

# Private Enforcement – eine Einführung

Dr. Johannes Zöttl  
50. FIW-Ferienkurs, September 2013



One Firm Worldwide<sup>SM</sup>

# In Kürze

- Kartellrecht gehört als Schild und Schwert zum Rüstzeug jedes Anwalts. Insofern bringt Private Enforcement nichts Neues.
- Kartellrechtlich begründete Schadensersatzansprüche spielen in der Praxis eine immer größer werdende Rolle (z.B. als Leverage bei Neuverhandlung von Lieferverträgen).
- Gerichtsverfahren bergen für Kläger rechtlich und faktisch nicht unerhebliche Risiken. Asymmetrien bestehen fort (Informationsbeschaffung, Kostenrisiken). Kläger brauchen einen langen Atem.
- Erfolgreiche Klagen kann man bisher an einer Hand zählen. Aber viele Verfahren werden verglichen (i.d.R. nicht publik).
- Schadensersatzklagen werden wegen der Erschwernisse für Kläger nicht verschwinden, könnten aber abwandern (Forum Shopping).

## EuGH – Pfeiderer (2011)

*... entspricht es ständiger Rechtsprechung, dass jedermann Ersatz des Schadens verlangen kann, der ihm durch ein Verhalten entstanden ist, das den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann ...*

*Ein solcher Schadensersatzanspruch **erhöht nämlich die Durchsetzungskraft der Wettbewerbsregeln** der Union und ist geeignet, von – oft verschleierten – Vereinbarungen oder Verhaltensweisen abzuhalten, die den Wettbewerb beschränken oder verfälschen können. Aus dieser Sicht können Schadensersatzklagen vor den nationalen Gerichten wesentlich zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs in der Europäischen Union beitragen ...*

## BGH – ORWI (2011)

[Nach der Rechtsprechung des EuGH] erzeugt das Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV unmittelbare Wirkungen in den Rechtsbeziehungen zwischen Einzelnen und **lässt unmittelbar in deren Person Rechte entstehen**, die die Gerichte der Mitgliedstaaten zu wahren haben.

... verlangt das Unionsrecht, eine **praktische Konkordanz** zwischen den individuellen Rechten der Einzelnen und dem öffentlichen Interesse an wirksamer Durchsetzung des gemeinschaftlichen Kartellrechts herzustellen.

# Grundlagen

# Private Enforcement

- B2B-Streitigkeiten um Belieferung, Zahlung, Lizenzerteilung, Schadensersatz, Unterlassung etc.
- Kartellrecht “als Schild”
  - Herleitung eines Einwands aus Kartellrecht
  - Beispiel: “Liefervertrag enthält kartellrechtswidrige Exklusivität und ist deswegen insgesamt unwirksam.”
- Kartellrecht “als Schwert”
  - Herleitung eines Anspruchs aus Kartellrecht
  - Beispiel: “Patentinhaber ist zur Lizenzerteilung verpflichtet, weil er mit Lizenzverweigerung Marktmacht missbraucht.”

**Table 4.** Primarily alleged statute violation

		Frequency	% of EU competition law	% of Total
EU competition law	Art 101 TFEU	49	74.2	13.3
	Art 102 TFEU	17	25.8	4.6
	Subtotal EU law	66	100	17.9
		% of German competition law		
German competition law	Section 1-18 ARC	71	25.1	19.3
	Sections 19-21 ARC	212	74.9	57.6
	Subtotal German law	283	100	76.9
	Other	18	n/a	4.9
	Missing value	1	n/a	0.3
	<b>Total</b>	<b>368</b>	<b>n/a</b>	<b>100.0</b>

Peyer, Journal of Competition Law & Economics, 8(2), 331 ff. (für den Zeitraum 2005 – 2007)

