

20. Mai 2008

Stellungnahme des Verbraucherzentrale Bundesverbandes

zum Weißbuch

**„Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-
Wettbewerbsrechts“**

KOM(2008) 165 endgültig

Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (vzbv)
Fachbereich Wirtschaft
Markgrafenstr. 66
10969 Berlin
wirtschaft@vzbv.de
www.vzbv.de

ZUSAMMENFASSUNG	3
ZUM WEIßBUCH IM EINZELNEN	4
1. Zweck und Gegenstand des Weißbuchs	4
1.1. Gründe für die Vorlage eines Weißbuchs über Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts	4
1.2 Ziele, Leitprinzipien und Gegenstand des Weißbuchs	5
2. Vorgeschlagene Maßnahmen und rechtspolitische Optionen	6
2.1 Klagebefugnis: indirekte Abnehmer und kollektiver Rechtsschutz	6
2.2 Zugang zu Beweismitteln: Offenlegung von Beweismitteln zwischen den Parteien	8
2.3 Bindungswirkung von Entscheidungen nationaler Wettbewerbsbehörden	8
2.4 Verschuldenserfordernis	8
2.5 Schadensersatz	9
2.6 Schadensabwälzung	10
2.7 Verjährung	10
2.8 Kosten einer Schadensersatzklage	10
2.9 Verhältnis zwischen Kronzeugenprogrammen und Schadensersatzklagen	11

Zusammenfassung

Der Verbraucherzentrale Bundesverband begrüßt die Initiative der Europäischen Kommission zur besseren Durchsetzung des EG-Wettbewerbsrechts (Kartellrechts). Das Weißbuch stellt die Kompensation von erlittenen Schäden infolge von Kartellrechtsverletzungen und die damit eng verbundene Frage der Rechtsdurchsetzung in den Mittelpunkt der Wettbewerbspolitik. Die Diskussion sollte sich nunmehr auf die Frage konzentrieren, mit Hilfe welcher materiell- und verfahrensrechtlicher Instrumente Schadensersatzansprüche von Endverbrauchern und anderen Marktteilnehmern am sachgerechtesten und effektivsten zur Durchsetzung verholfen werden kann.

Die Feststellungen des Weißbuchs und die daran anknüpfenden politischen Schlussfolgerungen sind dabei für das deutsche Kartellrecht sicherlich nicht alle gleichermaßen zutreffend. Mit der 7. GWB-Novelle konnten erste materiellrechtliche und verfahrensrechtliche Verbesserungen erreicht werden, die nicht nur für das deutsche Kartellrecht, sondern ebenso für die Durchsetzung des EG-Wettbewerbsrechts vor deutschen Gerichten gelten. Doch auch nach der 7. GWB-Novelle sind die Möglichkeiten für Verbraucher, Schadensersatzansprüche durchzusetzen, tatsächlich sehr begrenzt. Es fehlen noch immer die für eine effektive Rechtsdurchsetzung erforderlichen prozessualen Erleichterungen und verfahrensrechtlichen Bündelungsmöglichkeiten für einen kollektiven Rechtsschutz und einer Verbandsklage für Verbraucherverbände.

Die verbraucherpolitischen Kernforderungen für eine bessere Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Erforderlich ist eine **Musterfeststellungsklage** für **Verbraucherverbände**, mit der komplexe kartellrechtliche Fragestellungen über Schadensberechnung, Kausalität und Verschulden geklärt werden können; dadurch könnten in einem einzigen Verfahren alle wettbewerbsrechtlichen Probleme, die Verbraucher im Einzelfall von einer Klage abhalten, geklärt werden.
2. Erforderlich sind **Erleichterungen** bei der **Berechnung der Schadenshöhe**; nach einem festgestellten Kartellrechtsverstoß sollte die Schadenshöhe gerichtlich geschätzt werden können; die exakte Bestimmung sollte in schwierigen Fällen ähnlich wie beim Schmerzensgeld dem richterlichen Ermessen überlassen werden.
3. Erforderlich ist eine **Vermutung für Verschulden** mit möglichem Entlastungsbeweis auf Seiten des Schädigers; nach einem rechtskräftig festgestellten Kartellrechtsverstoß kann es nicht Aufgabe der Geschädigten sein, schuldhaftes Verhalten nachzuweisen;
4. Schließlich sollte zur Erleichterung der Rechtsdurchsetzung auf einen **Kostenerstattungsanspruch** bei Erfolglosigkeit der Klage verzichtet werden; wer rechtskräftig gegen Kartellrecht verstoßen hat, sollte sich auf eigene Kosten gegen Schadensersatzansprüche der potenziell Geschädigten verteidigen müssen.

