

Die Zukunft privater Schadensersatzklagen nach dem Richtlinienentwurf der Kommission vom 11. Juni 2013 - Tagung des Studienkreises Wettbewerb und Innovation

Der von Professor Bien ins Leben gerufene Studienkreis „Wettbewerb und Innovation“ widmete seine Tagung vom 27. September 2013 dem am 11. Juni 2013 veröffentlichten Richtlinienentwurf der Kommission zu Schadensersatzklagen bei Kartellrechtsverstößen (COM(2013)404). Bereits im Jahre 2009 hat der Studienkreis sich auf Grundlage des vorbereitenden Weißbuchs mit wichtigen Einzelfragen aus diesem Bereich beschäftigt (Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen?, Nomos 2010). Der 7. Studientag diente nun der Vertiefung aktuell besonders umstrittener Aspekte der privaten Kartellrechtsdurchsetzung.

Den Anfang machte *Filip Kubik*, der als Mitarbeiter der Europäischen Kommission im Referat Private Rechtsdurchsetzung maßgeblich an der Ausarbeitung des Richtlinienentwurfs beteiligt war. *Kubik* stellte die wesentlichen Eckpunkte des Richtlinienentwurfs vor und betonte das Bestreben der Kommission, den Opfern von Kartellrechtsverstößen eine wirksame Durchsetzung privater Schadensersatzklagen in voller Höhe zu ermöglichen. Letzteres sei bis heute infolge der verschiedenen nationalen Verfahrensregeln, der damit verbundenen Rechtsunsicherheit sowie der grundsätzlichen Beweisschwierigkeiten nur in sehr eingeschränktem Maße möglich. Der Richtlinienentwurf solle dies durch einen einheitlichen und europaweiten Regelungsrahmen beheben. Wesentlich dafür seien insbesondere die vorgeschlagenen Regelungen zur Offenlegung von Beweismitteln, die dem privaten Schadensersatzkläger die Durchsetzung seines Anspruchs erleichtern sollen. Allerdings dürfe die Offenlegung insbesondere mit Blick auf Kronzeugenunterlagen nicht uneingeschränkt erfolgen. Die Offenlegung unterliege daher einer strikten richterlichen Kontrolle sowie gesetzlichen Beschränkungen, wodurch eine wirksame wettbewerbsbehördliche Durchsetzung, gerade auch mit Blick auf die Anreizwirkung von Kronzeugenprogrammen, gewährleistet bleibe.



Im Anschluss an *Kubik* kommentierte *Dr. Christine Lehmann* vom Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (Referat IB2 – Wettbewerbs- und Verbraucherpolitik) den Richtlinienentwurf aus Sicht der Bundesregierung. Der Richtlinienentwurf sei grundsätzlich zu begrüßen; in einzelnen Bereichen gebe es allerdings noch Nachbesserungsbedarf. Als Beispiel führte *Lehmann* die Vorschriften zur Schadensabwälzung an. Die in Art. 12 Abs. 1 und Art. 13

Abs. 1, Abs. 2 RL-V enthaltenen Vermutungsregeln bürden die Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme des am Kartell beteiligten Unternehmens. Denn sofern das Unternehmen

nicht den Nachweis der Schadensabwälzung erbringe, könnten seine direkten Abnehmer vollen Schadensersatz verlangen. Gleichzeitig könne auch ein indirekter Abnehmer infolge der Beweiserleichterung des Art. 13 Abs. 2 RL-V erfolgreich Schadensersatz einklagen. *Lehmann* äußerte auch Zweifel hinsichtlich der Vereinbarkeit der in Art. 6 Abs. 1 RL-V enthaltenen Offenlegungsbeschränkungen mit der aktuellen Rechtsprechung des EuGH. So habe der EuGH jüngst in der Sache *Donau Chemie* konstatiert, dass eine nationale Vorschrift, die eine Einsichtnahme in die Akten des Kartellgerichts durch Dritte ausnahmslos von der Zustimmung aller Verfahrensparteien abhängig mache, gegen das Unionsrecht verstoße. Eine solche Regelung verwehre den nationalen Gerichten die Möglichkeit, eine gebotene Einzelfallabwägung der betroffenen Interessen vorzunehmen. Art. 6 Abs. 1 RL-V enthalte mit Blick auf sog. Kronzeugenunternehmenserklärungen ein ähnlich striktes Offenlegungsverbot, das eine Einzelfallabwägung nicht zulasse.



