

Legal Tech und kartellrechtliche Durchsetzung in Massenverfahren: Chancen durch Zukunftstechnologien

Gedankensplitter aus der Praxis

*Thomas Thiede, Dortmund**

I. Einführung

Die Beiträge von *Julius Ott* und *Nils Imgarten* zeigen jeweils höchst elegant und prägnant auf, wie die Zukunft des Kartellschadensersatzprozesses strukturiert werden könnte, und um das Ergebnis vorwegzunehmen, wohl auch sein sollte.

Beiden Beiträgen ist dabei schon in der jeweils ausgeführten Prämissen ausdrücklich beizupflichten. Die Autoren erkennen den für das deutsche Kartellschadensersatzrecht drohenden Typ 2-Fehler: Es droht im Zusammenspiel zwischen Informationsasymmetrie, rationaler Apathie und Gerichtsmüdigkeit ein *Under-Enforcement* des Kartellschadensersatzrechts. Wenn ein Kartell nur hinreichend groß ist und Schäden damit auf möglichst viele Geschädigte verteilt sind, haben Geschädigte schlicht keinen Anlass, derartige Streuschäden gerichtlich geltend zu machen. Dies gilt vor allem für Verbraucher und kleine und mittlere Unternehmen. Die rationale Apathie überwiegt und lässt sich wohl nur im Kollektiv überwinden. Es bedarf also Auswege, die darin bestehen müssten, dass die Vielzahl der Kleinstschäden gleichwohl verfolgt wird.

II. Notwendigkeit des Sammelklage-Inkasso

Es ist verdienstvoll, dass die Autoren die Potentiale von gleichsam „echtem“ kollektiven Rechtsschutz intensiv ausloten. Ihnen ist dabei unbedingt darin beizupflichten, dass die Musterfeststellungsklage im Kartellschadensersatzrecht keinen Anwendungsbereich hat, sobald es sich bei Kartellgeschädigten um Unternehmen handelt; im Bereich von Kartellen, die Verbraucher betreffen könnten, dürften Schäden so gering sein, dass selbst die kollektive Geltendmachung die rationale Apathie eher nicht überwinden kann.

* Der Autor dankt Frau Tanja Elidrisi und Frau Anita Langner für umsichtige Hilfe bei der Erstellung des Manuskriptes.

Ähnliches dürfte für die Verbandsabhilfeklage gelten. Wobei hier durchaus schwer wiegt, dass nur qualifizierte Einrichtungen als Klägerinnen derartige Verfahren führen dürfen und das fehlende Gewinnstreben, das für eine derartige Qualifikation vorausgesetzt wird, die vorbeschriebene rationale Apathie wieder nicht überwinden kann. Damit bleibt *de lege lata* allein das Sammelklage-Inkasso, dass sich an deutschen Instanzgerichten freilich keiner besonderen Beliebtheit erfreut.

III. „Gerichtsmüdigkeit“?

Wenn Instanzgerichte mit einer Vielzahl von gebündelten kartellschadensersatzrechtlichen Ansprüchen konfrontiert werden, macht zuweilen das Wort von der „Gerichtsmüdigkeit“, ja gar der „richterlichen Notwehr“ die Runde und es wird darauf verwiesen, dass Kammern wohl oft lediglich *pro forma* mit je 3 Richterstellen ausgestattet sind, dies aber in aller Regel keine „Vollzeitstellen“ sein dürfen, sondern jene Richter als Vorsitzende in anderen Kammern – oft Kammern für Handelssachen – eben auch tätig sind.

Bei oberflächlicher Betrachtung scheint dabei der Verweis auf diese fehlende Personalausstattung und ein diffuses Mitgefühl mit den Kammern naheliegend, wohl auch, weil etwa im Rahmen der Kartellbetroffenheit eine Vielzahl von redundanten und repetitiven Belegen, so etwa Rechnungen und dergleichen, durch die befassten Richter zu prüfen ist. Bei vertiefter Betrachtung wird man sich daher kaum des Appelles nach verbesserter Personalausstattung der Gerichte verschließen dürfen, aber eben auch den Sinspruch von den geöffneten Augen bei der Berufswahl anführen. Schließlich mag dem befassten Praktiker (insbesondere, wenn eine Vergütung nach RVG erfolgt) das vorbeschriebene Mitgefühl auch weniger leicht in die Feder zu fließen, weil sowohl klägerische Unternehmen und ihre Rechtsvertreter als auch die beklagten Kartellanten und deren Rechtsverteilter entsprechende Belege im Vorfeld des Verfahrens eingehend untersucht haben.