Zum Weißbuch im Einzelnen

1. Zweck und Gegenstand des Weißbuchs

1.1 Gründe für die Vorlage eines Weißbuchs über Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts

Die Wettbewerbspolitik in Europa und in Deutschland beruht bislang vor allem auf Untersagung und Abschreckung im Wettbewerbsrecht. Insofern ist den Schlussfolgerungen der Europäischen Kommission im Grünbuch vom Dezember 2005 zuzustimmen, dass das System der Schadensersatzklagen in den Mitgliedstaaten bislang „völlig unterentwickelt“¹ sei. Dies gilt mit Einschränkung auch für Deutschland, obwohl hier mit dem neuen Schadensersatzanspruch für alle Marktteilnehmer sowie der Bindungswirkung von Kartellrechtsentscheidungen bereits erste Fortschritte erzielt werden konnten.

Der Verbraucherzentrale Bundesverband teilt die Einschätzung im Weißbuch, dass ein effektiver Schadensersatzanspruch jedes einzelnen Marktteilnehmers im EG-Wettbewerbsrecht verankert ist. Der Europäische Gerichtshof hat dieses „Jedermannsrecht“ in mehreren Entscheidungen bekräftigt. Es handelt sich dabei aber um einen sehr theoretischen Anspruch, der vor dem Hintergrund schwieriger juristischer und wirtschaftlicher Fragestellungen im Kartellrecht in der Regel nicht durchsetzbar ist. Zu viele Hürden halten Verbraucher in der Praxis immer noch davon ab, kartellrechtliche Schäden gerichtlich geltend zu machen. Es ist deshalb folgerichtig, wenn die EU-Kommission die Beseitigung dieser Hürden stärker ins Zentrum ihrer Wettbewerbspolitik rückt.

Der im deutschen Recht geschaffene Schadensersatzanspruch (§ 33 Abs. 3 GWB) ermöglicht zwar theoretisch jedem Marktteilnehmer eine Kompensation seines erlittenen Schadens. Praktisch wird dabei aber übersehen, dass eine Anspruchsgrundlage alleine im Kartellrecht lediglich eine notwendige, nicht aber hinreichende Bedingung für die Rechtsdurchsetzung sein kann. Verbraucher, die einen Schaden erlitten haben, werden mit der im Kartellrecht „äußerst komplexen Feststellung und Analyse der zugrundeliegenden Tatsachen und ökonomischen Zusammenhänge“² nach wie vor weitgehend alleine gelassen.

Vor diesem Hintergrund ist es zu begrüßen, dass die EU-Kommission einen EU-weiten Mindeststandard bei der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen gewährleisten und damit mehr Rechtssicherheit auch und vor allem für die betroffenen Verbraucher schaffen möchte.

¹ Grünbuch „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts“ KOM(2005) 672 endgültig, Seite 4.

² Vgl. Weißbuch „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrecht“ KOM(2008) 165 endgültig, Seite 2.

1.2 Ziele, Leitprinzipien und Gegenstand des Weißbuchs

Die Kommission bezieht sich im Weißbuch auf das zugrundeliegende Arbeitspapier und den Folgenabschätzungsbericht. Letzterer stellt fünf Optionen für das weitere Vorgehen zur Diskussion. Der Verbraucherzentrale Bundesverband teilt die Einschätzung im Folgenabschätzungsbericht, dass die vorgeschlagenen Optionen 1, 2 und 3 für sich oder kombiniert in jedem Fall die Möglichkeiten zur Rechtsdurchsetzung erheblich verbessern können.³ Abzulehnen sind demgegenüber die Optionen 4 und 5.