Als dritter Referent beschäftigte sich *Dr. Ulrich Denzel* (Gleiss Lutz) mit den Aussagen der Art. 17 und Art. 18 RL-V zur haftungsrechtlichen Berücksichtigung von Vergleichen über den Kartellschadensersatz. Zunächst ging er auf die Hemmung der Verjährungsfrist ein, wie sie Art. 17 Abs. 1 RL-V fordert. *Denzel* sah in der Regelung keinen erkennbaren Mehrwert für Deutschland. Eine Hemmung der Verjährungsfrist ergebe sich schon aus § 203 BGB. Darüber

hinaus seien in der Praxis schon im Vorfeld von Vergleichsverhandlungen vertragliche Verjährungsverzichtsvereinbarungen üblich. Ebenso behelfe sich die Praxis in Deutschland mit dem Ruhenlassen eines Verfahrens während der Streitbeilegungsverhandlungen. Das komme faktisch der Aussetzungsmöglichkeit der Gerichte nahe, wie sie Art. 17 Abs. 2 RL-V verlangt. Auch die Verringerung des Anspruchs des an der Regelung beteiligten Geschädigten nach Art. 18 Abs. 1 S. 1 RL-V entspreche der mittlerweile in Deutschland etablierten Praxis. Hier sah *Denzel* dennoch einen praktischen Mehrwert, da eine gesetzliche Festlegung dieser Praxis geeignet sei, die Vergleichsverhandlungen zu erleichtern. Deutliche Vorteile für die Praxis versprach er sich von der Regelung in Art. 18 Abs. 1 S. 2 RL-V, wonach nicht an dem Vergleich beteiligte Rechtsverletzer keinen Ausgleich von dem an dem Vergleich beteiligten Rechtsverletzer verlangen können. Diese Regelung mache einen Vergleich deutlich attraktiver, berge jedoch gravierende Schwierigkeiten, da nicht gewährleistet sei, dass die Vergleichsregelung der vom Gericht festgestellten zurechenbaren Schadenshöhe entspreche. Die subsidiäre Ausfallhaftung in Art. 18 Abs. 1 S. 3 RL-V biete einen erheblichen Mehrwert, da die Praxis in Deutschland dieser Regelung nur teilweise entspreche. Problematisch sei jedoch die unbestimmte Formulierung, dass die subsidiäre Ausfallhaftung dann eintrete, wenn die anderen Rechtsverletzer „nicht in der Lage seien“ Schadensersatz zu leisten. Hieraus könnten sich Anwendungsprobleme ergeben. Gleiches gelte für die Formulierung, dass nach Art. 18 Abs. 1 S. 1 RL-V früheren einvernehmlichen Regelungen „gebührend Rechnung zu tragen“ sei. Für Deutschland kam *Denzel* zu dem Schluss, dass die meisten Regelungen der Art. 17 und 18 RL-V bereits heute über die Vertragsfreiheit Einzug in die Praxis gehalten haben. Deutlich mehr Wirkung könnten die Regelungen hingegen in anderen Mitgliedstaaten entfachen.

