

Prof. Dr. Florian Bien, Würzburg*

Perspektiven für eine europäische Gruppenklage bei Kartellverstößen? – Die Opt out-Class Actions als Äquivalent der Vorteilsabschöpfung

Im Hinblick auf das Ziel der Kompensation tatsächlich erlittener Schäden ist die Einführung von Opt out-Gruppenklagen keine empfehlenswerte Option. Die erstrittenen Schadenersatzsummen drohen zu versickern („Fluid Recovery“). Am derzeitigen Rechtszustand in Europa unbefriedigend ist allerdings der Umstand, dass die durch Kartellverstöße erlangten Gewinne trotz Bußgeldsanktion nicht immer vollständig entzogen werden. Opt out-Class Actions könnten hier einen Einsatzbereich finden. Vorzugswürdig erscheint jedoch ein stärkeres Engagement der Kartellbehörden für die Kompensation erlittener Kartellschäden.

I. Einleitung

Auch wer die Entwicklungen im Kartellrecht nur am Rande verfolgt, dürfte bemerkt haben, dass die Stärkung des privaten Rechtsschutzes, insbesondere die Erleichterung privater Schadenersatzklagen wegen Verstößen gegen das Kartellrecht eines der großen Themen auf der Agenda der Europäischen Kommission ist¹. Erst kürzlich hat Wettbewerbskommissar Almunia seinen Willen bekräftigt, einen entsprechenden Gesetzgebungsvorschlag einzubringen².

In der Diskussion befinden sich zahlreiche Instrumente, die eine Kompensation von Kartellschäden – es handelt sich in erster Linie um kartellbedingte Preisüberhöhungen – erleichtern sollen. Schon der Titel der jüngsten Verlautbarung der Kommission – „Kollektiver Rechtsschutz: Hin zu einem kohärenten europäischen Ansatz“³ – zeigt deutlich, welchem Instrument die größte Aufmerksamkeit geschenkt wird: Es ist die Bündelung von Schadenersatzansprüchen, die kollektive Rechtsdurchsetzung. Dabei konkurrieren im Wesentlichen zwei Modelle miteinander. Unter einem Opt in-Modell versteht man die Bündelung von Ansprüchen durch ausdrückliche Erklärung der Geschädigten. Den Gegensatz dazu bildet die Opt out-Lösung. Anschauungsmaterial bietet die US-amerikanische Class Action. Hier kann ein entsprechend legitimer Repräsentant die Interessen sämtlicher gleichartig Geschädigter vertreten. Wer verhindern möchte, dass der dritte Repräsentant eine verbindliche Gerichtsentscheidung über die eigenen Schadenersatzansprüche herbeiführt, muss ausdrücklich widersprechen⁴. Daher die Bezeichnung „Opt out“.

Die Class Action US-amerikanischen Gepräges genießt – nicht nur in Europa – einen ambivalenten Ruf. Der Titel eines Aufsatzes aus dem Jahr 1979, erschienen in der Harvard Law Review, spiegelt das wider: „Of Frankenstein Monsters and Shining Knights“ – die Class Action zwischen Frankensteinmonster und edlem Ritter. Zumal in Kombination mit weiteren Besonderheiten des US-amerikanischen Zivilprozessrechts⁵ birgt die Opt out-Class Action ein nicht zu vernachlässigendes Missbrauchs-, ja Erpressungspotential in sich⁶.

Im Juni 2010 erklärte ein kanadischer Richter⁷ die sog. Moose Collision Class Action⁸ für zulässig. Der Klägeranwalt vertritt die Interessen von Verkehrsoffizieren, die durch Zusammenstöße mit Elchen verletzt wurden. Er wirft der Provinzregierung vor, sie habe fahrlässig gehandelt, als sie im Jahr 1904 Elche in Neufundland und Labrador einfuhrte. Jedenfalls bedürfe es nunmehr besserer Schutzmaßnahmen. Wie die aussehen könnten, erläutert der Klägeranwalt auf seiner Homepage mit einem eigens komponierten Class Action Theme Song. Dessen letzte Zeilen

sollen offenbar die Jägerlobby für die Sache einnehmen: „They could make our highways more safer if they declared open season on moose.“⁹

Aber zurück zum Kartellrecht: Der Erfolg der US-amerikanischen Class Action bei Kartellverstößen lässt es lohnend erscheinen, sich ihrer Funktionen für die US-amerikanische Rechtspflege zu vergewissern¹⁰.

II. Die US-amerikanische Class Action erfüllt zwei Funktionen

Gruppenklagen können erstens die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen erleichtern. US-amerikanische Juristen sprechen insoweit von „Access to Justice“. Es ist dies die Funktion einer zukünftigen europäischen Gruppenklage bei Kartellverstößen, die mittlerweile von der Europäischen Kommission besonders betont wird¹¹. Es gilt, zwei Teilaspekte voneinander zu unterscheiden:

Die gebündelte Durchsetzung gleichartiger Ansprüche ist günstiger als deren individuelle Geltendmachung in vielen einzelnen Verfahren¹². Es geht hier um den Gesichtspunkt der Prozessökonomie. Sie kommt nicht zuletzt dem einzelnen

* Prof. Dr. Florian Bien ist Inhaber des Lehrstuhls für globales Wirtschaftsrecht, internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Bürgerliches Recht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg. – Der Beitrag ist eine aktualisierte und (unter Mithilfe seines wiss. Mitarbeiters Matthias Krahl, Europajurist) um Fußnoten ergänzte Fassung der Würzburger Antrittsvorlesung von Prof. Bien vom 6. 7. 2012.