Die Option 5 („Nichtstun“) ist vor dem Hintergrund der bislang unbefriedigenden Berücksichtigung von Verbraucherinteressen im Kartellrecht keine echte Option; würde sich die Kommission für die Option 5 entscheiden, würde das dem Scheitern der gesamten Initiative gleichkommen. Die Option 4 (unverbindliche Empfehlungen) würde die Rechtslage für Verbraucher vermutlich nicht verbessern. Zumindest in Deutschland resultieren die besonderen Probleme des Kartellrechts aus traditionellen Rechts- und Verfahrensprinzipien, die sich im Kartellrecht als unzweckmäßig erweisen. Änderungen in diesen Bereichen werden ohne verbindliche Vorgaben der EU nicht zu erreichen sein.

Den Kernforderungen in dieser Stellungnahme entspricht im Wesentlichen die **Option 2**, die offenbar auch den politischen Vorschlägen im Weißbuch zugrunde liegt. Option 2 sieht eine „Opt-in“-Gruppenklage vor, die von einem Verband geführt werden kann und der sich betroffene Verbraucher freiwillig anschließen können. Darüber hinaus werden Beweiserleichterungen vorgeschlagen, wenn die Geschädigten auf Grundlage der Ihnen zugänglichen Informationen einen möglichen Schaden schlüssig vorgetragen haben. Ein Verschulden für den Rechtsverstoß wird gesetzlich vermutet, so dass der Entlastungsbeweis dem Schädiger obliegt.

Der Kommission ist insbesondere darin zuzustimmen, dass das vorrangige Ziel darin liegen muss, die rechtlichen Rahmenbedingungen für Geschädigte zu verbessern. Das wichtigste Leitprinzip sollte dabei jedoch nicht nur – wie es das Weißbuch sagt – die vollständige Entschädigung sein, sondern vor allem der **einfachere Zugang zum Recht für möglichst viele betroffene Verbraucher**.

Auch die im Weißbuch betonte stärkere Abschreckungswirkung durch vollständige Entschädigung kann nur eine zusätzliche Motivation für die Erleichterung der Schadensersatzklage sein. Das eigentliche Ziel der Initiative muss die **Kompensation** der geschädigten Verbraucher und Unternehmen sein.

Die **Unterbindung** und **Sanktionierung** von Wettbewerbsverstößen muss demgegenüber weiterhin von den **staatlichen Kartellbehörden** gewährleistet werden. Der Verbraucherzentrale Bundesverband kann und will diese Aufgaben auch in Zukunft nicht wahrnehmen, sondern lediglich die Kompensation betroffener Verbraucher unterstützen. Denn auch eine Verbandsklage für Verbraucherverbände oder eine Gruppenklage mehrerer Verbraucher zur leichteren Durchsetzung von individuellen Schadensersatzansprüchen wird in den meisten Fällen nur auf Grundlage einer rechtskräftigen Behördenentscheidung möglich sein. Die Diskussion über die bessere Durchsetzung von Schadensersatzklagen darf deshalb nicht – wie etwa im Lauterkeitsrecht – das Behördenprinzip in Frage stellen.

³ Folgenabschätzungsbericht „Impact Assessment“ SEC(2008) 405, Seite 28 ff..

2. Vorgeschlagene Maßnahmen und rechtspolitische Optionen

2.1 Klagebefugnis: indirekte Abnehmer und kollektiver Rechtsschutz

Vorab: Gruppenklage bedeutet nicht „Class-action“ nach U.S.-amerikanischem Vorbild

Im Wettbewerbsrecht werden häufig sehr viele Verbraucher durch einen einzigen Rechtsverstoß geschädigt. Einem sehr komplexen Fall steht in der Regel ein verhältnismäßig geringer Schaden im Einzelfall gegenüber. Damit auch in diesen Fällen möglichst viele Verbraucher entschädigt werden können, müssen ihre Interessen in einem einheitlichen Verfahren gebündelt werden. Der Verbraucherzentrale Bundesverband plädiert deshalb für eine Musterfeststellungsklage, die nicht zuletzt dazu beitragen kann, die Justiz von zahlreichen Einzelverfahren zu entlasten.