# Sonderfall: Kartelle

- Public Enforcement
  - EU-Kommission, BKartA
  - Ziel: Ahndung, dadurch Abschreckung (nicht: Abschöpfung); Bußgelder fließen in die öffentlichen Haushalte (die nicht geschädigt sind)
  - Kronzeugenprogramme = “Erfolgsgeschichte”
- “Follow-on” Private Enforcement
  - Schadensersatz
  - Vor Zivilgerichten im Anschluss an Bußgeldentscheidung
  - Ziel: Restitution (mittelbar: Abschreckung)

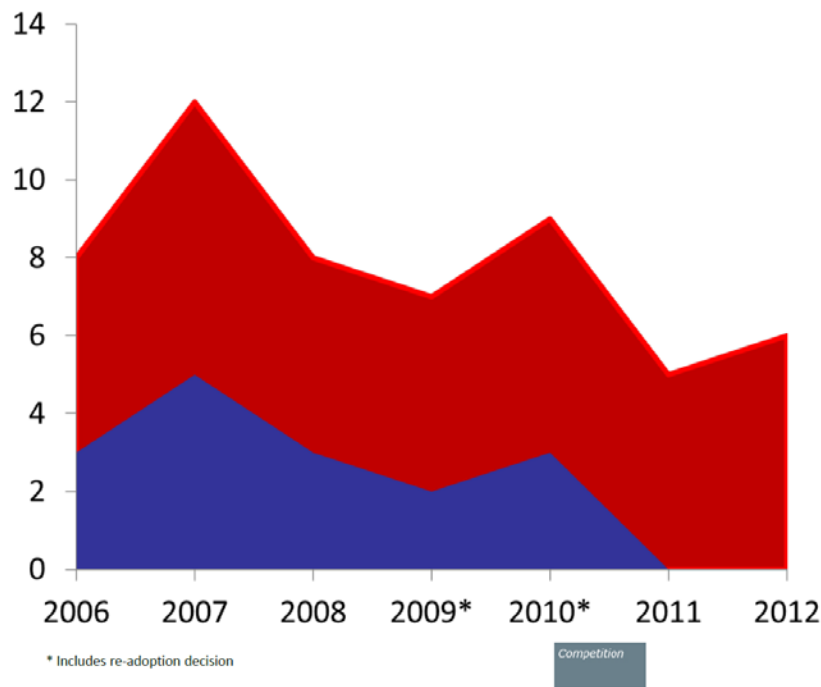


## Kommission – SWP (2013)

*Out of the **54 final cartel and antitrust prohibition decisions** taken by the Commission in the period 2006-2012, only [?] 15 were followed by one or more follow-on actions for damages in one or more Member States. **In total, 52 actions for damages** were brought in only 7 Member States. In the 20 other Member States, the Commission is not aware of any follow-on action for damages based on a Commission decision. Among those 7 Member States where actions were brought, the vast majority was brought in the 3 above mentioned Member States.*

Impact Assessment Report: Damages actions for breach of the EU antitrust rules, SWD(2013) 203 final

## Lack of effective compensation



Despite increasing trend, in the period 2006 – 2012, **less than 25% of Commission Decisions was followed by a damages action**

■ EC prohibition decisions  
■ Decisions followed by actions

De Smijter, DG Competition Private Enforcement Unit, The Commission's proposal for a Directive on Antitrust Damages, Juli 2013

# Schadensersatz: Ausgangspunkte

- Kläger hat Produkte bei Lieferanten bezogen, der in ein Kartell verstrickt war
- Kläger beantragt, so gestellt zu werden, wie er stehen würde, hätte es das Kartell nicht gegeben
- Kläger trägt Darlegungs- und Beweislast für Verstoß gegen Kartellrecht (Verschulden), Schaden und Kausalität
- Anspruchsgrundlage aus nationalem Recht (str.)
  - Aber primärrechtliche Vorgaben (EuGH – *Courage*, *Manfredi*, *Otis*, *Pfleiderer*, *Donau Chemie*)
  - Aus Vertrag, Delikt, Bereicherung