- 1 Die Liste der das Reform- und Harmonisierungsvorhaben der Kommission vorbereitenden Dokumente ist kaum noch zu überblicken. Siehe etwa die unter <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html> erhältliche Zusammenstellung. Darüber hinaus seien genannt die Ashurst-Study aus dem Jahr 2004, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf sowie der (unveröffentlichte) Verordnungsvorschlag aus dem Jahr 2009 (dazu *Wagner-von Papp*, EWS 2009, 445).
- 2 Presenting the Competition Policy Work Programme for 2013/14, Rede des Wettbewerbskommissars *Joaquín Almunia* vom 8. Oktober 2012, SPEECH/12/701.
- 3 KOM, Kollektiver Rechtsschutz: Hin zu einem kohärenten europäischen Ansatz (SEK(2011) 173 endg).
- 4 Näher zur US-amerikanischen Class Action *Bernhard*, Kartellrechtlicher Individualschutz durch Sammelklagen, 2010, S. 24 ff.; *Fiedler*, Class Actions zur Durchsetzung des europäischen Kartellrechts, 2010, S. 48 ff.; *Hempel*, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht, in: *Möschel/Bien* (Hrsg.), Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadenersatzklagen?, 2010, S. 71, 83 ff.
- 5 Dazu noch unten *Ziff*, V.
- 6 *Möschel*, Behördliche oder privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts?, WuW 2007, 483, 485.
- 7 *Richard LeBlanc*, Justice am Supreme Court der Provinz Neufundland und Labrador.
- 8 <http://www.chescrosbie.com/blog/moose-vehicle-collision-class-action-theme-song.cfm>.
- 9 Ebenda.
- 10 Zum Folgenden: *Stadler*, Die Sammelklage nach US-amerikanischem Vorbild – Ein Modell für Europa?, Vortrag auf der Tagung des Verbraucherzentrale Bundesverbandes „Gemeinsam stark – Neue Klagerechte für Verbraucher“ am 17. Juni 2008, Berlin, abrufbar unter: http://www.vzbv.de/mediapics/sammelklage_us_vorbild_astrid_stadler_17_06_2008.pdf m. w. N.
- 11 Kommission, Weißbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, KOM (2008) 165 endg., S. 3; *R. Becker*, Kartellrechtliche Schadenersatzklagen à l'américaine, in: *Möschel/Bien* (Hrsg.), Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadenersatzklagen?, 2010, S. 37, 47 ff.
- 12 *Bernhard* (Fn. 5), S. 13 f.; *Hempel* (Fn. 5), S. 71, 74; *Stadler* (Fn. 11).

Geschädigten zugute, der sich eine individuelle Schadenersatzklage oft nicht leisten könnte.

Daneben mag die Bündelung von Ansprüchen der Bildung von Gegenmacht dienen. Kommt es zu Verhandlungen über die Leistung von Ausgleichszahlungen, verfügt der Vertreter der Geschädigten über eine stärkere Position, wenn hinter ihm eine Vielzahl in ähnlicher Weise geschädigter Opfer steht¹³.

Die zweite Funktion US-amerikanischer Class Actions ist die verbesserte Durchsetzung des Kartellrechts als solchem („Enforcement“)¹⁴. Hier sind drei Einzelaspekte zu unterscheiden:

Es geht zunächst darum, Privatkäufer neben den Kartellbehörden als zusätzliche Enforcer für die Aufdeckung und Verfolgung von Kartellen zu mobilisieren¹⁵.

Weiterhin sollen zukünftige Kartelltäter ausreichend abgeschreckt werden. Abschreckend wirken in den USA – genauso wie in Deutschland und auf Ebene der europäischen Union – zunächst die von den Kartellbehörden verhängten Bußgelder. Sie haben diesseits des Atlantiks bereits die Milliarden-grenze überschritten¹⁶. Speziell in den USA kommen Gefängnisstrafen für verantwortliche Manager hinzu¹⁷. Die Aussicht, darüber hinaus den durch das Kartell Geschädigten, also insbesondere den Abnehmern der kartellierten Waren, Schadenersatz leisten zu müssen, macht die Teilnahme an verbotenen wettbewerbsbeschränkenden Absprachen noch weniger attraktiv¹⁸.

Einen Teilaspekt der Abschreckung möchte ich schließlich besonders hervorheben: Indem die Kartellanten gezwungen werden, privaten Schadenersatz zu leisten, werden ihnen (mehr oder weniger¹⁹) die durch den Kartellverstoß unrechtmäßig erlangten Gewinne entzogen: Die Schadenersatzpflicht wirkt ähnlich der Vorteilsabschöpfung („Skimming of“)²⁰.

In einem zweiten Schritt möchte ich darlegen, ob und in welchem Umfang bestehende (und mit der europäischen Rechtstradition möglicherweise besser vereinbare) Instrumente die genannten Funktionen einer Opt out-Gruppenklage ebenfalls erfüllen können.

III. Ein Opt in-Mechanismus ist unter dem Aspekt der Prozessökonomie eher noch günstiger als eine Opt out-Gruppenklage

Ich beginne mit dem Aspekt der Prozesskostenersparnis. Zweifellos vermag die gebündelte Durchsetzung von Ansprüchen die Kosten der Rechtsdurchsetzung zu senken. Das ist aber kein Spezifikum des US-amerikanischen Opt out-Mechanismus. Prozesskosten lassen sich auch dadurch einsparen, dass die klagewilligen Einzelgeschädigten sich im Wege des Opt in bewusst zu einem gemeinsamen Vorgehen zusammenschließen²¹.

Beispiele für solche Opt in-Schadenersatzklagen finden sich bereits. Zu nennen ist in erster Linie das Geschäftsmodell des belgischen Unternehmens Cartel Damages Claims SA, kurz CDC. CDC lässt sich gegen Geld Schadenersatzansprüche von Kartellgeschädigten abtreten und klagt diese dann, u. a. vor den Landgerichten Düsseldorf²² und Dortmund, gebündelt ein. Im Erfolgsfall erhalten die Zedenten einen Teil des erstrittenen Betrags ausgekehrt²³.

Verbraucherschutzorganisationen steht das Instrument der Einziehungsklage zur Verfügung. Sie können sich die Ansprüche geschädigter Verbraucher nicht nur abtreten lassen und im eigenen Namen einklagen. Sie sind gemäß § 79 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 ZPO sogar zur gerichtlichen Vertretung befugt.

Der französischen Verbraucherschutzorganisation „Que choisir“ war es im Fall des französischen Mobilfunkkartells gelungen, immerhin 12.500

Verbraucher für eine (vor den französischen Gerichten letztlich übrigens gescheiterte) Opt in-Gruppenklage zu mobilisieren. Die Verbraucher hatten ihre Ansprüche zuvor auf der von Que choisir zu diesem Zweck eingerichteten Internetseite angemeldet²⁴.

Dass deutsche Verbraucherschutzverbände in dieser Beziehung bislang nicht tätig geworden sind, dürfte v. a. an fehlenden finanziellen Anreizen für die Verbraucherverbände liegen²⁵. Eine Möglichkeit wäre es, sie – nach dem Vorbild von CDC – an den erstrittenen Schadenersatzsummen zu beteiligen.

Im Vergleich zur Opt out-Gruppenklage mag diese „europäische“ Form der Anspruchsbündelung unter Umständen sogar die günstigere Variante sein. Mindestens für Deutschland, aber auch für viele europäische Nachbarländer gilt: Der Streitwert (und damit die Gerichts²⁶-, eventuell auch die Anwaltskosten) erhöhen sich noch, wenn der Gruppenvertreter nicht nur die Ansprüche derjenigen Gruppenmitglieder einklagt, die ihn ausdrücklich dazu ermächtigt haben, sondern darüber hinaus auch noch solche Ansprüche geltend macht, die der Masse der anonymen, an der Durchsetzung ihrer Rechte letztlich desinteressierten Geschädigten zustehen²⁷.

IV. Ein Opt out-Mechanismus schießt über das Ziel der Schadenskompensation hinaus

Ich komme zum Aspekt der Bildung von Gegenmacht.