Mit der „Class-action“ im U.S.-amerikanischen Stil hat diese Gruppenklage hingegen nur wenig gemeinsam. Zwar werden in beiden Fällen sehr viele Kläger in einem Gerichtsverfahren vertreten. Die Class action zeichnet sich aber gerade dadurch aus, dass

- a) den Klägern ein Vielfaches des tatsächlichen Schadens zugesprochen werden kann;
- b) die klagenden Rechtsanwaltskanzleien einen Großteil dieses Schadensersatzes als Honorar erhalten;
- c) Anwaltskanzleien derartige Verfahren für alle betroffenen Verbraucher anmelden können, solange diese nicht widersprechen (Opt-out) und
- d) dadurch erhebliche Anreize für ungerechtfertigte Klagen geschaffen werden, die selbst rechtstreue Unternehmen zu kostspieligen Vergleichen zwingen.

Vor dem Hintergrund häufiger Kritik möchten wir klarstellen, dass wir mit der von uns geforderten Gruppenklage in Form einer Musterfeststellungsklage keinen einzigen dieser Punkte unterstützen!

Kartellrechtsverfahren zeichnen sich dadurch aus, dass sie einerseits sehr komplexe Fragen aufwerfen, deren Beantwortung viel Sachkompetenz und Zeit beansprucht, während andererseits eine Vielzahl von Verbrauchern betroffen sind. Eine Verbesserung der Rechtsdurchsetzung für Verbraucher sollte deshalb damit beginnen, diese schwierigen Probleme zu bündeln, damit sie für alle betroffenen Verbraucher in einem einzigen Verfahren bearbeitet werden können.

Eine solche verfahrensrechtliche Bündelung ist im deutschen Recht bislang nicht möglich. Verbraucherverbände können sich lediglich die Ansprüche in jedem Einzelfall abtreten lassen und gerichtlich einklagen. Wie diesbezügliche Erfahrungen zeigen, ist dieses Verfahren bei einer großen Zahl von Klägern organisatorisch kaum zu bewältigen.

Aus deutscher Sicht kommt es deshalb entscheidend darauf an, eine Gruppenklage in Form einer **Musterfeststellungsklage** für qualifizierte Einrichtungen wie Verbraucherverbände zu schaffen. Diese könnten dann in einem einzigen Gerichtsverfahren schwierige Fragen tatsächlicher und rechtlicher Art klären lassen. Die Gerichtsentscheidung wäre für diejenigen Verbraucher, die sich diesem **Opt-In-Verfahren** im Vorfeld freiwillig angeschlossen haben, **bindend**.

Die Bündelung von Ansprüchen ist nicht nur aus Gesichtspunkten des Verbraucherschutzes, sondern besonders auch aus Gründen der **Prozessökonomie** dringend erforderlich. Um die begrenzten Kapazitäten der Justiz zu schonen, sollten die Rechte der Verbraucher effektiv

gebündelt werden können und die Möglichkeit bestehen, für eine Vielzahl potenzieller Kläger eine einzige Klage einreichen zu können. Die Verfahren müssen transparent und organisatorisch einfach gestaltet sein. Elektronische Klageregister oder andere Veröffentlichungspflichten für laufende Klageverfahren könnten für Transparenz sorgen.

Ein solches **Opt-In-Verfahren** sollte so ausgestaltet sein, dass alle grundsätzlichen Fragen wie zum Beispiel die Abwälzung von Kartellschäden innerhalb der Vertriebskette bis hin zum Endverbraucher für alle beteiligten Verbraucher festgestellt werden können. Die Gerichtsentscheidung müsste dann für die angeschlossenen Verbraucher verbindlich sein, so dass diese auf Grundlage ihrer individuellen Abnahmemengen ihren jeweiligen Schaden geltend machen können.

Nur soweit die individuelle Betroffenheit des einzelnen Verbrauchers dann überhaupt noch streitig ist, wäre über dessen Schadensersatzanspruch in sich anschließenden individuellen Verfahren zu entscheiden. Andernfalls sollte bereits das Musterfeststellungsverfahren für die anschließende Entschädigung der betroffenen Verbraucher ausreichen.