# Primäre Anspruchsgrundlagen

- § 33 III 1 GWB
  - Eingeführt mit 7. GWB Novelle
  - In Kraft sei 1. Juli 2005
  - Anwendbarkeit richtet sich nach Zeitpunkt der schädigenden Handlung (BGH – *ORWI*, 2011)
- Vertragliche Schadenspauschale
  - Umkehr der Beweislast
  - Gegenbeweis (weniger oder kein Schaden) muss möglich sein
  - 15 % Auftragssumme zulässig (LG Mannheim – *Feuerwehrlöschfahrzeuge*, 2012)

# Beispiele

- Bekannt gewordene deutsche Verfahren
  - *Zement, Transportbeton, Bleichmittel, Werbezeiten, Aufzüge, Autoglas, Schienen, Papiergroßhandel, Durchschreibepapier, Kaffeeröster, Löschfahrzeuge, Kühlkompressoren ...*
  - Visible Gerichtsverfahren sind Spitze des Eisbergs (vor- und außergerichtliche Vergleiche)
- Standortwettbewerb (UK, NL, Belgien)
- Sonderfall Cartel Damages Claims (CDC): Klagekonzentration durch Abtretung
  - <http://www.carteldamageclaims.com/>

# Schadensersatz gem. § 33 GWB

- Verstoß gegen Art 101/102 AEUV, GWB oder Verfügung Kartellbehörde (III 1 i.V.m. I)
  - Bindungswirkung (IV)
- Aktivlegitimation: Betroffene (I) = Abnehmer, Wettbewerber
  - BGH – *ORWI* (2011): auch indirekte Abnehmer
- Vorsatz oder Fahrlässigkeit (III 1)
- Verzinsung ab Schadenseintritt (III 4)
- Entscheidung durch spezialisierte Zivilkammer (§ 95 II Nr. 1 GVG: keine Handelssache)

# Insbesondere: Schaden

- Differenzhypothese (vgl. WL III 2)
- Weiterverkauf lässt Schaden nicht entfallen (III 2)
- Gericht darf schätzen (III 3, § 287 ZPO)
  - Dürfte Gewinn berücksichtigen (Praxis?)
  - Schätzgrundlagen: Vereinbarte und durchgesetzte Preiserhöhungen, Nachwirkungen des Kartells (BGH – *ORWI*, 2011)
  - Was muss vorgetragen werden? Was kann der Kläger aus eigener Sphäre überhaupt vortragen?
- Verjährungshemmung bis Bestandskraft + 6 Monate (V, § 204 II BGB)

## Kommission, 10. Juli 2013

### ***Kartellrecht: Kommission belegt Hersteller von Kabelbäumen in Kartellvergleichsverfahren mit Geldbuße von 141 Mio. EUR***

*... Alle Personen und Unternehmen, die von dem beschriebenen wettbewerbswidrigen Verhalten betroffen sind, können vor den Gerichten der Mitgliedstaaten auf Schadensersatz klagen. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs und der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates sind Kommissionsbeschlüsse ein bindender Nachweis dafür, dass das Verhalten stattgefunden hat und rechtswidrig war. Selbst wenn die Kommission gegen die betreffenden Unternehmen Geldbußen verhängt hat, kann Schadensersatz gewährt werden. Die von der Kommission verhängte Geldbuße wird dabei nicht mindernd angerechnet.*



Einzelfragen

# Auswahl

- Internationale Zuständigkeit
- Anwendbares Recht
- Bindungswirkung
- Akteneinsicht
- Kartellschaden
- Schadensabwälzung

# Internationale Zuständigkeit

- Die bebußten Unternehmen haben ihren Sitz vielfach im Ausland (europaweite Kartelle)
- Internationale Arbeitsteilung
  - Lieferant mit Sitz im Mitgliedstaat A liefert nach Kartelltreffen in B aus seinem Werk in C auf Grundlage eines in D verhandelten Vertrags an Werk des Kunden in F und stellt Rechnung an dessen Buchhaltung in G, deren Bezahlung der Kunde in H anweist
- LG Dortmund – *Bleichmittel* (2013): Vorlage an EuGH
  - Art. 6 Nr. 1 EuGVVO: gleiche Sach- und Rechtslage, weil schadensersatzrechtliche Haftungszurechnung
  - Art. 5 Nr. 3 EuGVVO: ubiquitäre Zuständigkeit?

