§ 5 Schadensersatzanspruch

Die Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstößen stehen im Mittelpunkt der gegenwärtigen Diskussion über die Verstärkung der privaten Durchsetzung des Wettbewerbsrechts. Dieser Abschnitt beschäftigt sich mit den wichtigsten Fragen bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen, nämlich wer anspruchsberechtigt ist, in welchem Umfang der erlittene Schaden kompensiert wird und wie der Schaden ermittelt werden kann. Im Rahmen der Ausführungen zur Anspruchsberechtigung wird insbesondere auf das Spannungsverhältnis zwischen der Aktivlegitimation für mittelbare Abnehmer und dem Einwand der Schadensabwälzung eingegangen. Darüber hinaus werden verschiedene Methoden der Schätzung des entstandenen Schadens erläutert, wobei die europäischen und deutschen Rechtsinstitute und die hierzu entwickelte Rechtsprechung als Basis dienen. Zum Thema Schadensumfang und -ermittlung wird insbesondere die umstrittene Frage bezüglich des Mehrfachschadensersatzes im Lichte des Konzeptes der dualen Zielsetzung erörtert. Da sich nur ganz wenige Entscheidungen in China eingehend mit der Schadensermittlung befassen, dienen die europäischen und deutschen Ansätze hier als Orientierungshilfe für die chinesische Rechtsentwicklung.

A. Stand der Schadensersatzklagen in Deutschland und China

Eine Einführung in die rechtlichen Grundlagen für Schadensersatzklagen und ein Überblick über die Praxis wurden bereits im Kapitel § 1 gegeben. Sie werden deshalb hier nicht wiederholt. Im Folgenden werden nur einige wichtige Ergänzungen zu der Rechtspraxis in Deutschland und China erörtert.

I. Deutschland

Das Bundeskartellamt verkündet seit dem Berichtszeitraum 2005/2006 die Zahl der Kartellzivilverfahren in seinem zweijährigen Tätigkeitsbericht und seit dem Jahr 2013 jährlich in seinem Jahresbericht. Es fehlt leider eine

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

offizielle Statistik über die Anzahl der eingegangenen kartellrechtlichen Schadensersatzklagen vor Gericht. Den Angaben der Berichte des Bundeskartellamtes seit 2007 ist jedenfalls zu entnehmen, dass die Schadensersatzklagen nach der 7. GWB-Novelle merklich zugenommen haben und die jährliche Anzahl weiterhin ungebremst steigt.[481] Weil die Bedingungen für Schadensersatzklagen mit der Umsetzung der EU-Schadensersatzrichtlinie im Rahmen der 9. GWB-Novelle weiter verbessert wurden, rechnet das Bundeskartellamt mit einem weiteren Anstieg der Schadensersatzklagen.[482] Dabei zeichnen sich die Schadensersatzklagen in Deutschland in den vergangenen Jahren unter anderem dadurch aus, dass es merklich mehr Follow-on-Klagen zu beobachten gibt.[483] Nach den Angaben des BKartA betrafen die Follow-on-Klagen unterschiedliche Warensegmente wie Zement, Zucker, LKWs, Schienen, Spanplatten, Waschmittel, Drogerieartikel, Bildröhren, Kaffee, Matratzen oder Leistungstransformatoren.[484] Dies sind Branchen, in denen einst große Kartelle bestanden und das BKartA hohe Geldbußen gegen die Kartellunternehmen verhängte. Nach den Beobachtungen des BKartA, folgen zahlreiche Schadensersatzklagen auf fast jedes behördliche Kartellverfahren.[485] Hervorzuheben sind die Schadensersatzklagen, die sich an abgeschlossene Kartellbußgeldverfahren des BKartA gegen das LKW-Kartell anschlossen und von zahlreichen Abnehmern eingereicht wurden. Im Vergleich zu dem Zucker- oder Schienenkartell, bei denen die Kläger im Wesentlichen aus einer homogenen Branche stammen, kommen die Kläger gegen das LKW-Kartell nicht nur aus der Bau- und Logistikbranche, sondern auch aus vielen anderen sehr unterschiedlichen Wirtschaftszweigen, wie z.B. auch aus dem Lebensmitteleinzelhandel.[486] Ein großer Teil der Klagen wurde auch von kleinen Unternehmen wie Handwerksbetrieben eingereicht.[487] Die zahlreichen Follow-on-Klagen haben die weitere Entwicklung der Schadensersatzklagen in vielerlei Hinsicht beeinflusst. In den bisher abgeschlossenen Verfahren wurden die wesentlichen Fragen bei der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs im Hinblick auf die Bindungswirkung von Bußgeldentscheidungen, die Be-

481 S. oben § 1 A.III.2.
482 BKartA, Jahresbericht 2017, S. 39.
483 S. oben § 1 A.III.2.
484 BKartA, Jahresbericht 2017, S. 38.
485 BKartA, Jahresbericht 2018, S. 15.
486 BKartA, Tätigkeitsbericht 2017/2018, S. 38.
487 BKartA, Tätigkeitsbericht 2017/2018, S. 38.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

weislast für die Kartellbetroffenheit und die Schadensermittlung von den Gerichten behandelt und geklärt.

II. China

Wie bereits im Kapitel § 1 festgestellt, ist die private Kartellrechtsdurchsetzung in China im Vergleich zu der in Deutschland völlig unterentwickelt. Dies spiegelt sich insbesondere bei der Geltendmachung der Schadensersatzansprüche wegen Zuwiderhandlungen gegen das AMG wider. In den bisher abgeschlossenen kartellrechtlichen Zivilverfahren stellen die Schadensersatzklagen den größten Anteil dar.[488] Lediglich in vier Fällen wurde den Geschädigten ganz oder teilweise Schadensersatz zugesprochen. Zwei dieser Schadensersatzklagen richteten sich gegen missbräuchliches Verhalten marktbeherrschender Unternehmen und zwei gegen wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen. Auf diese wird im Folgenden unter dem Gesichtspunkt des Schadensumfangs näher eingegangen.

B. Aktivlegitimation

Rein theoretisch ist jeder, der aufgrund eines Kartellrechtsverstoßes einen Schaden erlitten hat, berechtigt eine Schadensersatzklage zu erheben. Wie im Kapitel § 2 erläutert, kann ein Kartell sowohl betriebswirtschaftliche als auch volkswirtschaftliche Schäden verursachen. Einerseits können die betriebswirtschaftlichen Schäden weit verbreitet sein. Durch den Preiseffekt von Kartellen werden die Marktteilnehmer auf dem gleichen Produktmarkt, die unmittelbaren Abnehmer und Lieferanten auf den vor- und nachgelagerten Märkten und letztendlich die Endverbraucher beeinträchtigt. Schließlich wird durch den Umbrella-Effekt auch der Kreis der Opfer ausgeweitet. Andererseits stimmen die volks- und betriebswirtschaftlichen Schäden nicht miteinander überein. Die volkswirtschaftlichen Schäden können nicht unmittelbar durch Kompensation des einzelnen privaten Schadens ausgeglichen werden. Es bedarf daher zunächst einer Klarstellung der Ausgangsfrage der Geltendmachung der Schadensersatzansprüche, nämlich der des Kreises der Anspruchsberechtigten. Dabei wird insbeson-

488 Zu der Statistik und den Merkmalen der Schadensersatzklagen siehe oben § 1 A.IV.2.b.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dere auf die Problematik des Verhältnisses zwischen der Klagebefugnis der mittelbaren Abnehmer und dem Einwand der Schadensabwälzung unter Berücksichtigung des Ausgleichs- und Abschreckungsgedanken eingegangen.

I. Kreis der Anspruchsberechtigten nach Vorgaben des deutschen Rechts unter Einfluss des europäischen Rechts

Mit der 7. GWB-Novelle wurde das Schutzgesetzerfordernis, das eines der großen rechtlichen Hindernisse der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen darstellte, abgeschafft. Hierdurch wurde der Ausdruck der „Betroffenheit" in § 33 der 7. GWB-Novelle bereits an den des „Jedermann" des *Courage* EuGH-Urteils angepasst. Die Aktivlegitimation mittelbarer Abnehmer bezüglich der Schadensersatzansprüche und die Zulassung der *passing-on defense* werden in der höchstrichterlichen Rechtsprechung seit dem BGH-Urteil *ORWI*[489] anerkannt. Grundsätzlich steht jedem, der durch einen Kartellrechtsverstoß einen Schaden erlitten hat, das Recht auf vollständigen Schadensersatz zu.[490] Anspruchsbegründende Voraussetzung der Betroffenheit im Sinne des § 33 Abs. 1 S. 3 GWB ist das Vorliegen einer Beeinträchtigung durch den Wettbewerbsrechtsverstoß.

Ausführlich lässt sich die Betroffenheit für die einzelnen, in Betracht kommenden Kartellrechtsverstöße getrennt für die folgenden Kategorien erörtern.

1. Betroffene des Kartellverstoßes nach § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV

a. Mitbewerber

Mitbewerber werden im Gesetz ausdrücklich genannt und sind unbestritten anspruchsberechtigt. Mitbewerber sind Unternehmen, die mit den sich kartellrechtswidrig verhaltenden Unternehmen auf einem „räumlich und sachlich relevanten Markt tatsächlich im Wettbewerb" stehen.[491] Dazu ge-

489 BGH v. 28. 6. 2011, NJW 2012, 928–935 – *ORWI*.

490 Ein Gleichlauf des Kreises der Anspruchsberechtigten für Beseitigungs-, Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche besteht seit der 7. GWB-Novelle. Vgl. oben S. 140.

491 *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, 5. Aufl., § 33 GWB Rn. 13 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hören auch die nicht an dem Kartellverstoß beteiligten (potentiellen) Wettbewerber, wenn die Kartellanten ihnen den Marktzutritt verweigert haben oder das Kartell diesen erschwert hat.[492] Im Fall vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen wird auch die Anspruchsberechtigung von Wettbewerbern der bindenden oder der gebundenen Partei einer vertikalen Vereinbarung anerkannt.[493]

b. Unmittelbare Abnehmer/Lieferanten

Selbstverständlich gehören die unmittelbaren Abnehmer zum Kreis der anspruchsberechtigten Marktbeteiligten. Sie sind Marktteilnehmer „der unmittelbaren Marktgegenseite".[494] Nach der Abschaffung des Schutzgesetzerfordernisses durch die 7. GWB-Novelle ist grundsätzlich jeder unmittelbare Abnehmer auf der Marktgegenseite im Fall eines horizontalen Kartells anspruchsberechtigt, unabhängig davon, ob sich die vermeintliche Kartellabsprache gezielt gegen ihn richtet. Im Fall eines Nachfragekartells sind auch die Lieferanten der Kartellteilnehmer anspruchsberechtigt.

Die gebundene Vertragspartei einer wettbewerbswidrigen vertikalen Vereinbarung ist zur Geltendmachung von Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen sowie Schadensersatzansprüchen aktivlegitimiert. Da die gebundene Vertragspartei als Anspruchssteller selbst den Vertrag geschlossen hat, muss das Gericht bei der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs zusätzlich prüfen, ob sie der anderen Partei (die bindende Vertragspartei) eindeutig unterlegen war, sodass sie aufgrund ihrer schwachen Verhandlungsposition die kartellrechtswidrige Klausel nicht freiwillig aushandeln konnte und nicht in der Lage war, durch den rechtzeitigen Einsatz aller ihr zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten den Schadenseintritt zu verhindern oder den Schadensumfang zu begrenzen.[495]

---

492 Dies war bereits unter Geltung des Schutzgesetzprinzips anerkannt, siehe BGH v. 4.4.1975, NJW 1975,1223, 1225 – *Zusatzversicherung*; BGH v. 25.1.1983, NJW 1984, 2819, 2822 – *Familienzeitschrift*.