Ein so ausgestaltetes Klagerecht würde sich wegen des damit verbundenen Organisationsaufwands vor allem für Streuschäden mit **spürbarer finanzieller Betroffenheit** der einzelnen Verbraucher eignen (beispielsweise mehr als 100 Euro pro Verbraucher). Bei den im Weißbuch angesprochenen „**relativ geringwertigen Streuschäden**“ wäre die Musterfeststellungsklage demgegenüber nur in bestimmten Fällen praktikabel. Denn bei Schäden von wenigen Cent oder Euro beim einzelnen Verbraucher wird eine individuelle Entschädigung der vertretenen Verbraucher wegen des damit verbundenen Aufwands in vielen Fällen wenig praktikabel sein. Doch sind auch relativ geringwertige Streuschäden denkbar, die mit Hilfe einer Feststellungsklage kompensiert werden könnten, wenn folgende Voraussetzungen zutreffen:

- Obwohl der Schaden im Einzelfall sehr gering ist, sind so **viele Verbraucher betroffen**, dass dies den Aufwand für eine Feststellungsklage insgesamt rechtfertigt und
- die Entschädigung kann – zum Beispiel im Rahmen eines laufenden Vertragsverhältnisses – unbürokratisch an den einzelnen Verbraucher ausbezahlt werden, weil dem zahlungspflichtigen Unternehmen die Bankverbindung bekannt ist oder eine **Verrechnung mit laufenden Zahlungsverpflichtungen** möglich ist.

Unabhängig von der Schadenshöhe sind Musterfeststellungsklagen auch dann sinnvoll, wenn sie der **Abwehr eines Entgelterhöhungsverlangens** dienen.

Beispiele für derartige Musterfeststellungsklagen sind Entschädigungs- oder Abwehransprüche im Rahmen von Verträgen über Gas, Strom, Telekommunikation oder Pay-TV. In diesen Fällen können auch sehr geringe Beträge für eine Vielzahl von Kunden über ein Kontokorrentverfahren erstattet werden.

Soweit eine unbürokratische Erstattung nicht möglich ist, würde die Gruppenklage unter Umständen zu einem unverhältnismäßigen Organisationsaufwand führen. In diesen Fällen sollte alternativ eine Verbandsklage zur **Vorteilsabschöpfung** zur Verfügung stehen, die nicht auf Kompensation der Verbraucher ausgerichtet ist, sondern eine Auskehrung des abgeschöpften Vorteils an eine Verbraucherorganisation oder eine andere gemeinnützige Organisation ermöglicht. Ein Anspruch auf Vorteilsabschöpfung für qualifizierte Verbraucherverbände war bereits im Rahmen der 7. GWB-Novelle in § 34a GWB-Entwurf enthalten und wurde von einschlägigen Expertenkreisen – insbesondere der Monopolkommission⁴ – nachdrücklich unterstützt.

⁴ Monopolkommission, XV. Hauptgutachten vom 30.11.2004, Ziffer 107.

2.2 Zugang zu Beweismitteln: Offenlegung von Beweismitteln zwischen den Parteien

Die im Weißbuch vorgeschlagenen Maßnahmen zur Beweiserleichterung sind notwendig, aber nicht ausreichend. Zum einen fehlt eine generelle Beweislastumkehr, zum anderen sollte bei entsprechenden Indizien auch die Darlegungslast beim Schädiger liegen, was letztlich auf eine Entlastungspflicht hinauslaufen würde.

Bei der Verletzung von Wettbewerbsrecht wird es den Klägern in vielen Fällen nicht gelingen, den Zusammenhang zwischen der Kartellrechtsverletzung und dem konkreten Schaden für den Endverbraucher darzulegen. Das gilt vor allem bei einer Weiterreichung des Schadens in der dem Kartellrechtsverstoß nachgelagerten Vertriebskette. Insoweit ist die vorgeschlagene Vermutung für eine Schadensabwälzung ein sehr wichtiger Schritt zur Beweiserleichterung.⁵ Diese Vermutung greift allerdings nur, wenn bereits bei einem anderen Abnehmer innerhalb der Vertriebskette ein Schaden festgestellt wurde. Ist dies nicht der Fall, hilft die Vermutung nicht weiter und die Beweislast liegt weiterhin beim Kläger. Sachgerecht wäre es, stattdessen den potenziellen Schädigern die gesamte Darlegungs- und Beweislast für die sie entlastenden Umstände aufzuerlegen.⁶