## LG Dortmund zu Art. 5 Nr. 3 EuGVVO

Gericht bezweifelt, ob

*bei einem europaweit über einen längeren Zeitraum agierenden Preiskartell mit mehreren Kartellbeteiligten für alle Beklagten und im Hinblick auf den verlangten Gesamtschaden Handlungsort und/oder Erfolgsort in seinem Zuständigkeitsbereich zu bejahen sind.*

Zu fragen sei, ob

*bei einem europaweiten Kartell dem Kläger zu gestatten ist, den gesamten nach seiner Behauptung durch das Kartell ihm verursachten Schaden gegen jeden Mittäter an jedem Erfolgsort geltend zu machen. Hierdurch ergäbe sich ein Regelklägergerichtsstand an beliebig vielen Orten und die Möglichkeit eines ausgreifenden Forum shopping, ohne dass eine Gewähr für eine besonders enge Beziehung des Tatortgerichtes zur Streitigkeit ... vorläge.*

# Anwendbares Recht

- Rom II (VO (EG) 864/2007)
  - Für schadensbegründende Ereignisse nach 11.1.2009
  - Kartellprivatrecht (Art. 6 III): Auswirkungsprinzip („Recht des Staates ..., dessen Markt beeinträchtigt wird“); bei Beeinträchtigung mehrerer Märkte: lex fori am Beklagtenwohnsitz in EU-Mitgliedstaat, sofern allgemein berufene Rechtsordnung
- Art. 40 ff. EGBGB
  - Altfälle vor Inkrafttreten Rom II
  - Kartellprivatrecht: Sonderanknüpfung am Marktort nach Auswirkungsprinzip; Mosaikbetrachtung bei mehreren betroffenen Märkten?

# Bindungswirkung

- EU-Recht
  - Art. 16 I 1 VO Nr. 1/2003; EuGH – *Delimitis* (1991), *Masterfoods* (2000): kein Zuwiderlaufen zur materiellrechtlichen Bewertung durch Kommission
  - Ab Erlass (Bekanntgabe), nicht erst Rechtskraft
  - U.U. Aussetzung, wenn Nichtigkeitsklage erhoben ist
- GWB
  - § 33 IV 1 GWB
  - Tatbestandswirkung (str.)
  - Erst ab Bestandskraft
  - Zeitliche Anwendbarkeit str.

# Einsicht in Kartellakten (BKartA)

- § 406e StPO
- Interessenkonflikt
  - Schadensersatzpetent: Zugang zu Informationen, um Anspruch zu begründen
    - Zuwiderhandlung (Gegenstand, Reichweite), Schaden (Eintritt, Schadenshöhe) und Kausalität (!)
  - Kartellbehörde: Schutz des Kronzeugenprogramms und gegenwärtiger/zukünftiger Ermittlungen
- Kronzeuge: kein Bußgeldbescheid
- Settlement: Kurzbescheid

