre vergehen können,

---

<sup>6</sup> So bereits der ausdrückliche Wortlaut des § 33 Abs. 4 S. 1 GWB: „(...) ist das Gericht insoweit an die Feststellung des Verstoßes gebunden (...)“; vgl. auch *Bechthold*, GWB, 4. Aufl., 2006, Rn.36.

<sup>7</sup> Weißbuch „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrecht“ vom 2.4.2008, KOM(2008) 165 endg., 2.7.

dass bei Eintritt der Bestandskraft eine Schadensersatzklage nicht mehr vorbereitet werden kann, weil notwendige Unterlagen und Informationen längst vernichtet wurden. So betrifft beispielsweise die Bußgeldentscheidung der Europäische Kommission vom 20. Dezember 2001 (COMP/E-1/36.212 – *Selbstdurchschreibepapier*) einen Kartellzeitraum von 1993 bis 1996. Diese Bußgeldentscheidung wurde am 26. April 2007 vom Europäischen Gericht Erster Instanz im Wesentlichen bestätigt<sup>8</sup>, allerdings erneut durch Rechtsmittel vor dem EuGH<sup>9</sup> angefochten und daher bis auf den heutigen Tag nicht bestandskräftig. Mit einer Entscheidung durch den EuGH ist laut Auskunft der Pressestelle vom 27. März 2008 dieses Jahr nicht mehr zu rechnen. Folglich wird diese Bußgeldentscheidung frühestens 2009 bestandskräftig und damit 16 Jahre nach Beginn des festgestellten Kartellzeitraums. Es kann nicht damit gerechnet werden, dass Geschädigte des Selbstdurchschreibepapierkartells dann noch über die notwendigen Unterlagen und Informationen verfügen, um eine Schadensersatzklage vorbereiten zu können. Umgekehrt werden die wenigsten Geschädigte bereit sein, bereits nach Erlass einer Bußgeldentscheidung der Europäischen Kommission ihre Schadenersatzklagen vorzubereiten ohne zu wissen, ob diese Klagen dann 7-10 Jahre später bei Eintritt der Bestandskraft eingereicht werden können. Deshalb sollte die Regelung zur Bindungswirkung in einer Weise ausgestaltet sein, welche die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen vor Bestandskraft der entsprechenden Bußgeldentscheidungen a) nicht behindert, sondern b) begünstigt.

---

<sup>8</sup> EuG 26.4.2007, Rs. T-109/02, T-118/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 und T-136/02.

<sup>9</sup> Rechtsmittel der Papierfabrik August Köhler AG gegen das Urteil EuG vom 26.4.2007, Abl. EG 2007 C 223/5.

a) *Keine Behinderung der Anspruchsdurchsetzung durch Bindungswirkung*

Zu einer Behinderung der Anspruchsdurchsetzung durch die Regelung zur Bindungswirkung kann es kommen, wenn sie so verstanden wird, dass Schadensersatzklagen immer auszusetzen sind, solange keine bestandskräftige Bußgeldentscheidung vorliegt. In dieser Weise wurde die Regelung zur Bindungswirkung nach § 33 Abs. 4 S. 1 GWB im deutschen Kartellrecht durch das Oberlandesgericht Karlsruhe in dem von uns betreuten Kartellschadensersatzverfahren hinsichtlich des Selbstdurchschreibepapierkartells verstanden.<sup>10</sup> Obwohl sich das vor dem EuGH eingelegte Rechtsmittel gegen die Bußgeldentscheidung der Europäischen Kommission auf Umstände beschränkte, die für das Kartellschadensersatzverfahren irrelevant sind (Bußgeldhöhe und Kartellbeteiligung für einen Zeitraum, für den kein Schadensersatz verlangt wurde), hat das Oberlandesgericht Karlsruhe das Kartellschadensersatzverfahren mit der Begründung ausgesetzt, dass derzeit keine bestandskräftige Entscheidung vorläge.<sup>11</sup>

Um künftig zu verhindern, dass Regelungen zur Bindungswirkung die Anspruchsdurchsetzung behindern, sollte die Regelung zur Bindungswirkung so ausgestaltet sein, dass sie schon für Feststellungen gilt, die nicht mehr durch Rechtsmittel angefochten werden, auch wenn andere Feststellungen noch mit Rechtsmitteln angefochten werden und damit die Bußgeldentscheidung insgesamt noch nicht bestandskräftig ist.

---

<sup>10</sup> Beschluss des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 19. November 2007 (Az. 6 U 118/05).

<sup>11</sup> Gerade umgekehrt wurde die Frage vom Oberlandesgericht Düsseldorf entschieden (Beschluss vom 5. März 2006 (Az. VI-W (Kart) 6/06): Die Vorschrift des § 33 Abs. 4 GWB diene ausschließlich dem Schutz des Geschädigten und dürfe sich daher nicht zu Lasten des Geschädigten auswirken.

b) *Förderung der Anspruchsdurchsetzung durch ergänzende Regelungen zur Bindungswirkung*

Um die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen schon vor Bestandskraft der entsprechenden Bußgeldentscheidung zu begünstigen, sollte angeordnet werden, dass Bußgeldentscheidungen, die zwar noch nicht bestandskräftig sind, aber auch nicht aufgehoben wurden, zur zivilprozessualen Darlegung der darin getroffenen Feststellungen genügen. Bei noch nicht bestandskräftigen Bußgeldentscheidungen ist es zwar nicht gerechtfertigt, Gerichte an die dort getroffenen Feststellungen zu binden. Es spricht jedoch nichts dagegen, anzuordnen, dass die Vorlage der Bußgeldentscheidung zur Darlegung der darin getroffenen Feststellungen genügt und einem Urteil zugrunde zulegen ist, solange der Kartellteilnehmer diese Feststellungen nicht widerlegt.

Wir hoffen, mit diesen Vorschlägen zur Entwicklung eines effektiven privaten Kartellschadensersatzrechts beigetragen zu haben und stehen zur Diskussion unserer Vorschläge sowie für etwaige Rückfragen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Philipp Massari

Rechtsanwalt