Sarah Cannevel (Bundeskartellamt, Sonderkommission Kartellbekämpfung), *Dr. Lilly Fiedler* (Freshfields Bruckhaus Deringer) und *Dr. Carsten Krüger* (CDC Cartel Damage Claims)

leiteten die zweite Hälfte des Studientages ein und referierten über den Schutz des Kronzeugens vor Akteneinsicht sowie seine haftungsrechtlichen Privilegien im Außen- und Innenverhältnis. Zunächst erläuterte *Cannevel* den Standpunkt des Bundeskartellamtes. Die Bonusregelung sei das zentrale Mittel für die Aufdeckung, Aufklärung und Nachweisbarkeit von Kartellverstößen. Das belege schon die hohe Zahl an Verfahren, die infolge von Bonusanträgen eingeleitet wurden. Das Bundeskartellamt beschränke die Gewährung von Akteneinsicht in der Regel auf Bußgeldbescheide, da diese grundsätzlich alle für einen privaten Schadensersatzkläger erforderlichen Informationen zum Nachweis eines Kartellverstößes enthalten. Der Einsicht in die Bonusunterlagen (z. B. Bonusantrag, Einlassungen von Mitarbeitern des Antragstellers) bedürfe es daher schon mangels eines berechtigten Informationsinteresses regelmäßig nicht. Selbst wenn ein solches einmal gegeben wäre, überwiege meist das öffentliche Interesse am Schutz der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung. *Fiedler* bemängelte, dass ihr der Richtlinienvorschlag nicht weit genug gehe, um den von der Kommission erstrebten Schutz der Kronzeugenerklärungen zu erreichen. Art. 6 Abs. 1 RL-V schränke lediglich die Offenlegungspflichten der Parteien im Zivilprozess ein, betreffe jedoch nicht die Akteneinsichtsrechte à la Pfeleiderer, die bei den Kartellbehörden geltend gemacht werden. Um den erwünschten Schutz der Kronzeugenerklärung zu erreichen, bedürfe es letztlich einer ausdrücklichen Absicherung des Kronzeugen gegenüber dem Einsichtsrecht aus Art. 2 der Transparenzverordnung 1049/2001 und den Einsichtsrechten nach nationalem Recht, wie in Deutschland nach § 406e i. V. m. § 46 OWiG. Denkbar sei es, das in Art. 7 RL-V vorgesehene Verwertungsverbot auf die über die Transparenzverordnung oder über nationale Akteneinsichtsregelungen erlangten Kronzeugenerklärungen auszuweiten. *Fiedler* würde ferner eine Klarstellung hinsichtlich des Begriffs der Kronzeugenunternehmenserklärung begrüßen. Es sei nicht explizit geregelt, ob auch Erklärungen von nicht erfolgreichen oder nachfolgenden Kronzeugen von ihm erfasst sind. Fraglich bleibe auch die Behandlung von Unterlagen, die die Kronzeugenerklärung auszugsweise oder wortwörtlich wiedergeben.

In der anschließenden Diskussion hob *Kubik* hervor, dass die Kommission die Offenlegungspflichten bewusst in den Vordergrund gestellt habe. Ziel sei es, die Gerichte auf dieses Instrument aufmerksam zu machen. *Dr. Johannes Zöttl* (Jones Day) wies dagegen darauf hin, dass der Anspruch auf Offenlegung wenig nütze, wenn noch nicht einmal feststehe, welches Gericht zuständig sei. Bereits zur Klärung der Zuständigkeit sei gegebenenfalls eine Akteneinsicht nötig.