2.3 Bindungswirkung von Entscheidungen nationaler Wettbewerbsbehörden

Die Bindungswirkung von Entscheidungen nationaler Wettbewerbsbehörden leistet einen entscheidenden Beitrag zur Rechtssicherheit für Schadensersatzklagen im Wettbewerbsrecht. Es ist kaum vorstellbar, dass Verbraucherorganisationen im Wege einer Verbands- oder Gruppenklage gegen Unternehmen vorgehen, deren rechtswidriges Verhalten nicht zuvor von einer Kartellbehörde rechtskräftig festgestellt wurde.

Vor diesem Hintergrund ist die Bindungswirkung in § 33 Abs. 4 GWB auch verbraucherpolitisch sehr zu begrüßen. Eine Erweiterung der Vorschrift ist nach hiesiger Auffassung nicht erforderlich.

2.4 Verschuldenserfordernis

„Die Kommission sieht keine Gründe, weshalb Rechtsverletzer wegen Fehlens eines Verschuldens aus der Haftung entlassen werden sollten, es sei denn, ihr Verstoß gegen Artikel 81 und 82 ist auf einen entschuldbaren Irrtum zurückzuführen.“ Diese Einschätzung im Weißbuch ist sachgerecht. Es ist davon auszugehen, dass ein Verstoß gegen Wettbewerbsrecht in tatsächlicher Hinsicht nicht versehentlich passiert und Unkenntnis der Rechtslage in aller Regel keinen entschuldbaren Irrtum begründen darf. Vor diesem Hintergrund sollte jeder Verstoß solange als schuldhaft gelten, bis der Schädiger das Gegenteil bewiesen hat.

In Deutschland wird demgegenüber der Schadensersatzanspruch ausdrücklich vom Verschulden des Schädigers abhängig gemacht (§ 33 Abs. 3 Satz 1 GWB). Auch wenn die Rechtswidrigkeit das Verschulden in vielen Fällen indiziert, schafft die Regelung unnötige Rechtsunsicherheit. Das gilt insbesondere für das im deutschen Deliktsrecht erforderliche Verschulden bezüglich der Rechtswidrigkeit. Der Schädiger muss für einen Rechtsirrtum nur eintreten, wenn er mindestens fahrlässig gehandelt hat. Je schwieriger sich die Rechtslage darstellt, desto schwieriger wird auch der Verschuldensnachweis zu erbringen sein. Vor allem komplexe Rechtsfragen, wie sie im Kartellrecht häufig vorkommen, können damit zu erheblichen Beweisschwierigkeiten für die Geschädigten führen.

⁵ Vgl. Weißbuch Kapitel 2.6 (Seite 9).

⁶ Ebenso Monopolkommission a.a.O., Ziffer 108.

2.5 Schadensersatz

Der im Weißbuch erörterte Umfang des Schadensersatzes ist für Verbraucher nur von eingeschränktem Interesse. Entscheidend und unstrittig ist, dass Verbraucher jedenfalls in Höhe der gezahlten Mehrkosten entschädigt werden. Die Frage, inwieweit der Schadensersatz auch entgangene Gewinne umfassen sollte, ist für Verbraucher in der Regel nicht relevant. Der Anspruch auf Zinsen sollte den allgemeinen Regeln für Schadensersatzansprüche folgen. Um die Rechtsdurchsetzung für Endverbraucher zu erleichtern, sollte darüber hinaus geregelt werden, dass der Schadensersatzanspruch auch die notwendigen Aufwendungen einschließlich einer Entschädigung für regelmäßig nicht geringen Zeitaufwand (Freizeitverlust) umfasst.

Ein ganz entscheidender Punkt im Kapitel Schadensersatz, der im Weißbuch nur vergleichsweise knapp erörtert wird, betrifft die **Berechnungsmethode des Schadens**. Es ist bislang nicht ersichtlich, wie Endverbraucher bei einem Verstoß gegen das Kartellverbot (beispielsweise Konditionenkartell) oder bei Missbrauch von Marktmacht einen hypothetischen Marktpreis, den sie ohne den Rechtsverstoß gezahlt hätte, berechnen sollen. Nach bisherigem Recht ist diese Berechnung jedoch erforderlich, um den Schaden beziffern zu können.