Hier kommt einem möglicherweise ein bekanntes Kinderbuch in den Sinn: Leo Lionni's *Swimmy* ist ein besonders schneller Fisch, der seinen Artverwandten die wunderbare Unterwasserwelt zeigen möchte. Als die kleinen Fische Angst vor den fresslustigen Riesenfischen zeigen, hat

13 *Hempel*, Privater Rechtsschutz, 2002, S. 231 m. w. N.

14 *Hempel* (Fn. 5), S. 71, 73 ff.; *Stadler* (Fn. 11).

15 *Hempel* (Fn. 5), S. 71, 75; *Stadler* (Fn. 11).

16 So im Missbrauchsverfahren gegen INTEL, siehe Kommission, Entscheidung v. 13. 5. 2009, COMP/C-3/37.990.

17 Sec. 1 und 2 Sherman Act, die jeweils eine Freiheitsstrafe von bis zu 10 Jahren vorsehen; vertiefend hierzu *Wagner-von Papp*, Kartellstrafrecht in den USA, dem Vereinigten Königreich und Deutschland, WuW 2009, 1236, *ders.*, Privatrechtliche oder strafrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts?, in: Möschel/Bien (Hrsg.), Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadenersatzklagen?, 2010, S. 267, 287 f., der auch auf Fälle von Verurteilungen gem. §§ 263 und 298 StGB hinweist.

18 Wiederum speziell für die USA ist zu beachten, dass Kartellgeschädigte dreifachen Schadenersatz verlangen können, Sec. 4 (a) Clayton Act. Die Verpflichtung zu Schadenersatz dient damit nicht mehr nur der Kompensation tatsächlich erlittener Nachteile. Sie hat vielmehr zweifellos auch Sanktionscharakter. Man spricht von *punitive damages*, siehe nur *Fiedler*, (Fn. 5), S. 71; *Möschel*, WuW 2007, 483, 485.

19 Siehe noch unten Ziff. VI. 4.

20 Ähnlich das britische Department for Business Innovation & Skills (BIS) in seiner Studie „Private Actions in Competition Law: A Consultation on Options for Reform“, April 2012, unter 3.17 (S. 12): „A requirement to compensate reduces the possibility of unjust enrichment from overcharging or exclusion an increases the risk from engaging in anti-competitive behavior.“

21 *Fiedler* (Fn. 5), S. 41 f.; *Hempel* (Fn. 5), S. 71, 89.

22 LG Düsseldorf v. 21. 2. 2007 – 34 O (Kart) 147/05 – *Zementkartell*, WuW/E DE-R 1948 (Zwischenurteil); OLG Düsseldorf v. 14. 5. 2008 – VI-U (Kart) 14/07 – *Belgisches Kartellklageunternehmen*, WuW/E DE-R 2311; BGH v. 7. 4. 2009 – KZR 42/08.

23 *Hempel* (Fn. 5), S. 71, 78 f., 88.

24 *Delatre*, Case note zu Cour de Cassation, 1re Chambre Civile, May 26, 2011, ECLR 2012, 263; *Krenzer*, Private Schadenersatzklagen wegen Kartellverstoßes – Die französische Perspektive, in: Möschel/Bien (Hrsg.), Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadenersatzklagen?, 2010, S. 25, 29.

25 Zu nennen ist v. a. das Risiko, im Fall des Unterliegens die Verfahrenskosten tragen zu müssen (§ 91 Abs. 1 ZPO). Im Fall der Klage von Que choisir ging es um Schadenersatz in Höhe von ca. EUR 60 pro geschädigten Verbraucher, insgesamt also um ca. EUR 720.000. Que choisir beziffert seine Kosten auf EUR 500.000. Hingewiesen sei allerdings auf die in § 89 a GWB dem Gericht eingeräumte Möglichkeit der einseitigen Herabsetzung des Streitwerts zu Gunsten des Schadenersatzklägers.

26 Das gilt nicht für die USA, wo bei Klagerhebung vor Bundesgerichten streitwertunabhängig US-\$ 350 fällig werden, 28 U. S. C. § 1914(a).

27 §§ 3 Abs. 1 GKG und 2 Abs. 1 RVG.

Swimmy einen Einfall. Er ordnet die winzigen Fische so an, dass sie aussehen wie ein einziger großer Fisch. Swimmy selbst spielt das Auge des Riesenfisches. Etwas gediegener lässt Schiller den Schwyzer Landmann Werner Stauffacher im Tell formulieren: „Verbunden werden auch die Schwachen mächtig.“²⁸

Der Gegenmacht-Gedanke klingt auf den ersten Blick plausibel. Die europäische Realität trifft er indessen nicht. Mindestens im Idealfall erfüllt der Rechtsstaat die Funktion, berechnete Ansprüche gerade auch gegenüber (wirtschaftlich) Stärkeren durchzusetzen. *Judex non calculat* gilt auch hier: Die große Zahl der Vertretenen macht eine Klage noch nicht überzeugender.

In der Praxis – so zeigt es die Erfahrung in den USA – stellt sich bei Opt out-Class Actions vielmehr das folgende Problem: Die erstrittenen Schadenersatzleistungen werden oftmals nur zu geringen Teilen abgerufen. Grund sind entweder fehlende Nachweise oder die rationale Apathie der meisten Geschädigten.

Insbesondere an den Nachweisen dürfte es im Fall der Klage des englischen Verbraucherverbandes Which? gegen den Sportartikelhändler JJB Sports gefehlt haben. Nur 130 Konsumenten, nicht einmal 1 Promille der tatsächlich Geschädigten, schlossen sich der Klage wegen kartellierter Repliken von Manchester United-T-Shirts an. Sie erhielten aufgrund eines Vergleichs 20 Pfund Schadenersatz pro erworbenes T-Shirt. Gegen Vorlage eines Belegs für den sieben bis acht Jahre zuvor erfolgten Kauf derselben T-Shirts konnten (theoretisch) auch noch diejenigen Verbraucher eine Entschädigung in Höhe von 10 Pfund erhalten, die sich der Klage nicht angeschlossen hatten²⁹.

Geht es um geringe Beträge (der erwähnte Manchester United-Fall dürfte unabhängig von den Nachweisschwierigkeiten ebenfalls in diese Kategorie fallen), haben die Geschädigten auch nach dem (erfolgreichen) Ende der Gruppenklage kein oder ein zu geringes Interesse, die ihnen zustehenden Schadenersatzansprüche geltend zu machen. Sie scheuen schlicht den damit verbundenen Aufwand³⁰.

Gruppenvertreter, Beklagte und Gerichte stehen in solchen Fällen vor dem Problem, die bis zu siebenstelligen Restbeträge einer sinnvollen Verwendung zuzuführen. In den USA kommt es dann zur sog. Fluid Recovery bzw. zur Cy präs-Entschädigung³¹. Man versucht, die erstrittene Entschädigungssumme in einer Weise zu verwenden, die möglichst den Mitgliedern der Geschädigtengruppe zugutekommt³².