# Einsicht in Kartellakten: EuGH

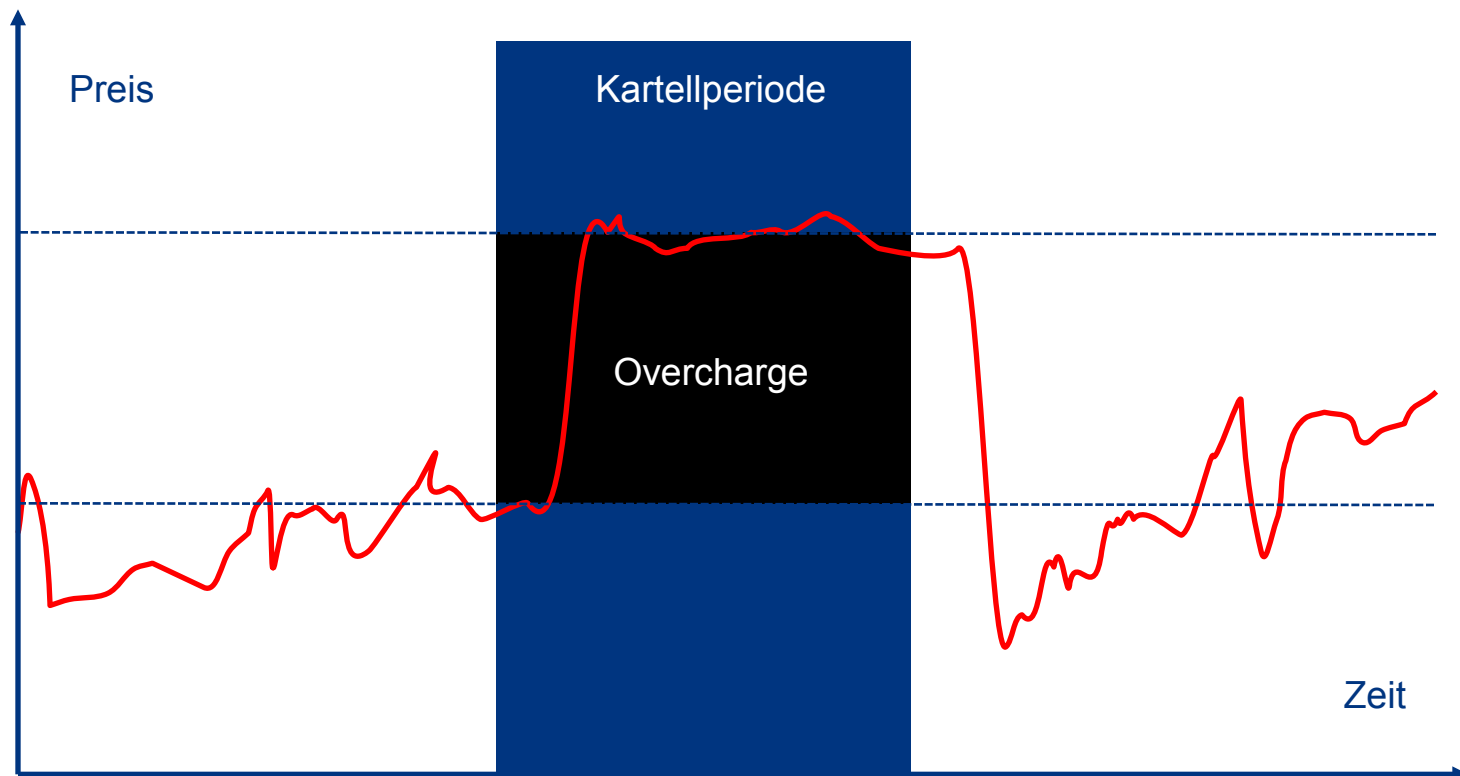
- *Pfleiderer* (2011)
  - Keines der beiden Interessen hat grundsätzlichen Vorrang
  - Abwägung im Einzelfall, wobei Äquivalenz und Effektivität gewahrt sein müssen
    - Vgl. StPO: Prüfung und Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen als „berechtigte Interessen“ anerkannt
  - AG Bonn – *Pfleiderer* (2012): institutionalisierter Schutz des Kronzeugenprogramms (anders Justice Roth in *National Grid*)
- *Donau Chemie* (2013)
  - Gesetzgeber kann dem Richter die Abwägung nicht abnehmen („bei jedem einzelnen Dokument“)



# Kartellschaden (1)

- Differenzhypothese
  - Bei Erwerb: Differenz zwischen gezahltem (Kartell-)Preis und dem (hypothetischen) Preis, der bezahlt worden wäre, hätte es den Kartellrechtsverstoß nicht gegeben
  - Inkl. „angemessener“ Zins (EuGH – *Manfredi*, 2006)
- Preiseffekt
  - Es gibt unterschiedliche Methoden zur Bestimmung
  - Verbreitet: Berechnung nach zeitlichem Vergleichsmarkt („vor während nach“ dem Kartell)
- Mengeneffekt
  - Nachfrage verändert sich wegen Preiserhöhung