Naturgemäß bedarf es einer solchen Prüfung nicht, wenn andere Gründe bestehen, die Klage eines Klagevehikels abzuweisen. Ott zeigt in seinem Beitrag – kritisch und präzise – auf, dass trotz Gesetzesreform und entgegenstehender Urteile des BGH verschiedene Instanzgerichte die Nichtigkeit der Abtretung unter Verweis auf die Vorschriften des RDG begründen und

stellt die Herleitung des derzeit anhängigen Vorabentscheidungsverfahrens beim EuGH eingehend dar.

IV. „Und sie dreht sich doch“

Folgt man der These, dass es schlussendlich auch in Deutschland ein Sammelklage-Inkasso geben wird, gewinnt *Imgartens* Aufruf, die bereits bestehenden Möglichkeiten der ZPO zu nutzen, ganz erhebliches Gewicht.

Es ist wohl nicht völlig fernliegend, dass es Beklagtenvertretern wohl oft weniger auf Mitwirkung bei der Rechtsfindung, sondern einzig und allein darauf ankommt, die angesichts der kartellrechtsimmanenten Informationsasymmetrie ohnedies benachteiligten Kläger in Ansehung der ohnedies bestehenden rationalen Apathie weiter zu „zermürben“ und sich dabei der Gerichte zu bedienen.

Namentlich *Johannes Heyers* hat die naheliegende Strategie der Vertreter der beklagten Kartellanten sehr treffend beschrieben:

„Ein Kartellrechtsverstoß wird im Detail auch dann bestritten, wenn eine bestands- und rechtskräftige kartellbehördliche Entscheidung vorliegt: (angeblich regelmäßig unverschuldete) Hardcore-Kartelle degenerieren zu einem bloßen Austausch von Informationen, der schon von Haus aus nicht geeignet gewesen sei, die Preisbildung zu beeinflussen... kartellierte Produkte ... seien dagegen viel zu differenziert. Die beklagten Kartellanten, die sich angeblich so sehr der Einzelfallgerechtigkeit widmen, scheuen nicht davor zurück, die Kläger mit Unmengen ökonomischer Gutachten einzudecken, die weder ihre Datengrundlage offenbaren, noch mit den Beschaffungsmengen des konkreten Einzelfalls zu tun haben. Auch sind ihre Verteidigungslinien über Kartelle und Prozesse hinweg immer die gleichen: Die Jahre oder Jahrzehnte andauernde kartellrechtswidrige Verhaltensweise sei „nicht umgesetzt“ worden, so dass eine Auswirkung auf die Preise fernliege; die Grundabsprache sei lediglich in einzelnen, unbedeutenden Regionen durchgesetzt worden; die geltend gemachten Schadenspositionen bezögen sich auf andere Waren als die vom Bußgeldbescheid erfassten.“¹

¹ „Kartellschadensersatzprozesse laufen in Deutschland zu lang!“, D-Kart Blog, online <<https://www.d-kart.de/blog/2022/09/29/kartellschadensersatzprozesse-laufen-in-deutschland-zu-lang/>> (zuletzt abgerufen am 25.11.2023).

Immer neue Schriftsatzrunden werden von deutschen Gerichten zugelassen, oft ohne jedwede gerichtlichen Hinweise; Verfahren laufen zum Teil seit bald einem Jahrzehnt.