Krüger ging in seinem Vortrag auf die haftungsrechtlichen Privilegien des Kronzeugen im Außen- und Innenverhältnis ein. Er begrüße das Modell des Art. 11 RL-V. Während Art. 6 Abs. 1 RL-V alle Kartellanten schütze und so Schadensersatzklagen insgesamt erschwere, ermögliche Art. 11 RL-V den gezielten Schutz eines Kronzeugen. Außerdem könnten die Haftungsprivilegien sowohl die private als auch die behördliche Kartellrechtsdurchsetzung fördern. In Verbindung mit Art. 18 Abs. 1 RL-V werde der Anreiz von Kronzeugen gestärkt, mit Abnehmern Vergleiche einzugehen, um insoweit der Innen- und Außenhaftung zu entgehen. Nachbesserungsbedarf bestehe aber hinsichtlich der Ausfallhaftung gegenüber Nichtabnehmern. Gem. Art. 11 Abs. 2 RL-V hafte ein Kronzeuge nur gegenüber seinen Nichtabnehmern, wenn sie von den anderen kartellbeteiligten Unternehmen keinen vollständigen Schadensersatz erhalten können. Unter welchen genauen Voraussetzungen ein solcher „Ausfall“ vorliege, lasse sich der Regelung jedoch nicht entnehmen. Denkbare Möglichkeiten reichten von der bloßen Weigerung bis

zum erfolglosen Vollstreckungsversuch. Wünschenswert sei in diesem Zusammenhang auch eine Verjährungshemmung, die verhindert, dass der Schadensersatzanspruch der Nichtabnehmer gegenüber dem Kronzeugen nur deshalb verjährt, weil sie sich vorher an die anderen Kartellanten gehalten haben.



Begleitend zu dem Richtlinienentwurf hat die Kommission eine Mitteilung zur Ermittlung des Schadensumfangs (ABl. 2013 C 167, S. 19 ff.) und eine Empfehlung zum Kollektiven Rechtsschutz (ABl. 2013 L 201/60) veröffentlicht. Diesen beiden Dokumenten waren die letzten beiden Vorträge gewidmet. *Dr. Jochen Bernhard* (Menold Bezler) beschäftigte sich mit dem neuen Leitfaden der Kommission zur Bestimmung des

Schadensumfangs bei Art. 101 und 102 AEUV. Der Leitfaden wende sich vornehmlich an Richter und stelle Vergleichs- und Simulationsmethoden für die Schadensbemessung dar. Der Leitfaden schärfe das Methodenverständnis, aber verändere nicht die Anforderungen an die Berechnung. Speziell in Deutschland werde sich deshalb das Vorgehen der Gerichte bei der Feststellung der Schadenshöhe durch den Leitfaden nicht signifikant verändern. *Bernhard* ging kritisch darauf ein, dass der Leitfaden auch ungenaue Vergleichsmarktmethode legitimiere, und stellte mit den häufiger zu findenden vertraglichen Pauschalschadensersatzklauseln und der gesetzlichen Preisüberhöhungsvermutung nach ungarischem Vorbild auch alternative Konzepte vor. Bevor *Dr. Rolf Hempel* (CMS Hasche Sigle) in seinem Vortrag auf die Empfehlung der Kommission zum kollektiven Rechtsschutz einging, diskutierte er zunächst allgemein die möglichen Ausgestaltungen sowie die Ziele der kollektiven Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen bei Kartellrechtsverstößen. Zentraler Zweck sei insbesondere die Überwindung der rationalen Apathie, die dadurch entstehe, dass es sich bei Streuschäden für den einzelnen nicht lohne, Schadensersatzansprüche geltend zu machen. Außerdem könne der kollektive Rechtsschutz Durchsetzungskosten reduzieren und den Kartellgeschädigten ermöglichen, ihre Verhandlungsposition zu verbessern und den Kartellanten auf Augenhöhe zu begegnen. Er unterzog einzelne Gesichtspunkte der Empfehlung einer Überprüfung. Unter anderem thematisierte er das Gemeinnützigkeitskriterium bei Verbandsklagen, die strengen Vorgaben für die Finanzierung einschließlich der Offenlegungspflicht und die Einschränkungen hinsichtlich einer *quota litis*. Auf dieser Grundlage kam *Hempel* zu dem Ergebnis, dass der empfohlene kollektive Rechtsschutz nicht funktionieren wird.

Ulrich Pfeffer und Per Rummel, wiss. Mitarbeiter