493 Vgl. BGH v. 2.2.1999, NJW 1999, 2671, 2672 – *Preisbindung durch Franchisegeber*; BGH v. 7.7.1992, NJW 1993, 789, 791 – *Selbstzahler*; *Roth*, in: FK, § 33 GWB Rn. 65; *Rehbinder*, in: LMRKM, 3. Aufl., § 33 GWB Rn. 25.

494 *Ulshöfer*, in: Kartellverfahren und Kartellprozess, § 25 Aktivlegitimation im Kartellzivillprozess Rn. 19. Dies gilt auch für die Verbandsklage, wenn eine erhebliche Anzahl von Unternehmen der Marktgegenseite Mitglied ist. Siehe oben S. 141.

495 EuGH v. 20.9.2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 32f. – *Courage*.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c. Mittelbare Abnehmer/Lieferanten

Ob mittelbare Abnehmer und Lieferanten anspruchsberechtigt sein sollten, war für eine lange Zeit eine der meisterörterten Fragen im Rahmen kartellrechtlicher Schadensersatzklagen. Vor der 7. GWB-Novelle wurde die Anspruchsberechtigung der mittelbaren Abnehmer unter Geltung des Schutzgesetzerfordernisses generell abgelehnt. Diese Frage war unter anderem deshalb besonders umstritten, weil sie im Konflikt mit der Frage der Schadensersatzforderung der unmittelbaren Abnehmer und anschließend mit dem Einwand der Schadensabwälzung des Kartellanten steht. Diesbezügliches wird ausführlich in dem folgenden Abschnitt III erläutert. Der BGH hat mit seinem Urteil in Sachen *ORWI* die kontroverse Diskussion beendet und die Aktivlegitimation der mittelbaren Abnehmer zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aufgrund eines Verstoßes gegen Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB bejaht.[496] Dies wurde ebenfalls in der 9. GWB-Novelle mit § 33c im Zuge der Umsetzung der Art. 12 und 13 RL 2014/104/EU verankert.

Wie bei einer horizontalen Absprache ist die Aktivlegitimation der mittelbaren Abnehmer der unmittelbar an eine vertikale Absprache gebundenen Vertragspartei auch dann zu bejahen, wenn die gebundene Vertragspartei in ihrem Verhalten auf dem nachgelagerten Markt gebunden wird.[497] Die kartellbedingten Nachteile werden an die mittelbaren Abnehmer weitergegeben.

d. Kunden von Wettbewerbern des Kartellteilnehmers

Im Rahmen der Anspruchsberechtigung der mittbaren Abnehmer ist ferner zu überlegen, ob diese auf die Personen, denen ein Schaden durch einen Kartellaußenseiter zugefügt wurde, ausgeweitet werden kann. Der EuGH hat in seinem Urteil *Kone* hinsichtlich sogenannter „Preisschirmeffekte" klargestellt, dass auch den Kunden von Kartellaußenseitern das Recht auf Schadensersatz gegenüber Kartellanten zustehen kann. Infolge der ständigen Rechtsprechung, dass jedermann den Ersatz des ihm entstandenen Schadens verlangen kann, wenn ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Schaden und einem verbotenen Kartell besteht, verbietet sich ein

496 BGH v. 28.6.2011, NJW 2012, 928–935 – *ORWI*.
497 *Rehbinder*, in: LMRKM, 3. Aufl., § 33 GWB Rn. 26 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kategorischer Anspruchsausschluss.[498] Der Kunde ist, unabhängig davon, ob er unmittelbare vertragliche Beziehungen zu einem Kartellmitglieder unterhält oder nicht, befugt, den Schadensersatzanspruch geltend zu machen, solange zwischen dem erlittenen Schaden und der Zuwiderhandlung ein ursächlicher Zusammenhang besteht.[499]

e. Zwischenfazit

Nach der obigen Darstellung ist der Kreis der Anspruchsberechtigten weit gefasst. Das gegen das Kartellverbot verstoßende Unternehmen kann Schadensersatzklagen von Geschädigten aus unterschiedlichen Marktstufen wegen desselben Kartellrechtsverstoßes ausgesetzt sein. Um die Klagen von mehreren Abnehmern bzw. Lieferanten in einer Lieferkette zu koordinieren und eine Mehrfachhaftung oder Nichthaftung des Schädigers zu vermeiden, verpflichtet die EU-Schadensersatzrichtlinie die Mitgliedstaaten, zu gewährleisten, dass die nationalen Gerichte mit den ihnen nach dem Unionsrecht oder nationalen Recht zur Verfügung stehenden Mitteln, die Schadensersatzklagen von Klägern auf anderen Vertriebsstufen sowie die ergangenen Urteile und die öffentlich zugänglichen Informationen aus der behördlichen Durchsetzung gebührend berücksichtigen können (Art. 15 RL 2014/104/EU).

2. Betroffene von missbräuchlichem Verhalten nach § 19 GWB bzw. Art. 102 AEUV

Angesichts der unterschiedlichen Schutzrichtungen der verbotenen missbräuchlichen Verhaltensweisen unter § 19 GWB ist der Kreis der geschützten Marktbeteiligten bei den einzelnen Fallgruppen unterschiedlich abgesteckt. Wer einen Schadensersatzanspruch geltend machen kann, ergibt sich im Wesentlichen aus dem Gesetzestext des jeweiligen Regelbeispiels des § 19 Abs. 2 GWB selbst.[500] Der Wegfall des Schutzgesetzerfordernisses hat diesbezüglich keine beträchtliche Änderung gebracht. Eine Begrenzung der Anspruchsberechtigung folgt daraus, dass nicht bei allen Marktbetei-

498 EuGH v. 5.6.2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317, Rn. 33 – *Kone*.
499 EuGH v. 5.6.2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317, Rn. 34 – *Kone*; EuGH v. 13.7.2006, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 61– *Manfredi*.
500 *Bornkamm*, in: Langen/Bunte, 12. Aufl., § 33 GWB Rn. 69.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ligten der Zurechnungs- oder Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen Verstoß und Beeinträchtigung besteht.[501]

So sind beispielsweise beim Behinderungsmissbrauch nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 GWB diejenigen Mitbewerber auf dem beherrschten Markt und Marktteilnehmer auf der Marktgegenseite sowie auf dem Drittmarkt[502] anspruchsberechtigt, deren Wettbewerbsmöglichkeiten unbillig beeinträchtigt werden.[503] Bei einem Ausbeutungs- und Strukturmissbrauch nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 und 3 GWB gehört die den ungünstigen Entgelten oder Geschäftsbedingungen unterworfene Marktgegenseite zu den Betroffenen.[504] Für ein missbräuchliches Verhalten in Form eines Behinderungs- oder Ausbeutungsmissbrauchs, das eine ähnliche Wirkung wie ein Preis- oder Konditionenkartell hat, können auch mittelbare Abnehmer auf nachgelagerten Absatzstufen einer Lieferkette zum Kreis der Betroffenen gehören, weil die Möglichkeit besteht, dass der missbräuchlich überhöhte Preis schlussendlich an sie weitergegeben wurde.[505] Die zur Begründung der Anspruchsberechtigung der mittbaren Abnehmer in dem BGH-Urteil *ORWI* angeführten Gesichtspunkte können hier gleichfalls angewandt werden.[506]

II. Kreis der Anspruchsberechtigten nach dem chinesischen Recht

Das AMG enthält keine Vorschriften, die sich direkt auf die Aktivlegitimation für Schadensersatzklagen beziehen. Der in § 60 Abs. 1 AMG verwendete Ausdruck „andere Personen" wird durch § 1 der OVG-AMG-Bestimmungen gewissermaßen konkretisiert. Die Anspruchsberechtigten sind danach natürliche oder juristische Personen sowie andere Organisationen. Ausgehend von § 1 der OVG-AMG-Bestimmungen setzt die Betroffenheit voraus, dass die Personen aufgrund der monopolisierenden Verhaltensweisen einen

501 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, § 33 GWB Rn. 43; *Ulshöfer*, in: Kartellverfahren und Kartellprozess, § 25 Aktivlegitimation im Kartellzivillprozess Rn. 54.

502 Dies ist insbesondere der Fall, wenn das marktbeherrschende Unternehmen seine beherrschende Stellung durch Kopplung von Produkten ausnutzt, um seine beherrschende Stellung auf einen nicht beherrschten Drittmarkt auszudehnen. Beispielsweise vgl. BGH v. 4.11.2003, BGHZ 156, 379–394 – *Strom und Telefon I*.

503 *Bornkamm*, in: Langen/Bunte, 12. Aufl., § 33 GWB Rn. 69, 71; *Rehbinder*, in: LMRKM, 3. Aufl., § 33 GWB Rn. 28.

504 *Bornkamm*, in: Langen/Bunte, 12. Aufl., § 33 GWB Rn. 69.

505 *Rehbinder*, in: LMRKM, 3. Aufl., § 33 GWB Rn. 28; *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Langen/Bunte, § 33 GWB Rn. 44.

506 *Rehbinder*, in: LMRKM, 3. Aufl., § 33 GWB Rn. 28; *Ulshöfer*, in: Kartellverfahren und Kartellprozess, § 25 Aktivlegitimation im Kartellzivillprozess Rn. 66.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schaden erlitten haben und/oder die Vertragsinhalte respektive Vereinssatzungen gegen das AMG verstoßen.

Nach § 2 der OVG-AMG-Bestimmungen kann der Kläger entweder nach einem Beschluss der Antimonopolbehörden oder unmittelbar eine Zivilklage vor Gericht erheben. Darüber hinaus muss die Klageerhebung die entsprechenden allgemeinen Voraussetzungen nach § 122 ChinZPG erfüllen. Insbesondere fordert § 122 Nr. 1 ChinZPG, dass das Interesse des Klägers durch den Fall direkt berührt wird. Das Kriterium des „direkten Interesses" bedarf der Konkretisierung durch das Volksgericht für die einzelnen Kartellzivilfälle. Aus der derzeitigen Praxis ist ersichtlich, dass die Anforderungen des Volksgerichts an die Klagebefugnis nicht streng sind. Als klagebefugt werden danach natürliche sowie juristische Personen oder Organisationen anerkannt, die auf demselben sachlich und räumlich relevanten Markt wie der Beklagte (Mitbewerber) oder im unmittelbaren Vertikalverhältnis zum Beklagten auf der Marktgegenseite (Abnehmer oder Lieferant) tätig sind. Endverbraucher sind grundsätzlich klagebefugt, wenn sie unmittelbare oder mittelbare[507] Kunden der Produkte der Unternehmen sind, die eine Zuwiderhandlung gegen das AMG begangen haben sollen. Die Klagebefugnis von Verbrauchern wurde seit der ersten Entscheidung mehrfach bejaht.[508]

Der Kreis der Aktivlegitimation für kartellrechtliche Schadensersatzklagen ist nach dem Zivilprozessrecht weit auszulegen und eine Einschränkung ist in der bisherigen Gerichtspraxis nicht zu beobachten. Die Frage, ob die Berechtigung zur Geltendmachung des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs auf unmittelbare Abnehmer beschränkt werden sollte, wird aber in der Literatur seit jeher diskutiert. Bis zur Verabschiedung der OVG-AMG-Bestimmungen war die Meinung weit verbreitet, dass die Anspruchsberechtigung nicht zu weit ausgedehnt werden sollte. Der Grund dafür war, dass sich die private Rechtsdurchsetzung des AMG noch in der frühen Aufbauphase steckte und die Volksgerichte insofern noch nicht über eine fun-

507 Beijing Oberes Volksgericht v. 22.8.2016, Az. (2016) Jing Min Zhong Nr. 214 – *TIAN Junwei vs. Beijing Carrefour Shuangjing Store and Abbott Shanghai* (letzte Instanz). TIAN kaufte Säuglingsmilchpulver, hergestellt von Abbott, beim Supermarkt Carrefour. Abbott wurde von der NDRC wegen vertikaler Preisabsprachen mit einer Geldbuße belegt.