Ein noch vergleichsweise glückliches Beispiel ist der Yellow Cab-Fall³³. Hier hatte ein Taxiunternehmer in Los Angeles die Taxameter seiner Flotte manipuliert und auf diese Weise pro Fahrt einen um etwa 4 Prozent erhöhten Fahrpreis kassiert. Eine individuelle Entschädigung der einzelnen Fahrgäste erschien hier naheliegender Weise kaum möglich. Der Taxiunternehmer willigte unter dem Druck der Class Action darin ein, seine Taxipreise für einen bestimmten Zeitraum um den entsprechenden Betrag zu senken. Es ist nicht auszuschließen, dass die angekündigte Preissenkung dem Taxiunternehmen sogar einen weiteren Wettbewerbsvorteil gegenüber seinen Konkurrenten verschafft hat. Jedenfalls mussten Geschädigte, die von dem Ergebnis der Class Action profitieren wollen, erneut Verträge mit dem Rechtsverletzer schließen.

In manchen Fällen kommt es zur Zuweisung der anderweitig nicht verteilbaren Entschädigungssumme an Rechtshilfevereinigungen oder gar an wissenschaftliche Einrichtungen, die in irgendeiner Weise die Interessen der Gruppenmitglieder vertreten. Das können – im Grunde natürlich nicht unattraktiv – auch kartellrechtliche Forschungsinstitute oder Lehrstühle sein, jedenfalls, wenn ihre Arbeiten der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts auch im Interesse potentieller Kartellgeschädigter dienen³⁴.

Festzuhalten ist: nimmt man das Ziel einer Entschädigung tatsächlich erlittener Einbußen ernst, besteht kein Bedarf für einen Opt out-Mechanismus. Diejenigen Geschädigten, die

vor Erhebung der Sammelklage von einem Opt in absehen, werden mit großer Wahrscheinlichkeit auch später, das heißt nach Abschluss einer Opt out-Gruppenklage, keine Ansprüche anmelden. Die für sie (ohne ausdrückliche Ermächtigung) erstrittenen Schadenersatzsummen müssen anderweitig verteilt werden. Mit dem Ziel der Schadenskompensation hat das (fast) nichts mehr zu tun. Eine Opt out-Gruppenklage schießt über dieses Ziel in den meisten Fällen weit hinaus.

V. Private Kartellrechtsdurchsetzung ohne Mithilfe der Kartellbehörden ist in Europa derzeit praktisch ausgeschlossen

Ich komme zum Aspekt der Kartellrechtsdurchsetzung. Ohne Mithilfe der Kartellbehörden ist die private Kartellrechtsdurchsetzung im derzeitigen kontinentaleuropäischen System praktisch ausgeschlossen³⁵. Das ist in den USA anders. Dort gibt es sog. stand alone-Klagen: Privatkörper decken selbständig Kartellverstöße auf, die von den zuständigen Behörden angesichts begrenzter Ressourcen nicht aufgegriffen werden³⁶. In Europa ist das undenkbar. Privatkörper bemühen sich erst im Nachgang eines erfolgreichen behördlichen Verfahrens um die Kompensation erlittener Schäden (sog. follow on). Die bloße Einführung einer Opt out-Gruppenklage würde an diesem Zustand kaum etwas ändern. Der Grund für die Zurückhaltung europäischer Privatkörper sind die immensen Beweisschwierigkeiten. Ohne die hoheitlichen Befugnisse der Kartellbehörden lassen sich Kartellverstöße praktisch nicht nachweisen. Wollte man insoweit etwas ändern, müsste man vorprozessuale Aufklärungspflichten, eine Art Pre Trial Discovery, einführen³⁷. Weitere nur zu gut bekannte Klageanreize und -erleichterungen aus dem US-amerikanischen System sind

- die Gewährung dreifachen Schadenersatzes,
- die Möglichkeit des Notice Pleading, das an die Stelle strenger Anforderungen an die Substantiierung und Schlüssigkeit einer Klage tritt,

28 Schiller, Wilhelm Tell, Erster Aufzug, 3. Szene.

29 BIS (Fn. 21), S. 27 f.; Radziwill, Privater Schadenersatz bei Kartellverstößen in Europa – Status Quo, Würzburger Arbeiten zum Wirtschaftsrecht, 2012, abrufbar unter: <http://opus.bibliothek.uni-wuerzburg.de/volltexte/2012/6671/>, S. 28.

30 Sog. „rationale Apathie“, CEPS / EUR / LUISS, Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios, Report for the European Commission, Final Report, 2007, S. 277 f.; Schäfer, 9 (3) Eur. J. Law & Econ. 183, 185 (2000).

31 Abgeleitet vom französischen „cy près“, also „möglichst ähnlich“.

32 Siehe etwa Karas, The Role of Fluid Recovery in Consumer Protection Litigation: Kraus v. Trinity Management Services, 90 Cal. L. Rev., 959 (2002), der sich auf einen Fall bezieht, in welchem Mittel u. a. für Forschung und Erziehung im Bereich „consumer credit and finance“ verwendet werden sollten.

33 Daar v. Yellow Cab Co., 433 P.2d 732 (1967). Ähnlich der Vergleich zwischen dem portugiesischen Verbraucherschutzverband DECO mit dem Telekombetreiber, der sich verpflichtete, seine Kunden an sechs aufeinander folgenden Sonntagen kostenlos telefonieren zu lassen. Vgl. dazu die Pressemitteilung der Portugal Telecom, abrufbar unter: <http://www.telecom.pt/NR/rdonlyres/C1074D9D-FF21-4AA8-AF5C-0A6D24F89BF8/1320571/item8p135141.pdf>.

34 Karas (Fn. 33), 959, 982.

35 Genauso Ost, Private Kartellrechtsdurchsetzung, in Behrens/Braun/Nowak (Hrsg.), Wettbewerbsrecht nach der Reform, 2006, S. 109, 111.

36 Bernhard (Fn. 5), S. 61 ff. Die Möglichkeit von Stand alone-Klagen in den USA übersieht Meyer-Lindemann, Durchsetzung des Kartellverbots durch Bußgeld und Schadenersatz, WuW 2011, 1235, 1242, wenn er versucht, überschlägig von den in den USA verhängten Bußgeldern auf die entsprechende Höhe von (auch im Vergleichswege) durchgesetzten Schadenersatzzahlungen zu schließen.

37 Näher Wilbelmi, Zugang zu Beweismitteln und Auskunftsanspruch – Die Regelungen des deutschen Rechts und des Weißbuchs im Vergleich, in: Möschel/Bien (Hrsg.), Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadenersatzklagen?, 2010, S. 99 ff.