Hier sind verschiedene Lösungsansätze denkbar, die auch über den Vorschlag im Weißbuch hinausgehen sollten. Zu unterstützen ist der Vorschlag der Kommission, einen unverbindlichen Orientierungsrahmen zur Berechnung des Schadensersatzes zur Verfügung zu stellen. Dabei sollten auch die im Weißbuch vorgeschlagenen approximativen Berechnungsmethoden verbindlich geregelt werden. Im Interesse einer leichteren Berechnung sollte die Kommission auch im konkreten Gerichtsverfahren Berechnungshilfen anbieten. Ihr würde damit eine Art Sachverständigenfunktion im Rahmen eines verbindlich zu legitimierenden Ausforschungsbeweises zukommen.⁷

Dieser Vorschlag sollte um ebenfalls verbindliche Regelungen zugunsten einer erleichterten Schadensberechnung ergänzt werden. Bislang müssen Geschädigte ihren Schadensersatzanspruch im Klagantrag konkret beziffern und die Bezifferung begründen, um die Unzulässigkeit oder Unschlüssigkeit der Klage zu vermeiden. Dies wird jedoch häufig zu Beginn des Verfahrens noch nicht möglich sein. Auch die gerichtliche Schätzungsbefugnis (§ 287 ZPO) etwa auf Grundlage des anteiligen Gewinns (§ 33 Abs. 3 Satz 3 GWB) hilft hier nicht weiter, denn sie setzt ebenfalls einen bezifferten Klagantrag voraus.

Die Schätzungsbefugnis sollte deshalb um eine **Ermessensentscheidung des Gerichts** erweitert werden. Die Höhe des Schadensersatzes könnte dann von Beginn an in das Ermessen des Gerichts gestellt werden. Eine ähnliche Bestimmung gibt es im deutschen Recht bereits zur Bemessung von Schmerzensgeldansprüchen (§ 253 Abs. 2 BGB). Da die Höhe des vom Gericht festzusetzenden Schmerzensgeldanspruchs häufig zu Beginn des Verfahrens nicht voraussehbar ist, ist ein unbezifferter Klagantrag zulässig. Der Kläger muss lediglich unter Darlegung des anspruchsbegründenden Sachverhalts ausreichende Tatsachen für die Bemessung des Anspruchs vortragen. Die ungefähre Größenordnung des Anspruchs ist nur anzugeben, soweit dies möglich ist.⁸ Vor dem Hintergrund der vergleichbaren Interessenlage sollte bei Schadensersatzklagen wegen Verletzung von Wettbewerbsrecht ähnlich verfahren werden.

⁷ Entsprechende Ansätze finden sich im „Staff Working Paper“ SEC(2008) 404 vom 2.4.2008, Ziff. 184 (Seite 56).

⁸ BGH NJW 2002, 3769.

2.6 Schadensabwälzung

Die mit dem Einwand der Schadensabwälzung verbundenen rechtlichen Probleme betreffen Endverbraucher in der Regel nicht, weil sie ihrerseits keine Abwälzungsmöglichkeit haben. Endverbraucher sind aber gerade deshalb von vielen Verstößen gegen Wettbewerbsrecht besonders betroffen und haben – wie im Weißbuch zutreffend festgestellt wird – wegen ihrer Distanz zur Zuwiderhandlung besondere Mühe, die erforderlichen Berechnungen und Beweise beizubringen. Deshalb ist der Vorschlag des Weißbuchs für eine widerlegliche Vermutung, dass rechtswidrige Preisaufschläge auf die Abnehmer und damit auch auf Endverbraucher abgewälzt wurden, sehr zu begrüßen.