508 Vgl. oben S. 65.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dierte Prozesserfahrung verfügten.[509] Deshalb wurden „Unternehmer" und „Verbraucher" zwar im Entwurf der OVG-AMG-Bestimmungen ausdrücklich als Anspruchsberechtigte genannt, in der Endfassung aber wieder gelöscht, so dass den Volksgerichten ein gewisser Auslegungsspielraum blieb. In der gegenwärtigen Diskussion sind gegensätzliche Auffassungen zu sehen. Zum Teil werden Bedenken gegen die Zuerkennung einer Anspruchsberechtigung mittelbarer Abnehmer geäußert. Diese Ansicht stützt sich vor allem auf die US-amerikanischen Ansätze, die sich auf die Urteile in Sachen *Hanover Shoe* und *Illinois Brick* beziehen. Um die Motivation der unmittelbaren Abnehmer aufrechtzuerhalten und eine wirksame Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen durch den unmittelbaren Abnehmer sicherzustellen, sei der Kreis der Anspruchsberechtigten einzuschränken und zugleich die *passing-on defense* für den Beklagten auszuschließen.[510] Dem wird entgegengehalten, dass ein genereller Ausschluss der Anspruchsberechtigung mittelbarer Abnehmer sowohl zu einer Unterkompensation für die Geschädigten als auch zu einer unwirksamen privaten Rechtsdurchsetzung führen kann, weil das chinesische Antimonopolrecht keinen Strafschadensersatz und keine *class action* wie das US-amerikanische Antitrustrecht kennt.[511] Nach der hier vertretenen Auffassung ist ein Ausschluss der Anspruchsberechtigung und Klagebefugnis für mittelbare Abnehmer nicht geboten. Insbesondere in Anbetracht der Tatsache, dass den Geschädigten in China ein ausreichender Anreiz für Schadensersatzklagen fehlt und die Schadensersatzklage sehr unterentwickelt ist, besteht insoweit noch kein Anlass zur Sorge, dass ein weit gefasster Kreis der Anspruchsberechtigten zu einem Missbrauch der Schadensersatzklage führen würde.[512]

Eine besondere Klagebefugnis für Verbände zur Erhebung der Unterlassungsklage wie in GWB und UWG, sehen weder das AMG noch die OVG-AMG-Bestimmungen vor. Das chinesische Verbraucherschutzgesetz räumt den Verbraucherverbänden eine Klagebefugnis ein, wenn die Rechte und Interessen von einer Vielzahl von Verbrauchern durch eine rechtswid-

509 Vgl. *He, Zhonglin/Zhu, Li*, Untersuchung zu den grundlegenden Problemen bei Kartellzivilklagen – Zusammenfassung des Symposiums über kartellrechtliche Zivilklagen, People's Court Daily v. 6.8.2009.

510 Vgl. *Zheng, Pengcheng*, FXJ 3 (2010), 98, 102.

511 Vgl. *Wang, Jian*, FSYJ 3 (2010), 23, 30f; *Jiang, Yanbo/Yu, Ling*, JXSHKX 4 (2011), 161, 162; *Dai, Bin/Lan Lei*, S. 206.

512 Vgl. auch *Dai, Bin/Lan Lei*, S. 206.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rige Handlung verletzt werden.[513] Trotz dieser grundsätzlichen Möglichkeit erstreckt sich die Verbandsklage durch Verbraucherverbände in der bisherigen Rechtspraxis nicht auf die Zuwiderhandlungen gegen das Antimonopolrecht.

III. Überlegungen zur Anspruchsberechtigung der mittelbaren Abnehmer

1. Problematik im Rahmen des Präventions- und Ausgleichsgedankens

Ein unmittelbarer Abnehmer des Kartellanten kann den kartellbedingten Preisaufschlag an seine Abnehmer, mithin an die nächste Vertriebsstufe und schließlich möglicherweise an die Verbraucher weitergeben. Hier ist die Schadensabwälzung zunächst im Rahmen der Anspruchsberechtigung der mittelbaren Abnehmer von Kartellanten hinsichtlich der Frage von besonderem Interesse, ob diese den Ersatz des kausal auf den Kartellverstoß zurückgehenden Schadens von den Kartellanten verlangen können. Die Abwälzung des Preisaufschlags durch die unmittelbaren Abnehmer kann je nach dessen Umfang und der rechtlichen Wertung dazu führen, dass sich der entstandene Vermögensschaden verringert oder dem unmittelbaren Abnehmer sogar überhaupt kein Vermögensschaden entsteht. Das verklagte Kartellunternehmen kann deshalb die Schadensabwälzung als Einwand gegen Schadensersatzforderungen der unmittelbaren Abnehmer geltend machen. Das Problem der Anspruchsberechtigung mittelbarer Abnehmer kann deshalb nicht isoliert von der Behandlung der *passing-on defense* betrachtet werden. Das Spannungsverhältnis zwischen den beiden lässt sich unter den unterschiedlichen Zielsetzungen des kartellrechtlichen Schadensersatzes – nämlich Kompensation oder Abschreckung – diskutieren, woraus sich kontroverse Lösungen ergeben.

Der Konflikt zwischen der Klagebefugnis mittelbarer Abnehmer und der Zulassung der *passing-on defense* wurde erstmals in der Entscheidungspraxis in den USA behandelt. In dem Urteil *Hanover Shoe* hat der Supreme Court der USA dem unmittelbaren Abnehmer die vollständige Entschä-

513 § 47 Verbraucherschutzgesetz der VR China: " Wenn eine Handlung die legalen Rechte und Interessen einer Vielzahl von Verbrauchern verletzt, können der Chinesische Verbraucherverband sowie in den Provinzen, den autonomen Gebiete und in den regierungsunmittelbaren Städten errichtete Verbraucherverbände vor den Volksgerichten Klage erheben." Übersetzung von *Gresbrand/Martinek/Odom/Rotermund/Will*, ZChinR 2014, 69, 81.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

digung zugesprochen, unabhängig davon, ob dieser den kartellbedingten Preisaufschlag ganz oder teilweise weitergegeben hat.[514] Nachfolgend hat der Supreme Court im Urteil *Illinois Brick* die Klagebefugnis des mittelbaren Abnehmers verneint, ungeachtet dessen, in welcher Höhe der kartellbedingte Preisaufschlag auf ihn abgewälzt wurde. Damit wird eine sogenannte *indirect purchaser rule* dahingehend gesetzt, dass die Klagebefugnis der mittelbaren Abnehmer und die *passing-on defense* seitens der Kartellunternehmen allgemein im US-Bundesrecht nicht zugelassen sind.[515] Dabei hat der Supreme Court die folgenden Aspekte in Erwägung gezogen: Zunächst würde die Ermittlung und Aufteilung des durch das Kartell herbeigeführten Schadens in der Vertriebskette die Gesamtkosten der Geltendmachung der Schadensersatzansprüche erhöhen, indem äußerst komplexe Sachverhalte in das Verfahren eingebracht würden.[516] Der kartellbedingte Schaden würde auf eine viel größere Zahl der Geschädigten gestreut werden, sodass die Aufteilung des Schadensersatzes die Vorteile für jeden einzelnen Geschädigten verringern würde. Dies würden zugleich die Anreize zur Klageerhebung sowohl von unmittelbaren als auch mittelbaren Abnehmern (einschließlich der Verbraucher) verringern. Die mittelbaren Abnehmer bis hin zum Endverbraucher hätten schon von Haus aus einen kleineren Anreiz zur Klageerhebung als die unmittelbaren Abnehmer, weil sie nur Streuschäden erlitten haben. Anstatt einer Spaltung der Schadensforderungen von Abnehmern aus mehreren Absatzstufen würde eine Entschädigung allein des unmittelbaren Abnehmers mittels des Dreifachschadensersatzes zu einer effizienteren Abschreckung führen.[517] Außerdem wollte der Supreme Court die Gefahr einer mehrfachen Inanspruchnahme für denselben Schaden vermeiden.[518] Trotz dieses Ansatzes des Supreme Courts können mittelbare Abnehmer vor vielen staatlichen Gerichten als Kläger für Schadensersatz zugelassen werden.[519] Die Lösung des Supreme Courts orientiert

514 *Hanover Shoe v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481, 484–494 (U.S. 1968).
515 *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720, 729–736 (U.S. 1977).
516 *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481, 492 f., (U.S. 1968); *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720, 732 (U.S. 1977).
517 *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720, 737–747 (U.S. 1977); *Hovenkamp, Herbert J*, Whatever Did Happen to the Antitrust Movement?, 94 Notre Dame Law Rev. 583 (2019), 617.
518 *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720, 730 (U.S. 1977).
519 Dies wird nicht verboten durch US-Bundesgesetz. *California v. ARC Corp*, 490 U.S. 93 (U.S. 1989).

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sich somit stark an den Gedanken der Abschreckung und Effizienz des Durchsetzungssystems.[520]

Im Vergleich zum Präventivgedanken im US-Antitrustrecht betrachten die Gerichte in Deutschland die Problematik der Schadensabwälzung im Rahmen des Ausgleichsprinzips. Die kartellrechtlichen Schadensersatzklagen dienen dem individuellen Rechtsschutz und dem Ausgleich des tatsächlich eingetretenen Schadens.[521] Die EU-Rechtsprechung und EU-Schadensersatzrichtlinie gewährleisten für jeden das Recht auf den vollständigen Ersatz des durch eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht verursachten Schadens. Die mittelbaren Abnehmer (bzw. Verbraucher) sind diejenigen, die den kartellbedingten Preisaufschlag letztendlich getragen haben. Sie müssen in die Lage versetzt werden, den Schaden von den Kartellanten ersetzt zu verlangen. Wird der Schadensersatzanspruch des mittelbaren Abnehmers nicht anerkannt und gleichzeitig der Einwand der Schadensabwälzung ausgeschlossen, würde dies zu einer Bereicherung der unmittelbaren Abnehmer führen. Zugleich würden die wirtschaftlichen Interessen der mittelbaren Abnehmer bzw. Verbraucher vernachlässigt werden.[522] Demzufolge ist die amerikanische Lösung nach dem Ausgleichsprinzip nicht gerechtfertigt. Ausgehend von diesem und dem Ziel der Vollkompensation gehört der mittelbare Abnehmer nun zweifellos zum Kreis der Anspruchsberechtigten. Die verbleibenden Probleme sind dann im Rahmen der Behandlung der *passing-on defense* und Feststellung der Schadensabwälzung zu lösen, um eine Vollentschädigung, aber keine Überkompensation (Mehrfachhaftung für Schädiger), zu erzielen.