- eine erleichterte Finanzierung von Klagen vor allem durch die hierzulande nur sehr eingeschränkt mögliche Vereinbarung eines anwaltlichen Erfolgshonorars sowie aufgrund der American Rule, wonach der Beklagte unabhängig vom Ausgang des Verfahrens die eigenen Prozesskosten zu bezahlen hat,
- schließlich die Möglichkeit, bestimmte Verfahren vor einer unberechenbaren, tendenziell unternehmensfeindlich gestimmten Laien-Jury zu führen (Jury-Trial).

Es bedarf hier keines erneuten detaillierten Eingehens auf die genannten Faktoren für den Erfolg der privaten Rechtsdurchsetzung in den USA³⁸. Ihre Übernahme in das kontinental-europäische System wird zu Recht fast einhellig abgelehnt³⁹. Entsprechende Reformbemühungen etwa der europäischen Kommission wären von vornherein chancenlos. Die bestehende faktische Abhängigkeit privater Schadenersatzklagen von vorausgehenden Verwaltungsverfahren der Behörden erscheint vorzugswürdig. Sie beugt Missbräuchen wirksam vor⁴⁰.

VI. Eine Existenzberechtigung hat die Opt out-Gruppenklage als funktionales Äquivalent der praktisch inexistenten Vorteilsabschöpfung

1. Entzug des Kartellgewinns als Minimalsanktion

Ich wende mich meiner zentralen These zu. Kartellbußen sind nur dann abschreckend, wenn sie den betroffenen Unternehmen im Fall der Aufdeckung eines Kartellverstößes mindestens den durch den Verstoß unrechtmäßig erzielten Gewinn entziehen⁴¹. Das ist ein „Gebot der materiellen Gerechtigkeit und kriminalpolitischen Vernunft“⁴². An den gesetzlichen Grundlagen, dieses Postulat umzusetzen, fehlt es nicht:

- Die auch auf das Kartellbußgeldrecht anwendbare⁴³ Vorschrift § 17 Abs. 4 OWiG lautet: „Die Geldbuße soll den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, übersteigen. Reicht das gesetzliche Höchstmaß hierzu nicht aus, so kann es überschritten werden.“⁴⁴
- Auch die Europäische Kommission behält sich in Rn. 31 ihrer Bußgeldleitlinien aus dem Jahr 2006⁴⁵ die Möglichkeit offen, „die Geldbuße [zu] erhöhen, damit ihr Betrag die aus der Zuwiderhandlung erzielten widerrechtlichen Gewinne übersteigt, sofern diese Gewinne geschätzt werden können.“
- Eigene Vorschriften über die Abschöpfung von unter Verstoß gegen deutsches oder europäisches Kartellrecht erzielten wirtschaftlichen Vorteile durch die Kartellbehörde und bestimmte Verbände finden sich in den Vorschriften §§ 34 und 34a GWB⁴⁶.

2. Risiko einer fehlenden Abschöpfung von Kartellgewinnen

Trotz der genannten rechtlichen Voraussetzungen erscheint es in der Praxis alles andere als selbstverständlich, dass dem Postulat der Vorteilsabschöpfung Rechnung getragen wird. Diese Feststellung mag die eine oder den anderen ein wenig überraschen, gelten die von den Kartellbehörden, insbesondere von der Europäischen Kommission verhängten Bußgelder allgemein doch eher als sehr hoch, sind es in einzelnen Fällen zweifellos auch⁴⁷.

Ich will versuchen, das Risiko einer fehlenden Abschöpfung von Kartellgewinnen auch in den Fällen, in denen eine Geldbuße verhängt wird, mit wenigen tatsächlichen Hinweisen zu begründen:

- Die Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamtes interessieren sich nicht für Abschöpfung. Dort heißt es gleich zu Eingang⁴⁸ lapidar: „Diese Leitlinien gelten nur für die Festsetzung des ahndenden Teils der Geldbuße.“ Die Vorteilsabschöpfung wird an dieser Stelle überhaupt nicht erwähnt. Lediglich in Rn. 22 der Bußgeldleitlinien gibt das Bundeskartellamt zu bedenken, dass der wirtschaftliche Vorteil aus dem kartellrechtswidrigen Verhalten die 10-Prozent-Kappungsgrenze in § 81 Abs. 4 S. 2 GWB übersteigen kann. Das Amt behält sich vor, in diesen Fällen darüber hinaus abzuschöpfen. Beispiele aus der Entscheidungspraxis finden sich allerdings nicht.
- Schon bei einem groben Überblick über die nackten Zahlen erkennt man, dass es in der deutschen Bußgeldpraxis mit der Abschöpfung der erlangten Vorteile nicht weit her sein kann: Einerseits weist das Bundeskartellamt in seiner Stellungnahme zum 8. GWB-Entwurf darauf hin, der Kartellmehrerlös könne „im Einzelfall Größenordnungen von jeweils mehreren hundert Millionen Euro erreichen.“⁴⁹ Die in den Jahren 2009 und 2010 vom Bundeskartellamt verhängten Bußgelder lagen aber – bezogen auf sämtliche in den jeweiligen Jahren sanktionierten Kartellverstöße – unter EUR 300 Mio. Tatsächlich vereinnahmt wurden sogar nur deutlich unter EUR 200 Mio. pro Jahr⁵⁰.
- Misstrauisch macht auch die vom Bundeskartellamt und von der Europäischen Kommission verwendete Formel zur Bestimmung der Geldbuße. Sieht man einmal von der Möglichkeit gewisser Zu- und Abschläge im Einzelfall ab, beträgt sie bis zu 30⁵¹ Prozent des kartellbefangenen Umsatzes. Geht man, wie es die wenigen empirischen Studien zu dieser Frage suggerieren, von einer durchschnittlichen Kar-

38 R. Becker (Fn. 12), S. 37, 49 ff.; Möschel, WuW 2007, 483, 486 f.

39 Siehe nur Möschel, WuW 2007, 483, 491; außerdem R. Becker (Fn. 12); S. 37, 67.

40 Möschel, WuW 2007, 483, 491.

41 Das konzedieren auch Bechtold/Bosch, Der Zweck heiligt nicht alle Mittel, ZWeR 2011, 160, 165. Viel weiter gehen Wils, Principles of European Antitrust Enforcement, 2005, Rn. 289, und auf ihn Bezug nehmend Ackermann, Kartellgeldbußen als Instrument der Wirtschaftsaufsicht, ZWeR 2012, 3, 10 m. w. N.: Produkt aus Mehrerlös und dem Kehrwert der Aufdeckungswahrscheinlichkeit als Idealmaß der Geldbuße.

42 Kühnen, Mehrerlös und Vorteilsabschöpfung nach der 7. GWB-Novelle, WuW 2010, 16, 25, der außerdem noch auf Art. 3 Abs. 1 GG verweist.

43 § 81 Abs. 5 GWB.