Die Schadensabwälzung in der Vertriebskette bringt gerade Verbraucher in erhebliche Darlegungs- und Beweisschwierigkeiten. Je länger die Vertriebskette zwischen Schädiger und Verbraucher ist, desto schwieriger ist es für Verbraucher, den Schaden zu beziffern und die Kausalität zwischen Rechtsverletzung und Schaden darzulegen und zu beweisen. Deutlich leichter wird dieser Nachweis in der Regel gegenüber dem unmittelbaren Abnehmer gelingen. Zur Erleichterung der Darlegungs- und Beweislast muss es deshalb ausreichen, wenn ein Schaden infolge des Rechtsverstößes an einer beliebigen Stelle in der Vertriebskette lokalisiert und dargelegt werden kann. Soweit ein solcher Schaden festgestellt werden kann, müssen alle betroffenen Verbraucher sich (widerleglich) darauf berufen können, dass ihnen ein Schaden in gleicher Höhe entstanden ist.

2.7 Verjährung

Verjährung soll die Rechtssicherheit erhöhen und muss deshalb eindeutig geregelt sein, andernfalls führt sie zu zusätzlicher Rechtsunsicherheit. Verjährungsfristen für Schadensersatzklagen im Wettbewerbsrecht sollten deshalb an einem eindeutig zu bestimmenden Ereignis beginnen. Die Bestandskraft der Behördenentscheidung ist hierfür – wie im Weißbuch vorgeschlagen – ein idealer Anknüpfungspunkt. Jedes andere Ereignis, wie etwa der Beginn oder das Ende der kartellrechtlichen Zuwiderhandlung, der Ermittlungsbeginn- oder abschluss der Kartellbehörde oder die Kenntnis des Verbrauchers oder Verbraucherverbandes würde demgegenüber zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen. Für den seltenen Fall, dass keine Behördenentscheidung ergangen ist, kann eine deutlich längere Notfrist in Gang gesetzt werden, die mit der Kenntnis des Geschädigten beginnen könnte.

2.8 Kosten einer Schadensersatzklage

Die Vorschläge zur **Kostensenkung** bei Schadensersatzklagen wegen Verletzung des Wettbewerbsrechts sind auch verbraucherpolitisch sehr zu begrüßen. Andernfalls wäre zu erwarten, dass derartige Schadensersatzklagen wegen der regelmäßig hohen Streitwerte eine seltene Ausnahme bleiben werden.

In Bezug auf die **Gerichtskosten** sollte eine streitwertunabhängige Kostenobergrenze oder Kostenfreiheit bei Erfolglosigkeit der Klage eingeführt werden. Vor dem Hintergrund der zunehmenden Privatisierung des Wettbewerbsrechts und dem ordnungspolitischen Interesse an Kompensation und Abschreckung bei Wettbewerbsverstößen, sollte der Gesetzgeber Schadensersatzklagen in diesem Bereich nicht mit zusätzlichen Gebühren belasten.

In Bezug auf die **Kostenerstattungspflicht** bei Erfolglosigkeit der Klage sollte zumindest nach einer rechtskräftigen Feststellung des Kartellverstoßes der Kostenerstattungsanspruch des potenziellen Schädigers entfallen oder ebenfalls deutlich reduziert werden.

2.9 Verhältnis zwischen Kronzeugenprogrammen und Schadensersatzklagen

Voraussetzung für Schadensersatzklagen ist die Aufdeckung von Kartellen und anderen Wettbewerbsverstößen. Kronzeugenregelungen haben in der Vergangenheit wesentlich zur Aufdeckung beigetragen. Der angemessene Schutz von Kronzeugen muss deshalb auch im Rahmen von Schadensersatzklagen garantiert werden.

Kronzeugenprogramme funktionieren nur, wenn sie spürbare Vorteile bis hin zum Erlass von Sanktionen gewährleisten können. Der Vorschlag im Grünbuch, auch die zivilrechtliche Haftung der Kronzeugen zu begrenzen, ist deshalb grundsätzlich sinnvoll. Abzulehnen ist jedoch eine Begrenzung von Schadensersatzklagen auf Vertragspartner des Kronzeugen. Der Vorschlag würde dazu führen, dass Kronzeugen am Anfang der Vertriebskette unabhängig von ihrem Beitrag zur Aufdeckung des Wettbewerbsverstoßes gegenüber Endverbrauchern nicht haften müssten. Stattdessen sollte die zivilrechtliche Haftungsfreistellung ebenso wie die Ermäßigung von Geldbußen vom Aussagewert des Kronzeugen für die Ermittlungen zur Aufdeckung des Wettbewerbsverstoßes abhängig gemacht werden.