Auf der anderen Seite könnte auch unter dem Ausgleichsgedanken der Ausschluss des Anspruchs mittelbarer Abnehmer nötig sein. Da hierdurch eine mehrfache Inanspruchnahme wegen derselben Wettbewerbswidrigkeit vermieden und somit einer möglichen Bestrafung des Schädigers vorgebeugt werden könnte.[523] Da die mehrfache Inanspruchnahme auf andere Weise, vor allem durch die Grundsätze des Vorteilsausgleichs, vermieden werden kann, tragen die Bedenken jedoch nicht. Für diesen Weg entschied sich letztlich auch der BGH in der Rechtssache *ORWI*.

520 Dies wird im amerikanischen Schrifttum häufig kritisiert. Vgl. *Baker*, 16 Loyola Consum. Law Rev. 379 (2004), 393.

521 S. oben § 2 B.I.2.

522 Vgl. *Rehbinder*, in: LMRKM, 3. Aufl., § 33 GWB Rn. 15.

523 *J. Koch*, WuW 2005, 1210, 1214.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. BGH-ORWI Überlegungen

Obwohl sich die Rechtslage inzwischen durch Umsetzung der EU-Schadensersatzrichtlinie geändert hat, sind die Überlegungen der ORWI-Entscheidung zur Lösung der Problematik der Schadensabwälzung von Bedeutung und werden daher hier dargestellt. Zur Lösung der Problematik der Schadensabwälzung orientiert sich der BGH an den allgemeinen Grundsätzen des Schadensersatzrechts.[524] Ob der Schadensersatzanspruch des Erstabnehmers (unmittelbarer Abnehmer) dadurch ausgeschlossen oder gemindert wird, dass dieser den kartellbedingten Vermögensnachteil an seine Kunden weitergegeben hat, ist nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung zu beurteilen.[525] Die Grundsätze der Vorteilsausgleichung beruhen darauf, dass „dem Geschädigten unter bestimmten Voraussetzungen diejenigen Vorteile zuzurechnen sind, die ihm in einem adäquaten Zusammenhang mit dem Schadensfall zufließen".[526] Ausgehend davon setzt die Vorteilsausgleichung in kartellrechtlichen Schadensersatzklagen voraus, dass die Preiserhöhung, die der Geschädigte (Erstabnehmer) an seinen Kunden weitergeben kann, „in adäquatem Kausalzusammenhang mit dem kartellbedingten Preisaufschlag steht".[527]

Die Vorteilsanrechnung läuft dem Kompensationszweck des kartelldeliktsrechtlichen Schadensersatzanspruchs grundsätzlich nicht zuwider.[528] Einerseits vermeidet die Vorteilsanrechnung sowohl die Bereicherung des Geschädigten als auch die mehrfache Inanspruchnahme des Schädigers wegen desselben Schadens. Andererseits bewirkt sie keinen Wegfall des Schadensersatzanspruchs der unmittelbaren Abnehmer, sondern eine teilweise Verlagerung des Schadensersatzanspruchs auf die Marktbeteiligten der nächsten Vertriebsstufe.[529]

Das beklagte Kartellunternehmen muss für eine erfolgreiche Geltendmachung der *passing-on defense* plausibel vortragen, dass eine Weitergabe der kartellbedingten Preiserhöhung aufgrund der allgemeinen Marktverhältnisse auf dem relevanten Absatzmarkt, insbesondere der Nachfrageelastizität,

524 *Lübbig/Mallmann*, WRP 2012, 166, 169.
525 BGH v. 28.6.2011, NJW 2012, 928 Rn. 57 – *ORWI*; *Lübbig/Mallmann*, WRP 2012, 166, 169.
526 BGH v. 28.6.2011, NJW 2012, 928 Rn. 58 – *ORWI*; *Oetker*, in: MüKo BGB, § 249 Rn. 233.
527 BGH v. 28.6.2011, NJW 2012, 928 Rn. 58f. – *ORWI* und die dort angeführte Literatur.
528 BGH v. 28.6.2011, NJW 2012, 928 Rn. 61ff. – *ORWI*.
529 BGH v. 28.6.2011, NJW 2012, 928 Rn. 62 – *ORWI*.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Preisentwicklung und der Produkteigenschaften zumindest ernsthaft in Betracht kommt. Zudem muss es darlegen und gegebenenfalls nachweisen, dass die Weiterwälzung durch keine damit einhergehenden Nachteile des (Erst)Abnehmers konterkariert wurde, insbesondere kein Nachfragerückgang erfolgte, durch den die Preiserhöhung (ganz oder teilweise) kompensiert worden ist.[530] Damit ist der Einwand der Vorteilsausgleichung nur insoweit zugelassen, als der Vorteil aus der Weiterwälzung durch den Erstabnehmer größer als der entgangene Gewinn ist. Entsprechend muss der Beklagte darlegen, dass sich die Preiserhöhungen auf der nächsten Absatzstufe nicht auf den eigenen Wertschöpfungsanteil des Weiterverkäufers beziehen.[531] Außerdem sollten nach der Auffassung des BGH die Erleichterungen bei der Darlegungslast zugunsten der beklagten Kartellunternehmen „nur zurückhaltend erwogen" werden, um die Effizienz des Kartellschadensersatzes nicht zu gefährden.[532]

3. Stellungnahme

Im Rahmen des Kompensationszwecks der Kartellschadensersatzklagen ist die Anspruchsberechtigung mittelbarer Abnehmer anzuerkennen und die *passing-on defense* nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung grundsätzlich zuzulassen. Der mittelbare Abnehmer kann für einen letztendlich auf ihn abgewälzten, kartellbedingten Preisaufschlag Entschädigung verlangen. Der unmittelbare Abnehmer kann infolge einer vollständigen oder teilweisen Weiterwälzung der Preiserhöhung auf die nächste Absatzstufe nur den entgangenen Gewinn verlangen. Dadurch wird eine vermeintliche Mehrhaftung des Schädigers ausgeschlossen.[533] Alle Geschädigten einschließlich der mittelbaren Abnehmer bis hin zu den Endverbrauchern sollen zur Geltendmachung ihrer Schadensersatzansprüche ermutigt werden, wodurch die Effektivität der privaten Durchsetzung mittels Schadensersatzklagen gefördert werden kann.[534] Zugleich können Schadensersatzklagen abschreckend wirken. Es ist weder notwendig noch verhältnismäßig, das Recht von mittelbaren Abnehmern auf Schadensersatz auszuschließen, um eine reine Abschreckungswirkung zu erzielen.

---

530 BGH v. 28.6.2011, NJW 2012, 928 Rn. 69 – *ORWI*.
531 BGH v. 28.6.2011, NJW 2012, 928 Rn. 69 – *ORWI*.
532 BGH v. 28.6.2011, NJW 2012, 928 Rn. 70 – *ORWI*.
533 Eine ähnliche Ansicht wird auch in den USA vertreten. Vgl. *Hovenkamp*, 94 Notre Dame Law Rev. 583 (2019), 617.
534 *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 337.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Nach § 33c Abs. 2 und 3 GWB (Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 RL 2014/104/EU) können die mittelbaren Abnehmer einen durch den kartellbedingten Preisaufschlag verursachten Schaden erleiden und damit nach § 33a Abs. 1 GWB anspruchsberechtigt sind. Zwar wurde die Hauptproblematik bezüglich der Anspruchsberechtigung der mittelbaren Abnehmer unter Beachtung der Schadensabwälzung im Rahmen der BGH-Rechtsprechung sowie im Zuge der EU-Schadensersatzrichtlinie (Art. 12 und Art. 14) und deren Umsetzung in der 9. GWB-Novelle schon gelöst, aber einige Fragen sind noch offengeblieben.

Wie die sich gegenüberstehenden Parteien ihren Anspruch sowie die ihnen zustehenden Einwände mit Erfolg geltend machen können, wurde nicht abschließend gelöst. Auf der einen Seite trägt der Schädiger die volle Darlegungs- und Beweislast für die *passing-on defense*. Nach den Anforderungen des *ORWI*-Urteils ist er beweispflichtig für die Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung und insbesondere dafür, dass die Weiterwälzung durch keine Nachteile des Erstabnehmers beeinträchtigt wurde. Demnach muss er den Umfang des Gewinnrückgangs des Erstabnehmers darlegen und beweisen, dass ein Gewinnrückgang dem Erstabnehmer nicht entstanden ist oder unter dem aus der Weiterwälzung des Preisaufschlages erlangten Vorteil lag.[535] Die vom BGH auferlegten Bedingungen für den Beklagten erscheinen im Vergleich zu denen der EU-Schadensersatzrichtlinie als zu streng. Art. 13 RL 2014/104/EU gibt den Mitgliedstaaten auf, zu gewährleisten, dass der Beklagte den Einwand der Schadensabwälzung gegen einen Schadensersatzanspruch geltend machen kann und in angemessener Weise Offenlegungen von dem Kläger oder dem Dritten verlangen kann. Da der entgangene Gewinn als Teil des ersatzfähigen Schadens anerkannt wird, sollte die Geltendmachung der *passing-on defense* unabhängig davon möglich sein, ob der Vorteil des unmittelbaren Abnehmers aus der Weiterwälzung durch den Gewinnausfall aus der Absatzeinbuße ausgeglichen wurde.[536] Außerdem würde die Zulassung der *passing-on defense* ins Leere gehen, weil der BGH hinsichtlich einer Erleichterung der Darlegungslast für beklagte Kartellunternehmen zurückhaltend ist.[537] Die erfolgreiche Geltendmachung der *passing-on defense* kann aber mittelbaren Abnehmern einen stärkeren Klageanreiz geben, weil der Nachweis, dass eine Abwälzung auf ihn stattgefunden hat, leichter geführt werden kann.