44 Siehe auch BGH, Beschl. v. 25. 4. 2005, KRB 22/04, WuW/E DE-R 1487, 1490 – Steuerfreie Mehrerlösabschöpfung: „Liegt die für erforderliche Ahndung unterhalb des festgestellten Mehrerlöses, wird bis zur Höhe des Mehrerlöses regelmäßig abzuschöpfen sein.“

45 Kommission, Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. 2006 Nr. C 210/2.

46 Hinzu treten die Tatbestände § 29 a OWiG (Verfall) und § 10 WiStraFG (selbständige Abführung des Mehrerlöses, wenn der Täter nicht zu Strafe oder Geldbuße verurteilt werden kann).

47 Siehe nur die Beispiele bei Meyer-Lindemann, WuW 2011, 1235, 1236.

48 Unter I. 2.

49 Stellungnahme des Bundeskartellamtes vom 26. 6. 2012 zum Regierungsentwurf für 8. GWB-Novelle, S. 27.

50 Bundeskartellamt, Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2009/2010 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet und Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drucks. 17/6640, S. 37. Das Bundeskartellamt stellt in seiner Bonusregelung (Rn. 23) in Aussicht, dass „in der Regel nicht abgeschöpft wird“ und auch kein Verfall (§ 29 a OWiG) angeordnet wird. Das scheint auch in der Praxis zu passieren, wenn das Bundeskartellamt über die Verbraucherschutzverbände sagt: „Sie sind bei der Abschöpfung des Mehrerlöses insbesondere nicht an Zusagen im Rahmen der Bonusregelung gebunden und brauchen auf deren Funktionsfähigkeit keine Rücksicht zu nehmen.“ (Stellungnahme vom 22. 6. 2012 zum Regierungsentwurf 8. GWB-Novelle, S. 27).

51 Europäische Kommission, Bußgeldleitlinien, ABl. Nr. C 210 vom 1. 9. 2006, S. 2 ff, Rn. 21; Bundeskartellamt, Bußgeldleitlinien (Bekanntmachung Nr. 38/2006, abgedruckt in Bechtold, GWB, 2010, Anh. C 3), Rn. 4.

tellrendite in Höhe von etwa 30 Prozent⁵² aus, vermag die Buße den Kartellgewinn also gerade, und das auch nur in den Durchschnittsfällen, zu neutralisieren.

Soweit in der Literatur⁵³ teilweise dargelegt wird, dass die von der Europäischen Kommission verhängten Bußgelder in Spitzenfällen wie dem Marine Hose-Kartell⁵⁴ bis zu „650 Prozent“ des kartellbefangenen Umsatzes betragen, droht ein Missverständnis⁵⁵. Referenzwert ist hier der Umsatz, den die Kartellanten mit dem betroffenen Produkt innerhalb eines Jahres erzielt haben. Erstreckt sich das bebußte Kartell über einen längeren Zeitraum, müsste man die Gesamtbuße richtigerweise durch die Anzahl der Jahre teilen. Im Ergebnis gelangt man dann zu Werten, die – wie im Fall des über 19 Jahre praktizierten Marine Hose-Kartells – allenfalls leicht über der Marke von 30 Prozent des kartellbefangenen Umsatzes und damit in etwa auf der Höhe der durchschnittlichen Kartellrendite liegen.

Genaue Zahlen zum Verhältnis zwischen Kartellgewinn einerseits und Bußgeldhöhe andererseits sind schwer zu finden. Hier besteht Bedarf für weitere Forschungen, insbesondere auch durch die Kollegen aus dem Bereich der Wirtschaftswissenschaft.

Eine ungefähre Vorstellung von den möglichen Verhältnissen vermitteln möglicherweise die verfügbaren Daten betreffend das internationale Graphitelektrodenkartell. Die von der Kommission für den europäischen Markt verhängte Geldbuße betrug EUR 218,8 Mio⁵⁶. Schätzungen zufolge lagen die von den Kartellanten allein in Europa erzielten Gewinne aber bei EUR 1 Mrd⁵⁷. Legt man diese Zahlen zugrunde, wäre den Kartellanten – bezogen auf den europäischen Markt – immer noch ein Gewinn in Höhe von gut EUR 780 Mio. verblieben.

3. Hohe Anforderungen an den Nachweis des Mehrerlöses durch die Kartellbehörden und Verbände

Der Grund für die Zurückhaltung der Kartellbehörden, sich im Rahmen der Bußgeldfestsetzung stärker um die Abschöpfung des unrechtmäßig erzielten Kartellgewinns zu bemühen, dürfte in erster Linie in den hohen gerichtlichen Anforderungen an den Nachweis des Mehrerlöses liegen. Das Bundeskartellamt hat hier leidvolle Erfahrungen unter Geltung des alten Kartellbußgeldrechts gemacht. Für Kartellfälle, auf die noch das GWB in seiner Fassung vor Inkrafttreten der 7. Novelle anwendbar ist, berechnet sich das Bußgeld auf der Grundlage des Mehrerlöses. Dieser wurde verdreifacht⁵⁸. Im Fall des Zementkartells stand die endgültige Höhe des erzielten Mehrerlöses erst nach 30 langen Verhandlungstagen unter Beteiligung zahlreicher ökonomischer Gutachten vor dem OLG Düsseldorf fest⁵⁹. Zwar besteht gemäß § 34 Abs. 4 GWB die Möglichkeit, im Rahmen der Vorteilsabschöpfung durch das Bundeskartellamt den Mehrerlös zu schätzen. Praktische Bedeutung hat dieses Instrument bislang aber nicht erlangt. Für das Amt besteht offenbar kein Anreiz, über das reine Bußgeld hinaus Sanktionen zu verhängen. Wie gering die Lust ist, kartellbedingte Mehrerlöse zu bestimmen, zeigt auch die Stellungnahme des Vorsitzenden Richters am ersten Kartellsenat des OLG Düsseldorf: Auch das Kartellgericht könne, etwa weil es hierfür gutachtliche Hilfe in Anspruch nehmen müsste, von einer Vorteilsabschöpfung im Bußgeldverfahren absehen⁶⁰. Für Verbände, die gemäß § 34 a GWB ebenfalls, wenngleich subsidiär (und ohne Schätzungsmöglichkeit) die Vorteilsabschöpfung geltend machen können, fehlt es ebenfalls an einem Anreiz hierzu. Der Erlös fließt an den Fiskus.