# Kartellschaden (2)



# Schadensabwälzung

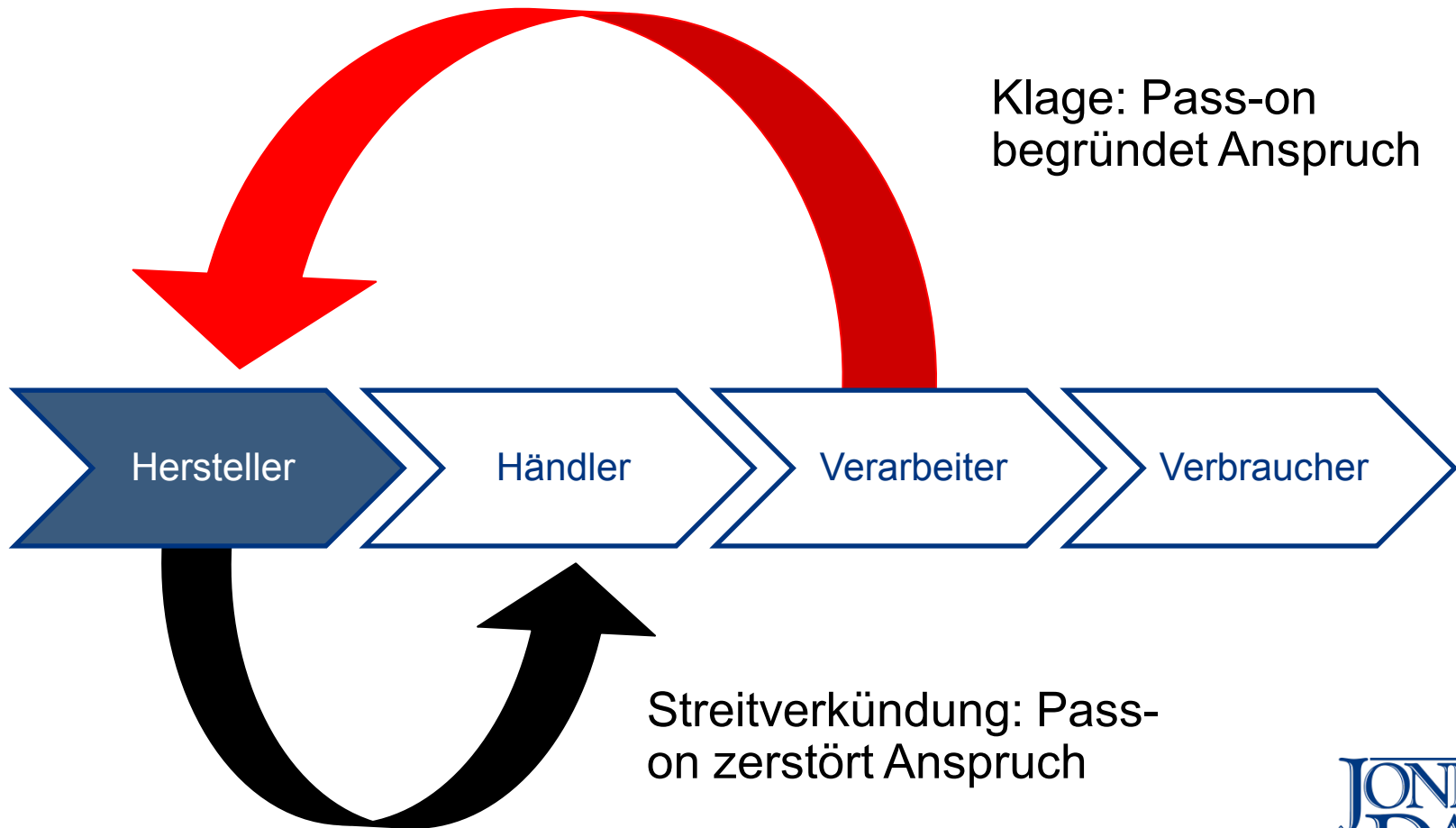
- Geltendmachung: POD, POO
  - Defensiv, durch Kartelltäter gegenüber (direktem oder indirektem) Abnehmer: „Kläger hat keinen Schaden, weil er die Belastung an seine Kunden durchgereicht hat“
  - Offensiv, durch indirekten Abnehmer gegenüber Kartelltäter: „Kläger hat Schaden, weil der direkte Abnehmer die Belastung an ihn durchgereicht hat“
- Ökonomisch: Frage des Einzelfalls (Elastizitäten, Konzentrationsgrad, Wettbewerbsintensität etc.)
- Rechtspolitische Ziele
  - Für Kläger: Bereicherungsverbot
  - Für Beklagten: Schutz vor mehrfacher Inanspruchnahme