535 BGH v. 28.6.2011, NJW 2012, 928 Rn. 69 – *ORWI*.
536 *Ackermann/Franck*, GRUR 2012, 291, 300; *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 338.
537 *Ackermann/Franck*, GRUR 2012, 291, 300; *Buntscheck*, WuW 2013, 947, 953.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Auf der anderen Seite gewährt die EU-Schadensersatzrichtlinie dem Geschädigten (Erstabnehmer) das Recht, seinen entgangenen Gewinn zu verlangen, unabhängig davon, ob er Vorteile aus der Weiterwälzung erzielte. Demnach muss er darlegen und beweisen, dass die vollständige oder teilweise Abwälzung der kartellbedingten Preiserhöhung zu einer Absatzeinbuße führte und einen Gewinnausfall verursachte. Er hat nach § 252 BGB vorzutragen, welche hypothetische Produktmenge er zum Wettbewerbspreis hätte absetzen können.[538]

Ausgehend vom Kompensationszweck ist die Ausgewogenheit zwischen der Effizienz der Schadensersatzklagen und der Gewährleistung der Rechte sowohl für den Schädiger als auch den Geschädigten von hoher Bedeutung. Dies hängt einerseits von der Verteilung der Darlegungs- und Beweispflicht zwischen den Seiten, anderseits von der Ermittlung der Schadensabwälzung ab. Es bleibt abzuwarten, wie dies nach dem § 33c 9. GWB-Novelle in der künftigen Gerichtspraxis gehandhabt wird.[539]

Schließlich kann das Problem nicht vernachlässigt werden, dass die mittelbaren Abnehmer und insbesondere die Endverbraucher, die häufig nur Streuschäden erlitten haben, nach wie vor mit vielen Schwierigkeiten beim Schadensnachweis konfrontiert sind. Der Anreiz zur Klageerhebung ist aufgrund der hohen Verfahrenskosten, des Zeitaufwands und der sehr geringen Erfolgsaussichten gering. Die Gewährung der uneingeschränkten Geltendmachung des Rechts auf vollständigen Schadensersatz dient dazu, die Wirksamkeit der Kartellschadensersatzklagen zu erhöhen. Aber mangels Sammelklage oder einer ähnlichen Form der kollektiven Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs durch Verbraucher bleibt diese angestrebte Effektivität der Schadensersatzklagen weiterhin fraglich.[540]

C. Verschulden und Kausalität

Ob die zivile Haftung ein Verschulden voraussetzt, ist in § 60 Abs. 1 AMG nicht geregelt. Daher wird im Schrifttum kontrovers diskutiert, ob es sich bei der zivilen Haftung aufgrund einer Zuwiderhandlung gegen das AMG um eine verschuldensabhängige oder eine verschuldensunabhängige Haftung handelt. Es besteht jedoch eine weit verbreitete Auffassung, dass

538 Mehr dazu siehe *Franck*, WRP 2011, 843, 847.
539 Anschließend dazu siehe unten § 6 A.II.3.
540 Vgl. S. 25. Die Sammelklage ist nicht Forschungsgegenstand der vorliegenden Arbeit.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Feststellung der Schadensersatzpflicht kein Verschulden voraussetzt.[541] In den bisher veröffentlichten Entscheidungen haben die Volksgerichte in keinem Schadensersatzverfahren ein Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) des Schädigers vorausgesetzt, ohne dies näher zu begründen.[542] Demgegenüber setzt der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch in Deutschland nach § 33a Abs. 1 GWB ein Verschulden voraus.[543] Dieses wird bei einem Kartellverstoß regelmäßig vorliegen.[544] Das Verschuldenserfordernis bezieht sich nur auf den Verstoß gegen deutsches oder europäisches Wettbewerbsrecht oder gegen eine Verfügung der Kartellbehörde, nicht aber auf den Schadenseintritt und -umfang.[545] Es stellt daher keine hohe Hürde für die Schadensersatzklagen in Deutschland dar. Da die abweichenden Verschuldenserfordernisse in China und Deutschland nicht zu wesentlichen Unterschieden bei der Geltendmachung der Schadensersatzansprüche führen und keinen wesentlichen Einfluss auf die Wirksamkeit der privaten Rechtsdurchsetzung haben, kann eine vergleichende Untersuchung insoweit unterbleiben.

Der Schadensersatz setzt grundsätzlich einen ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Verstoß gegen das AMG und dem Schaden voraus. Die damit zusammenhängenden Regelungen zur Äquivalenz und Zurechenbarkeit respektive Adäquanz richten sich in China nach dem allgemeinen Zivil- und Deliktsrecht. Wie die allgemeinen Regelungen auf die kartellrechtlichen Schadensersatzklagen angewendet werden und ob etwaige Sonderregelungen für die Prüfung der Kausalität erforderlich sind, ist in der einschlägigen Literatur nicht eingehend diskutiert worden. Auch die vorhandenen Entscheidungen haben sich mit der Frage des Kausalzusammenhangs entweder gar nicht oder nur ganz kurz befasst. Eine eindeutige Auffassung lässt sich daraus nicht ablesen. Es bleibt abzuwarten, ob sich künftig eine Vielzahl von Entscheidungen zu Schadensersatzklagen mit der Prüfung der Kausalität in den unterschiedlichen Sachverhalten auseinandersetzen wird. Eine vergleichende Untersuchung könnte im Au-

541 Vgl. *Zhan, Hao,* S. 133; *Dai, Bin/Lan, Lei*, S. 102f. *Xiao, Jiangping,* FSYJ 5 (2009), 88, 91.

542 Nur in *Huawei vs. IDC* bezog das Obere Volksgericht der Guangdong Provinz das Maß des Verschuldens als einen der Faktoren ein, die bei der Feststellung der Schadenshöhe zu berücksichtigen sind, gab aber keine weitere Analyse oder Erklärung ab. Für die Entscheidung siehe unten D.I.2.b.

543 Die EU-Schadensersatzrichtlinie sieht kein Verschuldenserfordernis vor.

544 *Müller-Graff*, ZHR 179 (2015), 691, 697.

545 *Roth*, in: FK, § 33a GWB Rn. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

genblick nur aus der Perspektive der allgemeinen Lehren des Zivil- und Deliktsrechts erfolgen, was jedoch außerhalb des Themenkreises der vorliegenden Arbeit liegt und daher nicht weiter erörtert wird.

D. Schadensumfang und Ermittlung des Schadens

I. Schadensumfang

1. Nach Vorgaben des deutschen Rechts unter Einfluss des europäischen Rechts

Die EU-Schadensersatzrichtlinie folgt hinsichtlich des Inhalts des Schadensumfangs der Rechtsprechung des EuGH.[546] Nach Art. 3 Abs. 1 u. 2 RL 2014/104/EU kann jeder, der durch Kartellrechtsverstöße einen Schaden erlitten hat, Ersatz des eingetretenen Vermögensschadens (*damnum emergens*), des entgangenen Gewinns (*lucrum cessans*) sowie die Zahlung von Zinsen verlangen. Der vollständige Ersatz soll auf jeden Fall nicht zu einer Überkompensation führen, weder durch Strafschadensersatz noch durch Mehrfachentschädigung oder andere Schadensersatzarten (Art. 3 Abs. 3 RL 2014/104/EU).

Vermögensschäden bestehen darin, dass ein Abnehmer aufgrund der von Wettbewerbsbeschränkungen verursachten Preiseffekte einen höheren Preis als den Wettbewerbspreis zahlen muss, der sich bei funktionsfähigem Wettbewerb ohne Kartell bilden würde. Oft führt die Wettbewerbsbeschränkung direkt oder indirekt aufgrund einer Preiserhöhung zu einem Nachfragerückgang der anderen Marktbeteiligten. Sofern die Produkte oder Dienstleistungen aufgrund des durch den Kartellrechtsverstoß erhöhten Preises nicht abgesetzt werden können, entgeht dem Abnehmer Gewinn. Im weiteren Sinne bezeichnet der Begriff „entgangener Gewinn" die Differenz zwischen dem tatsächlichen Gewinn eines Unternehmens und dem Gewinn, den das Unternehmen hätten erzielen können, wenn das kartellrechtswidrige Verhalten nicht erfolgt wäre.[547]

546 RL 2014/104/EU, Erwägungsgründe 12; EuGH v. 13.7.2006, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 100 – *Manfredi.*

547 EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung, S. 63.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Außerdem gehört die Zahlung von Zinsen als wesentlicher Bestandteil zum Schadensersatz.[548] Hierdurch soll verhindert werden, dass die Unternehmen, die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht begangen haben, aus der langen Dauer wettbewerbswidrigen Verhaltens und des Kartellverfahrens durch den Zinsgewinn Vorteile ziehen.[549] Nach § 33a Abs. 4 GWB fallen Zinsen ab dem Zeitpunkt des Eintritts des Schadens bis zu dem Zeitpunkt der Schadenszahlung an.

Nach dem allgemeinen Grundsatz der Kostentragung im Zivilprozess (§ 91 ZPO) hat die unterliegende Partei die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, einschließlich der Kosten für die Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung sowie der notwendigen Auslagen der obsiegenden Partei. Wenn der Kartellverstoß nachgewiesen und verurteilt wurde, kann das Gericht anordnen, dass der Kartellant die vorgenannten Kosten der Geschädigten zu übernehmen hat. Diese Kosten können insbesondere für die Ermittlung des Schadens, die Untersuchung der Verstöße und Anwälte und Gutachter entstanden sein. Im Übrigen enthält das GWB eine Sonderregelung zur Verstärkung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung hinsichtlich der Kosten seit der 7. GWB-Novelle. § 89a GWB regelt die Möglichkeit für eine Partei, einen Antrag auf Streitwertanpassung zu stellen, wenn sie glaubhaft machen, dass die Belastung mit den Prozesskosten nach dem vollen Streitwert ihre wirtschaftliche Lage erheblich gefährden würde. Das Gericht kann auf Antrag des Klägers die Verpflichtung zur Zahlung von Gerichtskosten an die wirtschaftliche Lage anpassen. Er hat die Gebühren des Rechtsanwalts ebenfalls nur nach dem angepassten Streitwert zu entrichten. Wenn der Kläger obsiegt, kann dessen Anwalt aber von der gegnerischen Seite seine nach dem nicht verringerten Ausgangsstreitwert bemessenen Gebühren verlangen. Durch die Einführung von § 89a GWB will der Gesetzgeber das Kostenrisiko für die Betroffenen in kartellrechtlichen Zivilverfahren verringern.[550]

2. Nach Vorgaben des chinesischen Rechts

Wie der Schaden in den zivilrechtlichen Streitigkeiten aufgrund monopolisierender Verhaltensweisen zu bestimmen ist, ist weder im AMG noch

548 RL 2014/104/EU, Erwägungsgrund 12. Zur Verzinsung siehe weiter unten S. 199f.
549 BT-Drs. 15/3640, S. 54; *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, 5. Aufl., § 33 GWB Rn. 75.
550 BT-Drucks. 15/3640, S. 69.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

in den OVG-AMG-Bestimmungen eindeutig geregelt. Die OVG-AMG-Bestimmungen sehen in § 14 Abs. 2 lediglich vor, dass die Aufwendungen, die dem Kläger durch die Untersuchung und Verhinderung der monopolisierenden Verhaltensweise entstanden sind, auf Antrag des Klägers, in den Umfang des Schadensersatzes miteingerechnet werden können. Nach den bisherigen Urteilen bezieht sich der Schadensersatz auf den tatsächlich erlittenen Schaden des Geschädigten. Was zu dem tatsächlich erlittenen Schaden gehört und wie er berechnet wird, lässt sich aus den vier Entscheidungen ableiten, in denen den Geschädigten ein Schadensersatz zugesprochen wurde. Im Fall *Rainbow vs. Johnson & Johnson* wurde der entgangene Gewinn teilweise zugesprochen. Im Fall *Huawei vs. IDC* wurde ein pauschaler Schadensersatz entsprechend dem Antrag von Huawei zugesprochen. Im Fall *WU Xiaoqin vs. Shaanxi Radio* verlangte WU keinen zusätzlichen Schadensersatz, sondern nur die Erstattung der Gebühren für den unerwünschten Fernsehdienst. Im Fall *Yan'an Jiacheng Concrete Co., Ltd. v. Fujian Sanjian Engineering Co., Ltd.* wurde der aus der horizontalen Monopolvereinbarung resultierende Verlust auf der Grundlage der Differenz zwischen dem erhöhten Preis und dem Produktpreis berechnet, den die Vertragsparteien zuvor unter Marktbedingungen des freien Wettbewerbs vereinbart hatten.