4. Schadenersatzzahlung als Äquivalent der Vorteilsabschöpfung

Als Alternative kommt die Verpflichtung der Kartellanten zur Leistung von Schadenersatz in Betracht. Sie eignet sich meines Erachtens als Äquivalent zur Vorteilsausgleichung. Der Einwand liegt nahe, die Beweisschwierigkeiten tauchten dann in anderer Gestalt im Rahmen des Schadenersatzprozesses wieder auf. Diese Schwierigkeiten sind nicht von der Hand zu weisen, dürften aber eine andere Qualität haben. Bei hoheitlichen Eingriffen sind die Nachweisanforderungen wesentlich höher als bei der Frage nach der Höhe des Schadenersatzes. Zahlreiche Sicherheitsabschlüsse sind hier die Regel⁶¹. Das Zivilverfahrensrecht erlaubt es, die Schadenshöhe schätzungsweise zu bestimmen (§ 287 ZPO)⁶². Ein Weiteres kommt hinzu: Bei der Vorteilsabschöpfung bedarf es außerdem noch der Saldierung von Nachteilen⁶³. Das ist beinahe so, als ob das Gericht ex officio eine Pass on-Prüfung vornehmen müsste.

Eingeräumt sei auch, dass die von den Kartellanten unrechtmäßig erzielten Gewinne und die von Dritten, insbesondere Abnehmern der Kartellanten erlittenen Schäden⁶⁴ nicht

- 52 Boyer/Kotchoni, CIEANO Scientific Series, Working Paper, 2011 (13,8 %); Combe/Monnier, PRISM-Sorbonne Working Paper, Juni 2009 (34 %); Connor, Price-Fixing Overcharges, 2. Aufl. 2010 (50 % für erfolgreiche Kartelle); Connor, Price-fixing Overcharges: Legal and Economic Evidence, in: Zerbe/Kirkwood (Hrsg.), Research in Law and Economics, 2007, 59 ff. (25 %); Connor/Bolotova, 24 INT'L J. INDUS. ORG. 2006, 1109 (30-33 % für internat. Kartelle); Connor/Lande, 80 Tul. Law Review 2005, 513 (31-49 %); Levenstein/Suslow, Univ. of Michigan Bus. Sch. Working Paper, 2002 (43 %); OECD, Report On The Nature And Impact Of Hard Core Cartels And Sanctions Against Cartels under National Competition Laws, 2003 (15,75 %); Posner, Antitrust Law, 2. Aufl. 2001 (49 %); Werden, U.S. Department of Justice Antitrust Division Discussion Paper No. EAG 03-2, 2003 (21 %). Meyer-Lindemann, WuW 2011, 1235, 1237, nennt lediglich 20 Prozent. Er bezieht sich allerdings nur auf die Studie für die Europäische Kommission von Oxera und Kominos/Beckert/van Damme, die zu einem Aufschlag von 10-20 % (Median 18 %) kommt, vgl. Quantifying Antitrust Damages – Towards non-binding guidance to courts, 2009, IX. Auch Mundt, Die Bußgelderleitlinien des Bundeskartellamts, WuW 2007, 458, 461, nennt als Größenordnung 15–20% bei Hardcore-Kartellen; er bezieht sich dabei auf Studien, die einen durchschnittlichen Aufschlag von 21–43% angeben.
- 53 So z. B. Connor, E.C.L.R. 2011, 27 (29); auf ihn Bezug nehmend Meyer-Lindemann, WuW 2011, 1235, 1237.
- 54 Kommission, Entsch. v. 28. 1. 2009, COMP/39.406 – Marine Hoses.
- 55 Siehe etwa Meyer-Lindemann, WuW 2011, 1235, 1237, der im Fall Marine Hoses annimmt, die „angenommene Kartellrendite von 20 % [...] sei in über dreißigfacher Höhe bebußt worden“.
- 56 Kommission, Entsch. v. 18. 7. 2001, COMP/E-1/36.490, ABl. 2002 Nr. L 100/1 – Graphitelektroden.
- 57 Bernhard (Fn. 5), S. 123 f. Siehe außerdem OECD Reports Hard Core Cartels 2000, abrufbar unter: <http://www.oecd.org/competition/cartels-antidanti-competitiveagreements/2752129.pdf>, S. 5, 13, wonach die im Graphitelektrodenkartell betroffenen Umsätze zwischen US-\$ 5 und 7 Mrd. gelegen haben und der Preisauflschlag bei 50, in den USA sogar bei über 60 % gelegen habe.
- 58 § 81 Abs. 2 S. 1 GWB in der Fassung vom 1. 1. 2002.
- 59 OLG Düsseldorf, Urt. v. 26. 6. 2009 – VI-2 a Kart 2-6/08 – OWi, Rz. 528 ff. Zu den Schwierigkeiten eindringlich auch Ackermann, ZWeR 2012, 3, 11 f.
- 60 Kühnen, WuW 2010, 16, 27, der gleichzeitig aber der Ansicht ist, die Kartellbehörde sei zur Vorteilsabschöpfung verpflichtet (ebenda, 26). Er messen sei ihr insoweit nur hinsichtlich der Wahl des Verfahrens, Bußgeld oder § 34 GWB, eingeräumt.
- 61 Erinnert sei an OLG Düsseldorf, Urt. v. 26. 6. 2009 – VI-2 a Kart 2-6/08 – OWi, Rn. 632 ff. sowie BGH, Beschl. v. 25. 4. 2005, KRB 22/04, WuW/DE-R 1487, 1490 – Steuerfreie Mehrerlösabschöpfung, wonach das erstinstanzlich zuständige OLG Düsseldorf einen („ungewöhnlich hohen“, BGH) Sicherheitsabschlag von 50 % vorgenommen hatte.
- 62 Siehe etwa OLG Düsseldorf, Urt. v. 14. 5. 2008 – VI-U (Kart) 14/07, VI-U (Kart) 14/07 – Belgisches Kartellklageunternehmen, WuW/DE-R 2311, 2313 (m. w. N.): Anwendung ist „weitgehend anerkannt“. Auf die Bestimmung § 34 Abs. 4 GWB wurde bereits hingewiesen.
- 63 Ausführlich Bornkamm, in Langen/Bunte, GWB, 2010, § 34 Rn. 9 ff..
- 64 Zu den durch Kartelle verursachten Schäden: Kommission, Staff Working Document, Impact Assessment, COM(2008) 165 final, Rn. 32 mit Beispielen aus der jüngeren Entscheidungspraxis.

zwangsläufig identisch sind. Denkbar ist etwa, dass die Abnehmer neben dem reinen Preisüberhöhungsschaden aufgrund von Umsatzeinbußen einen erheblichen entgangenen Gewinn erleiden. Zusätzlich mag es vorkommen, dass die Preiserhöhungen bei den Kartellanten selbst zu einem unerwarteten Umsatzeinbruch führen, der Wettbewerbsverstoß sich also nicht einmal für die Kartellanten lohnt. In diesem Fall dürfte der einklagbare Schaden den abzuschöpfenden Vorteil (deutlich) übersteigen. In Sonderkonstellationen ist auch der umgekehrte Fall denkbar, in denen der erzielte Kartellgewinn höher als der Schaden der Abnehmer ausfällt⁶⁵. Dennoch: Die Leistung von Schadenersatz scheint mir zu einer vertretbaren Näherung an das Ziel der Vorteilsabschöpfung zu führen, die zusätzlich das erstrebenswerte Ziel der Kompensation verwirklichen würde.