# BGH – ORWI (2011)

- § 33 III 2 GWB: Vorteilsausgleichung offen
- Auch indirekter Abnehmer hat Anspruch (EU-Recht)
  - Also POO zulässig
- Schutz des Beklagten vor Mehrfachklagen
  - POD zulässig
  - Streitverkündung möglich
- POD und POO („Spiegelbild“): adäquate Kausalität erforderlich
- Beweislastverteilung
  - POD: Beklagter, POO: Kläger (keine Vermutung)
  - Sekundäre Beweislast: nur in Ausnahmefällen

# Lieferketten: POD und POO

Klage: Pass-on  
begründet Anspruch



Streitverkündung: Pass-  
on zerstört Anspruch

Ausblick

# Kommission: RL-Entwurf (Juni 2013) (1)

- Ziele
  - Wirksame Ausübung des EU-Rechts auf Schadensersatz in voller Höhe
  - „Optimierung der Interaktion“ (?) zwischen Public und Private Enforcement
- Gerichte sollen Offenlegung von Beweismitteln anordnen können
  - Schwarze Liste: Absoluter Schutz von Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen trotz EuGH – *Donau Chemie* (2013)
- Kartelltäter: Gesamtschuld (Regress gem. „relativer Verantwortung“)

## Kommission: RL-Entwurf (Juni 2013) (2)

- Verjährungsfrist mindestens 5 Jahre
- Beweisrechtliches Maßhaltungsgebot
- (Im Einzelnen unklare) Haftungsprivilegierung für Kronzeugen und Kartelltäter, die sich vergleichen
- Pass-on
  - Vermutung, dass Kartelle Schäden verursachen (eröffnet Schätzungsbefugnis)
  - Beweislast: Beklagter für POD, Vermutung für POO
  - POD ausgeschlossen, wenn Erlangung von Schadensersatz für Geschädigte der nächsten Marktstufe „rechtlich unmöglich“ (?)



# Literatur-Tipps

- *Bach*, Kartellbußgelder und Schadensersatz: Ansätze zur Konfliktlösung, Canenbley-FS, 2012, S. 15 ff.
- *Bernhard/Holterhus*, Kartellrechtliche Schadensersatzansprüche in mehrstufigen Absatzverhältnissen: ein europäischer Kontrapunkt zum U.S.-Antitrust-Recht, RIW 2012, S. 470 ff.
- *Eden*, Persönliche Schadensersatzhaftung von Managern gegenüber Kartellgeschädigten, Diss. 2013
- *Milde*, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen, Diss. 2013
- *Wagner/von Olshausen* ZWeR 2013, S. 121 ff. (dagegen *Bien/Harke* ZWeR 2013, S. 312 ff.) zur intertemporalen Anwendbarkeit von § 33 V GWB

Danke für Ihre Aufmerksamkeit.

Dr. Johannes Zöttl

Jones Day, Königsallee 61, 40215 Düsseldorf

☎ 0211 5406 5511

[jzoettl@jonesday.com](mailto:jzoettl@jonesday.com)

[jonesday.com/en-US/jzoettl](https://jonesday.com/en-US/jzoettl)

[kartellblog.de](http://kartellblog.de)