a. Rainbow vs. Johnson & Johnson

Rainbow war 15 Jahre lang einer der Vertriebspartner von Johnson & Johnson (abgekürzt als J & J) für medizinische Hefter und Nahtprodukte. Gemäß dem Vertriebsvertrag autorisierte J & J Rainbow, seine Produkte an Krankenhäuser in bestimmten Bezirken in Beijing zum festen Mindestverkaufspreis zu verkaufen. Allerdings erfuhr J & J später, dass Rainbow die Vertriebspartnerschaft durch Ausschreibung eines unter dem von J & J aufgestellten Mindestverkaufspreis liegenden Preises in einem von J & J nicht zugelassenen Bezirk gewonnen hatte. Daraufhin beendete J & J seine Vertriebspartnerschaft mit einigen Krankenhäusern und brach schließlich die Lieferung an Rainbow ganz ab. Rainbow erhob im Jahr 2010 eine Schadensersatzklage gegen J & J. Rainbow behauptete, dass der von J & J geforderte Mindestverkaufspreis im Vertriebsvertrag gegen § 14 Nr. 2 AMG a.F. (jetzt § 22 Abs. 1 Nr. 2 AMG) verstoße und verlangte Schadensersatz in Höhe von 14,4 Millionen RMB. Das Volksgericht erster Instanz

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

entschied gegen Rainbow, weil nicht nachgewiesen werden konnte, dass der Vertriebsvertrag den Wettbewerb eingeschränkt oder ausgeschlossen hatte. Das Shanghai Obere Volksgericht hob die Entscheidung erster Instanz auf und verurteilte J & J, die Verluste von Rainbow in Höhe von 530.000 RMB zu kompensieren. Im Übrigen wurde die Klage abgewiesen.[551]

Rainbow hatte die folgenden Schadensposten geltend gemacht: Den entgangenen Gewinn bezüglich der medizinischen Nahtprodukte (den Mindestverkaufspreis der direkt betroffenen Produkte), den entgangenen Gewinn bezüglich der medizinischen Hefter (andere von Rainbow vertriebene Produkten von J & J), den Verlust aufgrund erhöhter Einkaufspreise für Ersatzprodukte, den erwarteten Gewinn aus einer Vertragsverlängerung, den Schaden an der Geschäftsreputation, den Aufwand für die Entlassung von Mitarbeitern, den Verlust von rückständigem Lagerbestand, Marketingkosten usw. Nur der entgangene Gewinn hinsichtlich der medizinischen Nahtprodukte wurde vom Shanghai Oberen Volksgericht zugesprochen, da dieser in einem direkten ursächlichen Zusammenhang mit dem kartellrechtswidrigen Mindestverkaufspreis stand. Nach dem Shanghai Oberen Volksgericht ist der zu ersetzende Schaden jedoch nicht nach den Grundsätzen des Vertragsrechts dahingehend zu berechnen, welchen Gewinn Rainbow erzielt hätte, wenn es den Mindestverkaufspreis eingehalten hätte, da bei einem solchen Vorgehen mittels der Schadensersatzklage ein unrechtmäßiger Mehrerlös aus dem kartellrechtswidrigen Verhalten erzielt werden könnte. Der entgangene Gewinn entspricht daher dem marktüblichen Gewinn für medizinische Nahtprodukte auf dem relevanten Markt. Bei der Berechnung dieses Gewinns auf dem relevanten Markt werden folgende Faktoren berücksichtigt: Die Unterschiede zwischen den Weiterverkaufspreisen der Produkte von J & J und denen anderer Hersteller, Anschaffungspreise und Rabatte der Vertreiber, Steuern und Gewinnverteilung zwischen J & J und seinen Händlern. Die restlichen vom Kläger vorgetragenen Schadensposten wurden aufgrund des fehlenden Kausalzusammenhangs nicht zugesprochen.

551 Shanghai Oberes Volksgericht v. 1.8.2013, Az. (2012) Hu Gao Min San (Zhi) Zhongzi Nr. 63 – *Rainbow vs. Johnson & Johnson* (letzte Instanz).

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b. Huawei vs. IDC

Huawei ist ein Netzwerkausrüster und Smartphone-Hersteller. IDC verfügt über zahlreiche Patente für 2G, 3G und 4G, von denen viele standardessenziell sind. Seit Jahren befanden sich Huawei und IDC in Verhandlungen über Lizenzverträge, ohne eine Einigung erzielen zu können. Am 6. Dezember 2011 erhob Huawei beim Mittleren Volksgericht in Shenzhen eine Zivilklage gegen IDC auf Unterlassung und Schadensersatz. Huawei machte geltend, dass IDC seine aus der Inhaberschaft an den SEPs resultierende marktbeherrschende Stellung auf dem relevanten Markt missbraucht habe, indem es überhöhte und diskriminierende Lizenzgebühren forderte, zusätzliche Geschäftsbedingungen (u.a. kostenlose Kreuzlizenzierung) ohne angemessene Gründe auferlegte und den Lizenzvertrag mit zusätzlichen unnötigen Patentlizenzen koppelte. Huawei verlangte Schadensersatz in Höhe von 20 Millionen RMB sowie die Erstattung von Untersuchungskosten, Anwaltshonoraren usw. Das Volksgericht erster Instanz stellte fest, dass IDC seine marktbeherrschende Stellung durch den unangemessen überhöhten Preis und die Kopplung missbraucht hat und sprach Huawei einen Schadensersatz in Höhe von 20 Millionen RMB zu. Die übrigen Anträge von Huawei wurden abgewiesen. Das Gericht zweiter Instanz bestätigte diese Entscheidung.[552]

Im Ergebnis hat das Obere Volksgericht der Guangdong Provinz in *Huawei vs. IDC* somit einen pauschalen Schadensersatz zugesprochen, der dem Antrag von Huawei entsprach. Weder Huawei noch IDC legten Beweise für den von Huawei tatsächlich erlittenen Verlust oder für den von IDC unrechtmäßig erzielten Gewinn vor. Bei der Festsetzung des Schadensbetrags zog das erstinstanzliche Volksgericht die folgenden Faktoren in Betracht: Die Rechtswidrigkeit des Verhaltens von IDC, den Grad des Verschuldens, die Dauer und die Auswirkungen der Zuwiderhandlung sowie die angemessenen Kosten, die Huawei für die Untersuchung und Abwehr der monopolistischen Verhaltensweisen entstanden sind. Das erstinstanzliche Volksgericht sprach ohne weitere Erklärung eine pauschale

552 Zum Ganzen: Oberes Volksgericht der Guangdong Provinz v. 16.10.2013, Az. (2013) Yue Gao Fa Min San Zhongzi Nr. 305 – *Huawei vs. IDC* (letzte Instanz). Es waren insgesamt drei Beklagte an dem Verfahren beteiligt: Inter Digital Communications (Muttergesellschaft), Inter Digital Technology Corporation und Inter Digital Patent Holdings Inc (jeweils Tochtergesellschaften). Die drei Unternehmen wurden von dem Konzern Inter Digital Group kontrolliert.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schadensersatzsumme zu. Das Berufungsgericht bestätigte dies, gab aber ebenfalls nicht an, worauf sich der Schaden bezog.

c. WU Xiaoqin vs. Shaanxi Radio and Television Media Co. Ltd

Die Shaanxi Radio and Television Media Company (im Folgenden: Shaanxi Radio) ist der einzige von der Regierung der Provinz Shaanxi zugelassene Betreiber und der einzige zentralisierte Sender von Fernsehprogrammen in der Provinz. Daher verfügt Shaanxi Radio über einen Anteil von 100 % auf dem relevanten Markt. WU Xiaoqin war ein Nutzer der von Shaanxi Radio bereitgestellten digitalen Fernsehinhalte. Er beschwerte sich darüber, dass Shaanxi Radio den von ihm nicht gewünschten Premiumdienst an den Basisdienst gekoppelt und an ihn für zusätzlich 15 RMB verkauft hatte. In erster Instanz machte WU geltend: (1) Das Kopplungsgeschäft von Shaanxi Radio stelle einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung dar und sei daher nichtig; (2) Shaanxi Radio sei zur Zahlung von 15 RMB an WU zu verurteilen; (3) Shaanxi Radio habe alle Prozesskosten zu tragen. Die beanspruchte Erstattung der Mehrzahlung von 15 RMB wurde vom Volksgericht erster Instanz zugesprochen. Sowohl die erste als auch die zweite Instanz haben festgestellt, dass Shaanxi Radio eine marktbeherrschende Stellung innehatte. Das Volksgericht zweiter Instanz war jedoch der Auffassung, dass es sich bei dem Fall um die Verletzung des Rechts der Verbraucher auf Information handele, die unter das Verbraucherschutzgesetz falle. Einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch einen Kopplungsverkauf ohne angemessenen Grund i.S.v. § 17 Abs. 1 Nr. 5 AMG a.F. (jetzt § 22 Abs. 1 Nr. 5 AMG) verneinte das Volksgericht zweiter Instanz. Die Klage wurde schließlich vor dem OVG erneut verhandelt und das erstinstanzliche Urteil zu Gunsten des Klägers bestätigt. Dies beruht darauf, dass Shaanxi Radio nicht nachgewiesen hat, dass die Kopplung auf gerechtfertigten Gründen beruhte und damit gegen § 17 Abs. 1 Nr. 5 AMG a.F. verstoßen hat, was zur Nichtigkeit des Kaufvertrags führte.[553]

553 Zum Ganzen: OVG v. 31.5.2016, Az. (2016) Zui Gao Fa Min Zai Nr. 98 – *WU Xiaoqin vs. Shaanxi Radio* (Revision).

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

d. Yan'an Jiacheng Concrete Co., Ltd. v. Fujian Sanjian Engineering Co., Ltd

Yan'an Jiacheng Concrete Co., Ltd. (im Folgenden: Jiacheng) klagte gegen Fujian Sanjian Engineering Co., Ltd (im Folgenden: Fujian Sanjian) auf Zahlung des ausstehenden Betrags für Betonlieferung und forderte eine Vertragsstrafe wegen Zahlungsverzugs. Fujian Sanjian erhielt Kenntnis davon, dass Jiacheng von der Verwaltung für Marktaufsicht der Provinz Shaanxi aufgrund des Abschlusses und der Durchführung einer horizontalen Vereinbarung mit anderen Betonunternehmen bestraft wurde. Daher reichte Fujian Sanjian eine Widerklage ein und verlangte Schadensersatz von Jiacheng.