5. Behördlich angeordnete Rückerstattung als vorzugswürdige Alternative

Doch wie soll die Entschädigung der Kartellopfer (und damit eine Annäherung an die Vorteilsabschöpfung) in der Praxis erreicht werden? Ich würde mir wünschen, dass zukünftig die Kartellbehörden in dieser Hinsicht häufiger aktiv werden. Sie bieten eher als Private eine Gewähr dafür, dass es in der Folge der Schadenersatzzahlungen nicht zu einer Marktberreinigung kommt⁶⁶. Beispielhaft zu nennen ist die vereinzelt erfolgte Anordnung einer Rückzahlungspflicht von durch Kartellverstöße erlangten wirtschaftlichen Vorteilen. Die wenigen Beispiele betreffen allerdings Fälle des sog. Preishöhenmissbrauchs durch marktbeherrschende Energie- und Wasserversorger⁶⁷. Diese zum Teil heftig kritisierte⁶⁸ Praxis des Bundeskartellamtes wird mit Einfügung von § 32 Abs. 2 a GWB-Entwurf im Rahmen der 8. GWB-Novelle offiziell legalisiert werden⁶⁹.

In den klassischen Kartellfällen von der Art einer Preisabsprache dürfte die Bestimmung des hypothetischen Wettbewerbspreises und damit der Preisüberhöhung jedoch auch für die Kartellbehörden weiterhin ein ressourcenverschlingendes und streitanfälliges Problem bleiben. Erwägenswert ist daher der jüngste Vorschlag des britischen Wirtschaftsministeriums⁷⁰: Das Office of Fair Trading, so lautet die Empfehlung, soll den Verletzer verpflichten können, ein Verfahren zur Wiedergutmachung der verursachten Schäden ins Werk zu setzen. Diese Lösung kommt in Betracht in Fällen wie dem erwähnten französischen Mobilfunkkartell, wo die Kartellanten über die Abrechnungsdaten ihrer Kunden verfügen dürften. In solchen Fällen könnte das Bundeskartellamt den Schädigern aufgeben, einen plausiblen Plan zur Entschädigung ihrer Abnehmer aufzustellen, und die Durchführung stichprobenartig überprüfen. Rechtlich dürfte es sich bei solchen Anordnungen um ein Minus zu der in der erwähnten Vorschrift § 32 Abs. 2 a GWB-Entwurf vorgesehenen Befugnis der Kartellbehörden, die Kartellanten zu konkreten Rückzahlungen zu verpflichten, handeln⁷¹. Sie wären von der Kompetenz des Amtes daher gedeckt⁷².

Für Gruppenklagen bliebe dann nur noch für diejenigen Fälle ein Anwendungsbereich, in denen die Kartellbehörde von ihrer Befugnis, in der skizzierten Art und Weise die Entschädigung (und damit implizit die Auskehrung unrechtmäßig erlangter Gewinne) anzuordnen, keinen Gebrauch macht. Der Repräsentant einer – selbstverständlich noch näher zu regelnden – Opt out-Gruppenklage könnte praktisch den gesamten erlittenen Schaden einklagen. In erster Linie ginge es darum, einen Anreiz dafür zu schaffen, dass die Vorteile aus dem Kartellverstoß mindestens näherungsweise abgeschöpft werden.

VII. Ergebnis

Ich fasse zusammen: Für die in Deutschland und weiten Teilen Europas unbekannteste Opt out-Gruppenklage besteht unter Kompensationsgesichtspunkten kein Bedarf. Die Erfahrungen in den USA zeigen, dass die im Wege des Opt out erstrittenen Schadenersatzsummen in vielen Fällen mangels interessierter Geschädigter, die ihre Ansprüche anmelden und (häufig erst nach vielen Jahren) nachweisen müssten, gar nicht vollständig ausgekehrt werden können.

Unter dem Gesichtspunkt der Abschreckung problematisch erscheint allerdings der Umstand, dass den Kartellanten die durch den Kartellverstoß erlangten wirtschaftlichen Vorteile in manchen Fällen nur zum Teil entzogen werden. Solange Bundeskartellamt und Europäische Kommission nicht bereit bzw. mangels personeller Ressourcen nicht in der Lage sind, an diesem misslichen Zustand etwas zu ändern, erscheint die Opt out-Gruppenklage als mögliches Äquivalent mindestens erwägenswert. Einmal eingeführt, dürfte es allerdings schwer sein, die gerufenen Geister wieder los zu werden. Ich würde es vorziehen, wenn es soweit nicht kommen müsste. ■

65 *Pustlausk*, Wohlfahrtsverluste durch Kartelle und deren Kompensation durch Schadenersatzklagen, EWeRK 2011, 127, 132. Umgekehrt sind aber auch (seltene) Fälle denkbar, in denen die Preissteigerung sogar den Abnehmern Vorteile einbringt, weil sie die Waren selbst zu noch höheren Preisen an die eigenen Kunden weitergeben können.

66 Vgl. *Ost* (Fn. 35), S. 119.

67 Z. B. Landeskartellbehörde des Landes Niedersachsen, Verfügung v. 5. 12. 2006 – 24-WB-50/420 – *Stadtwerke Uelzen*; Landeskartellbehörde des Landes Baden-Württemberg, Verfügung v. 24. 2. 2011 – 6-4452.88/96 – *Wasserpreise Calw*.

68 *Fuchs*, Die Anordnung von Wiedergutmachungszahlungen als Inhalt kartellbehördlicher Abstellungsverfügungen nach § 32 GWB?, ZWeR 2009, 176, 179 ff.; *Reber/Haellmigk*, Die kartellrechtliche Rückzahlungsverpflichtung "nach § 32 Abs. 2 GWB", WuW 2010, 513, 515 ff.

69 Siehe zuvor schon das obiter dictum des BGH, Beschl. v. 10. 12. 2008 – KVR 2/08 – *Stadtwerke Uelzen*, NJW 2009, 1212, 1213. Bestätigt im Beschl. v. 15. 5. 2012 – KVR 51/11 – *Wasserpreise Calw*, NJW 2012, 3243.

70 BIS (Fn. 20), S. 47 ff.

71 Die geleisteten Zahlungen präjudizieren selbstverständlich nicht das Ergebnis eines späteren Schadenersatzprozesses. Das heißt: Geschädigte, die mit der ausgezahlten Summe nicht zufrieden sind, können darüber hinausgehende Forderungen geltend machen, müssten deren Berechtigung dann allerdings beweisen.

72 Etwaigen Bedenken im Hinblick auf das Bestimmtheiterfordernis ist durch begleitende Hinweise durch das Bundeskartellamt zu begegnen.