Vor diesen Hintergründen ist *Imgarten* in seinen Ausführungen zum „Case-Management“ unbedingt beizupflichten: Es ist schon für einfache, gleichsam ungebündelte Kartellschadensersatzklagen, doch erst recht für das Sammelklage-Inkasso unabdingbar, entsprechende Prozesse sachgemäß im Sinne von § 139 ZPO gerichtlich zu leiten. Eine gezielte gerichtliche Prozessplanung, der fokussierte (und einmalige!) Vortrag von Rechtsansichten und nach Themenkomplexen gegliederte Termine sollten wohl nicht Option sein, sondern für die Bewältigung des Prozessstoffes zwingend und, dies ist zu betonen, auch nach geltendem Recht möglich sein.

Es mag auch nicht überraschen, dass der Autor dieser Zeilen die von *Imgarten* geforderte Schadenschätzung unter Anwendung von § 287 ZPO begrüßt. Tatsächlich spricht nichts dagegen, in einem möglichst frühen Stadium des Prozesses, so etwa nach der Klärung der Kartellbetroffenheit und der Bindungswirkung etwaiger behördlicher Erkenntnisse, die Fragen der Schadenshöhe nicht einem Konglomerat von Gutachtern zu überlassen, die, so hat es das *Competition Appeal Tribunal* jüngst recht unumwunden festgestellt, weder auf Kläger- noch auf Beklagtenseite zutreffende Ergebnisse produzieren, so dass ein drittes (teures!) Gerichtsgutachten gefordert wird, was der ohnedies bestehenden rationalen Apathie der Kläger in keinem Fall zuträglich sein dürfte.²

Diese vorgreiflichen Fragen, die sich nicht nur beim „einfachen“ Kartellschadensersatzprozess, sondern eben auch beim Sammelklage-Inkasso stellen, können sodann anhand verschiedener Gruppen, die innerhalb der gebündelten Ansprüche wohl oftmals leicht auszumachen sind, weiter abgeschichtet werden. Auch mit Blick auf die Erledigungszahlen der befassten Kammern spricht nichts dagegen, etwaige Gruppen sodann abzutrennen.

² Siehe etwa *Competition Appeal Tribunal*, 7.2.2023 – (2023) CAT 6 – Royal Mail Group Ltd. v DAF Trucks Ltd. und aus der Literatur Bornemann/Suderow NZKart 2023, 478 (480); Tolkmitt ZwER 2023, 309 (314 f.), 324 f.), 326; Bayer/Rinnen/Wandschneider NZKart 2021, 407; Beckmann/Heller/Mattke NZKart 2021, 555; Hornkohl/Imgarten NZKart 2021, 621; Rinnen/Wandschneider NZKart 2021, 147; Thole NZKart 2021, 5; Thiede NZKart 2020, 657.

V. Legal Tech

Vor diesen Hintergründen überzeugt der Brückenschlag zum *Legal Tech*: In der Praxis findet sich vorbeschriebene redundant repetitive Arbeit insbesondere im Bereich der *Due Diligences*, wo in aller Regel eine ähnlich hohe Anzahl von Dokumenten zu prüfen ist.

Die Verwendung von Datenräumen ist hier Gang und Gänge. Entsprechende Anbieter sind zu hunderten, wenn nicht sogar tausenden am Markt. Das dort verwendete Dokument, um in *Imgartens* Duktus des „Basisdokumentes“ zu bleiben, wäre ein *Due Diligence*-Bericht, der in der Regel in Tabellenform erstellt wird. Gerade der Hinweis auf eine Verlinkung im Rahmen einer Excel-Tabelle ist bei inländischen und ausländischen (Kartell-)Behörden auch durchaus üblich. Die entsprechende Technologie dürfte der öffentlichen Hand demgemäß zugänglich sein.

VI. Resümee

Ein *Over-Enforcement* ist für Deutschland beim jetzigen Stand des Kartellschadensersatzrechts gewiss nicht zu befürchten. Es gibt nur wenige Vergleiche und noch weniger Leistungsurteile der Instanzgerichte. So droht – gerade bei Streuschäden – das völlige Ausbleiben von Kompensation und eine erhebliche Beschädigung des Justizstandortes. So ist für die Zukunft zu hoffen, dass die Beiträge der Autoren möglichst weites Gehör finden, weil ihre Vorschläge den Weg in die Zukunft weisen können.