Das Volksgericht erkannte die Feststellung der Tatsache in der Bußgeldentscheidung an, dass Jiacheng an der horizontalen Monopolvereinbarung im Zeitraum von Juli bis August 2018 beteiligt war. Das Volksgericht schloss daraus, dass die Erhöhung des Stückpreises der Betons an Fujian Sanjian durch Jiacheng bis zum Beweis des Gegenteils als Durchführung der horizontalen Monopolvereinbarung betrachtet werden sollte. Nach dem Volksgericht sollte der Schaden auf Grundlage des unmittelbaren wirtschaftlichen Verlusts infolge der Preiserhöhung berechnet werden. Für die Bemessung des Schadensersatzes wandte es die Vergleichsmethode an, bei der es zwei Ansätze gab. Der eine Ansatz bestand in der Preisdifferenz zwischen dem durch das Kartell verursachten erhöhten Preis und dem Preis gleichartiger Produkte auf dem freien Markt, zu dem der Geschädigten Zugang hatte, zuzüglich der zusätzlichen Transaktionskosten, die aufgrund des Zugangs zu diesem Markt entstanden sind. Der andere Ansatz bezog sich auf die Differenz zwischen dem erhöhten Preis und dem zuvor vereinbarten Preis, den die beiden Parteien im Wettbewerbsmarkt ausgehandelt hatten.[554] Da die betroffenen Produkte im vorliegenden Fall innerhalb kurzer Zeit nach der Fertigstellung zur Baustelle transportiert und nicht gelagert werden konnten, war es für die geschädigte Partei schwierig, alternative Produkte in einem weiteren Gebiet außerhalb des lokalen Marktes zu erwerben. Daher wählte das Volksgericht die zweite Methode zur Schadensberechnung.[555]

554 Diese Methode wird üblicherweise als Vergleichsmarktmethode bezeichnet. Näher dazu siehe unter unten II.1.a.

555 Zum Ganzen: Mittleres Volksgericht der Stadt Xi'an der Shaanxi Provinz v.13.8.2020, Az. (2020) Shaan 01 Zhi Min Chu Nr. 509 – *Yan'an Jiacheng Concrete Co., Ltd. v. Fujian Sanjian Engineering Co., Ltd.*

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Schadensermittlung

Die Bezifferung des Schadens ist ein wesentliches Hindernis bei der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs. Im Folgenden werden zuerst die gebräuchlichen wirtschaftlichen Methoden für die Bezifferung des Schadens vorgestellt, die im Wesentlichen auf dem Inhalt des praktischen Leitfadens zur Schadensermittlung der EU-Kommission und der einschlägigen Literatur von *Inderst*, *Rigaud* und *Schwalbe* beruhen. Danach wird schwerpunkmäßig auf die Schadensermittlung bei Kartellen anhand diverser Entscheidungsbeispiele aus Deutschland eingegangen. Anschließend sind die Besonderheiten der Schadensermittlung bei einem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu erörtern. Schließlich werden Vorschläge für eine Vereinfachung der Schadensermittlung für Kartellfälle erläutert.

1. Methoden der Schadensermittlung

Der vollständige Schadensersatz soll den Geschädigten in die Lage versetzen, in der er sich ohne die Zuwiderhandlung gegen das Kartellverbot oder das Missbrauchsverbot befände.[556] Alle Methoden der Schadensermittlung basieren auf einem grundlegenden Konzept, nämlich der Differenzhypothese, der zufolge der Vermögensstand in der tatsächlichen Marktsituation mit demjenigen verglichen wird, in dem sich der Geschädigte ohne die Zuwiderhandlung befände.[557] Dieses Konzept wird auf Englisch oft auch als „but-for Analysis" bezeichnet. Der entstandene Schaden ergibt sich also aus der Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögensstand (realer Zustand) und dem hypothetischen Vermögensstand, der ohne den Wettbewerbsverstoß vorläge (hypothetischer Zustand).[558] Daher ist es für die Schadensermittlung von zentraler Bedeutung, wie das gegenüber der tatsächlichen Marktsituation hypothetische oder kontrafaktische Szenario, das ohne die Zuwiderhandlung stattgefunden hätte, zu ermitteln ist.[559] Nach

556 EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung, S. 11.
557 *Inderst/Rigaud/Schwalbe*, in: Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, § 7 Quantifizierung von Schäden Rn. 60.
558 EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung, S. 11. Zur Differenzhypothese im deutschen Schadensersatzrecht siehe *Oetker*, in: MüKo BGB, § 249 Rn. 16ff.
559 EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung, S. 11.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Bestimmung des kontrafaktischen Szenarios sind die ökonomischen Variablen für die Art der Schäden, die der Geschädigte geltend macht, zu untersuchen. Hierzu zählen unter anderem die Preise, Absatzmenge, Gewinne, Kosten und Marktanteile.[560] Schließlich kommen die Nachwirkungen, die nach dem aktuellen Zeitpunkt der Schadensermittlung auftreten, in Betracht und der Barwert vergangener und zukünftig zu erwartenden Schäden ist zu ermitteln.[561]

Es gibt viele verschiedene Methoden, um ein kontrafaktisches Szenario für die Schadensermittlung zu konstruieren. Die Methoden unterscheiden sich in ihren Ansätzen, den zugrundeliegenden Annahmen, den Datenanforderungen, den Kosten sowie der zu erwartenden Sicherheit und Genauigkeit. Über die Stärken und Schwächen jeder einzelnen Methode existieren widersprüchliche Meinungen. Dieser Abschnitt bietet vorwiegend einen Überblick über die häufig angewendeten Methoden, geht aber nicht näher auf die komplizierten ökonomischen Annahmen und Techniken jeder Methode ein.

a. Vergleichsmarktmethoden

Vergleichsmarktmethoden sind die am meisten verwendeten Methoden, um ein kontrafaktisches Szenario zu konstruieren. Bei diesen Methoden werden die Marktdaten aus entweder demselben betroffenen Markt während eines nicht kartellbetroffenen Zeitraums oder aus nicht betroffenen räumlichen und sachlichen Märkten als Anhaltspunkt für die Bildung des kontrafaktischen Szenarios herangezogen. Die zeitliche Vergleichsmethode wird häufig als Vorher-nachher-Methode bezeichnet, wobei der vom Kartell betroffene Markt für die Zeiträume vor Beginn und/oder nach Beendigung des Kartells beobachtet wird und mit dem gleichen Markt während des Kartellzeitraums verglichen wird.[562] Bei dem Vergleich mit anderen Märkten muss der räumliche Vergleichsmarkt mit dem von dem Kartellrechtsverstoß betroffenen Markt „hinreichend ähnlich" sein.[563] Die

560 Vgl. EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung, S. 12; *Inderst/Rigaud/Schwalbe*, in: Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, § 7 Quantifizierung von Schäden Rn. 6.

561 *Inderst/Rigaud/Schwalbe*, in: Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, § 7 Quantifizierung von Schäden Rn. 6.

562 EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung, S. 19.

563 EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung, S. 23.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Produkte des räumlichen Vergleichsmarkts und die Wettbewerbsmerkmale wie Kostenstruktur und Nachfrageelastizität sollten denen des betroffenen Marktes, abgesehen von dem Verstoß, ähnlich sein.[564] Eine Kombination aus zeitlichem Vergleich und räumlichem oder sachlichem Marktvergleich ist ebenfalls möglich.[565]

b. Andere wirtschaftliche Methoden

Ist eine Betrachtung über den Vergleichsmarkt nicht direkt möglich, muss durch andere Methoden ein künstlicher Vergleichsmarkt konstruiert werden. Im Vergleich zu den Vergleichsmarktmethoden sind die alternativen wirtschaftlichen Methoden hinsichtlich der theoretischen Annahmen, Datenanforderungen und Techniken erheblich komplizierter.

Bei der Kostenmethode wird der hypothetische Preis, der sich ohne Kartell ergeben hätte, aufgrund der Produktionskosten für die betroffenen Produkte und einer angemessenen Gewinnspanne geschätzt. Die Schätzung kann alternativ auch auf der Finanz- und Ertragslage der Schädiger basieren.[566] Simulationsmethoden verwenden hingegen die theoretischen Modelle der Industrieökonomie, die für die verschiedenen Wettbewerbssituationen entwickelt wurden, um einen künstlichen Vergleichsmarkt zu etablieren.[567]

c. Vertragliche Schadenspauschalierungen und sonstige Methode

In der Praxis vereinbaren die Parteien manchmal zusätzlich zu den Liefervereinbarungen Klauseln mit einem pauschalierten Schadensersatz für den Fall einer Zuwiderhandlung gegen das Kartellrecht, um den Schadensnachweis zu vereinfachen.[568] Beispielsweise sah eine Klausel für die Schadenspauschalierung in einem Beschaffungsvertrag in dem deutschen Fall *Feuerwehrfahrzeuge* so aus: „Wenn der Auftragnehmer aus Anlass der Vergabe nachweislich eine Abrede getroffen hat, die eine unzulässige

564 EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung, S. 23. Vgl. *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 173f.
565 Vgl. EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung, S. 16f.
566 EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung, S. 42.
567 Vgl. EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung, S. 38f.
568 *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 567.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wettbewerbsbeschränkung darstellt, hat er 15 v.H. der Abrechnungssumme an den Auftraggeber zu zahlen, es sei denn, dass ein Schaden in anderer Höhe nachgewiesen wird."[569] Das OLG Karlsruhe stufte eine solche Klausel nicht als Vertragsstrafenabrede, sondern als eine schadenspauschalierende Klausel ein.[570] Es hält eine derartige Klausel nach dem Maßstab des AGB-Rechts für rechtlich zulässig.[571] Die Wirksamkeit der pauschalierte Kartellschadensersatzklauseln in AGBs ist allerdings umstritten.[572]

Außerdem kann die Berechnung des Mehrerlöses, die bei der Festlegung der Bußgelder eine Rolle spielt, für die Schadensermittlung bei kartellrechtlichen Schadensersatzklagen relevant sein. Nach der Rechtsprechung ergibt sich der Mehrerlös aus der Differenz zwischen „den tatsächlichen Einnahmen, die aufgrund des Wettbewerbsverstoßes erzielt wurden, und den Einnahmen, die das durch die Kartellabsprachen bevorzugte Unternehmen ohne den Wettbewerbsverstoß erzielt hätte".[573] Aus ökonomischer Sicht entsprechen der „Mehrerlös" oder die „Kartellgewinne" ungefähr der Preiserhöhung, die durch den Preis- und Mengeneffekt des Kartells bewirkt wurde.[574]

Gemäß § 33a Abs. 3 S. 2 GWB kann bei der Schadensschätzung der anteilige Gewinn, den der Rechtsverletzer durch den Verstoß erlangt hat, berücksichtigt werden. Hierbei handelt es sich um den mit dem kartellbefangenen Produkt erwirtschafteten Anteil am Gesamtgewinn des Kartellanten. Der Geschädigte kann den anteiligen Gewinn als Anknüpfungstatsache für eine Schadensschätzung darlegen.[575] In der Regel wird der Gewinn durch Subtraktion der Herstellungskosten und der angefallenen Betriebskosten von den Umsatzerlösen ermittelt. Allgemeine Kosten, die unabhängig vom wettbewerbswidrigen Verhalten entstanden wären, wie zum Beispiel Ge-

569 OLG Karlsruhe v. 31.7.2013, NZKart 2014, 366 – *Löschfahrzeuge*. In diesem Fall wurde der Auftraggeber aufgrund der Beteiligung des Bieters (Auftragnehmers) an einem Quotenkartell auf der Beschaffungsseite beeinträchtigt.

570 OLG Karlsruhe v. 31.7.2013, NZKart 2014, 366, 367 – *Löschfahrzeuge*.

571 Vgl. OLG Karlsruhe v. 31.7.2013, NZKart 2014, 366, 368 – *Löschfahrzeuge*. Zu vertraglicher Schadenspauschalierung siehe weiter unten S. 187f.

572 Für unwirksam gehalten LG Potsdam v. 22.10.2014, NZKart 2015, 152 – *Feuerwehrfahrzeug-Kartell*.

573 BGH v. 19.6.2007, NJW 2007, 3792, 3793 – *Bestimmung kartellbedingten Mehrerlöses* und die dort angeführte Rechtsprechung.

574 *Friederiszick/Röller*, 6 J. Compet. Law Econ. 595 (2010), 608.

575 *Franck*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB § 33a GWB Rn. 106.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

meinkosten oder andere betriebliche Aufwendungen, werden dabei nicht abgezogen.[576]

d. Wahl der Methoden

Bei allen Methoden handelt es sich um eine Schätzung des kontrafaktischen Szenarios, zu dem es ohne die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht gekommen wäre. Im konkreten Fall ist bei der Auswahl der geeigneten Methode das Spannungsverhältnis zwischen der Praktikabilität sowie Durchführbarkeit und der zu erwartenden Genauigkeit zu beachten.[577] Allgemein können die folgenden Faktoren nach dem praktischen Leitfaden zur Schadensermittlung der EU-Kommission bei der Wahl der Methoden der Schadensermittlung im konkreten Fall in Erwägung gezogen werden: (1) Das Beweismaß und die Beweislast nach den anwendbaren Rechtsvorschriften; (2) die verfügbaren Daten; (3) der finanzielle und zeitliche Aufwand; (4) die Verhältnismäßigkeit zwischen Aufwand und Höhe der Schadensersatzforderung, für die der Schädiger in Anspruch genommen wird und (5) die Verfügbarkeit der Beweismittel.[578] Führt die Anwendung von zwei oder mehr Methoden in einem Fall zu erheblich abweichenden Ergebnissen, schlägt die EU-Kommission vor, eine sorgfältige Prüfung dahingehend durchzuführen, dass die Gründe für die Abweichung zu erforschen und die Stärken sowie Schwächen der jeweiligen Methoden und ihrer Anwendung im gegebenen Fall abzuwägen sind.[579]

2. Schadensberechnung bei Kartellen

a. Anwendungsbeispiele

Kartelle führen normalerweise zu Preiserhöhungen und Absatzrückgängen. Der zu ersetzende Schaden ergibt sich in der Regel aus der Differenz zwischen dem tatsächlichen Preis, den der Kläger an das beklagte Kartellunternehmen für das betroffene Produkten tatsächlich gezahlt hat und dem Preis, den der Kläger bei funktionierendem Wettbewerb an den Be-

576 BT-Drucks. 15/3640, S. 45.
577 *Friederiszick/Röller*, 6 J. Compet. Law Econ. 595 (2010), 613.
578 EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung, S. 46.
579 EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung, S. 46.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

klagten gezahlt hätte.[580] Das Schlüsselproblem für die Ermittlung des kartellbedingten Schadens liegt daher in der Schätzung des kontrafaktischen Preises bei funktionierendem Wettbewerb. Die Anwendung der Vergleichsmarktmethode und vertraglichen Schadenspauschalierung lässt sich mit den folgenden ausgewählten Klagen beispielhaft illustrieren, in denen die Kläger Schadensersatz vor deutschen Gerichten beanspruchten, nachdem Bußgeldentscheidungen der EU-Kommission oder des BKartA ergingen. Die den Bußgeldentscheidungen zugrundeliegenden Untersuchungen der Wettbewerbsbehörden erleichtern die Schadensermittlung bei Follow-on-Klagen, indem sich aus den offengelegten Akten unter anderem Informationen über die zeitliche Preisentwicklung und der Preise auf den betroffenen Märkten ergeben.

aa) Zeitlicher Vergleich

Nachdem die EU-Kommission gegen das sog. Vitaminkartell Bußgeldentscheidungen erließ, beanspruchte der Kläger Schadensersatz.[581] In der Entscheidung des LG Dortmund wurde die tatsächliche Marktsituation während des Zeitraums des Vitaminkartells mit der Marktsituation verglichen, die auf demselben Markt nach dem Ende der Auswirkungen des Kartells bestand. Der Kläger berief sich auf den in der Entscheidung der EU-Kommission festgestellten Kartellverstoß und die dadurch verursachte Preissteigerung. Das Vitaminkartell hatte eine Preissteigerung für die von dem Beklagten bezogenen Vitamine von durchschnittlich 20 bis 50 % verursacht.[582] Aus den Tabellen über die Preisentwicklung für die von dem Beklagten bezogenen Vitaminprodukte in der Entscheidung der EU-Kommission wurde ersichtlich, dass der überhöhte Kartellpreis während der gesamten Dauer des Kartells im Wesentlichen stabil blieb.[583] Unmittelbar nach Beendigung des Kartells kam es zu einem wesentlichen Preisrückgang

580 KG Berlin v. 1.10.2009, WuW/E DE-R 2773, 2776 – *Berliner Transportbeton*.
581 EU-Kommission, Entscheidung v. 22.11.2001, COMP/E-1/37.512 – *Vitamine*.
582 LG Dortmund v. 1.4.2004, 13 O 55/02 Kart, WuW/E DE-R 1352 = Juris, Rn. 7 – *Vitaminpreise Dortmund*.
583 LG Dortmund v. 1.4.2004, 13 O 55/02 Kart, WuW/E DE-R 1352 = Juris, Rn. 7 – *Vitaminpreise Dortmund*.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

um 17 bis mehr als 50 %.[584] Bei der Schadensschätzung wies das Gericht darauf hin, dass die von der europäischen Kommission festgestellten Prozentzahlen einen Rückschluss auf die Preissteigerung während des Gesamtzeitraums des Vitaminkartells ermöglichen.[585]

bb) Räumlicher Marktvergleich

Der Fall *Berliner Transportbeton* hatte ebenfalls eine Schadensersatzklage zum Gegenstand, die sich an ein Kartellbußgeldverfahren, dieses Mal des BKartA, anschloss.[586] Die Beklagte bot Transportbeton in Berlin an und nahm an einem Quotenkartell im Großraum Berlin teil, das während seines Bestehens einen Preisanstieg für Transportbeton bewirkte. Das KG Berlin verglich die durch das Kartell beeinflussten Transportbetonpreise in Berlin mit denen im übrigen Bundesgebiet. Während die Preise im gesamten Bundesgebiet in den Jahren 1994 bis 1998 konstant blieben, stiegen die Preise mit Beginn des Quotenkartells im Jahr 1995 sowohl in Berlin als auch bezogen auf die Verkäufe der Beklagten drastisch, um ca. 14 %, an. Diese erhöhten Durchschnittspreise blieben während des Kartellzeitraums im Wesentlichen stabil. Nach Beendigung des Kartells Ende des Jahres 1998 sanken die Preise sowohl in Berlin als auch bezogen auf die Verkäufe der Beklagten drastisch. Danach wurden die Preise der Beklagten speziell gegenüber der Klägerin dahingehend verglichen, ob sie sich während des Kartellzeitraumes und danach im Wesentlichen parallel entwickelten.[587]

584 LG Dortmund v. 1.4.2004, 13 O 55/02 Kart, WuW/E DE-R 1352 = Juris, Rn. 7 – *Vitaminpreise Dortmund*. Mehr zur Verwendung der zeitlichen Vergleichsmarktmethode siehe *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 165–168.

585 LG Dortmund v. 1.4.2004, WuW/E DE-R 1352, 1354 – *Vitaminpreise Dortmund*.

586 BKartA, Bußgeldbescheid v. 25.10.1999, B 1-26631-OV 60/99-12. Die Beklagte wurde in dem Bußgeldbescheid als Teilnehmer des Kartells benannt, war jedoch nicht Betroffener des Bescheides. Siehe KG Berlin v. 1.10.2009, WuW/E DE-R 2773, 2775 – *Berliner Transportbeton*.

587 Zum Ganzen: KG Berlin v. 1.10.2009 WuW/E DE-R 2773, 2779 – *Berliner Transportbeton*. Mehr zur Verwendung räumlicher Vergleichsmärkte siehe *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 172–175.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

cc) Vertragliche Schadenspauschalierung

Die deutschen Gerichte haben die Klausel über pauschalierten Schadensersatz als Vertragszusatz in zwei Fälle für zulässig anerkannt. Bei den beiden Fällen handelt es sich um Schadensersatzanspruch des Auftragsgebers wegen Beteiligung des Auftragnehmers an einem Kartell.[588] Im Fall *Feuerwehrfahrzeuge* betrug die vereinbarte Schadenspauschalierung 15 % und im Fall *Schienenkartell* 5 % der Auftragssumme.[589] Der Anspruchssteller des Schadensersatzes war jeweils die Vertragspartei und direkter Kunde des Kartellunternehmens. Die Anwendung derartiger Klausel setzt zunächst das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches voraus, nämlich, dass der Kläger durch die Zuwiderhandlung einen Schaden erlitten hat.[590] Daneben muss die Klausel bezüglich der Schadenspauschalierung dahingehend geprüft werden, ob es sich hierbei nicht um eine Vertragsstrafenabrede handelt und – sofern es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB handelt – ob sie einer Inhaltskontrolle nach dem AGB-Recht standhält.[591] Die Beweislast dafür, dass kein oder nur ein geringerer auf dem Kartellverstoß beruhender Schaden vorliegt, trägt der Beklagte.[592]

b. Schwierigkeiten und Vorschläge

Die Vergleichsmarktmethoden werden in der Praxis häufig verwendet. Sie sind im Vergleich zu anderen wirtschaftlichen Methoden in der Anwen-

588 Zu den vorherigen behördlichen Bußgeldverfahren gegen Hersteller von Feuerwehrfahrzeugen, siehe BKartA, Pressemitteilung v. 10.2.2011, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2011/10_02_2011_Feuerwehrfahrzeuge.html. Zu den vorherigen behördlichen Bußgeldverfahren gegen die Beteiligten des Schienenkartells, siehe BKartA, Fallbericht v. 6.9.2013, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Kartellverbot/2013/B12-16-11_B12-19-12.pdf?__blob=publicationFile&v=7.

589 OLG Karlsruhe v. 31.7.2013, NZKart 2014, 366 – *Löschfahrzeuge;* KG Berlin v. 28.6.2018, NZKart 2018, 376 – *Schienenkartell.*

590 OLG Karlsruhe v. 31.7.2013, NZKart 2014, 366, 367 – *Löschfahrzeuge*; KG Berlin v. 28.6.2018, NZKart 2018, 376, 378 – *Schienenkartell.*

591 OLG Karlsruhe v. 31.7.2013, NZKart 2014, 366, 368 – *Feuerwehrfahrzeuge*; KG Berlin v. 28.6.2018, NZKart 2018, 376, 378f – *Schienenkartell.*

592 OLG Karlsruhe v. 31.7.2013, NZKart 2014, 366, 368 – *Feuerwehrfahrzeuge*; KG Berlin v. 28.6.2018, NZKart 2018, 376, 379 – *Schienenkartell.*

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dung einfacher, weil sie sich direkt mit den realen Märkten befassen.[593] Zwar kann mit bestimmten Techniken der Datenauswertung wie beispielsweise der Regressionsanalyse die Schadensschätzung erheblich verfeinert werden.[594] Aber die Vergleichsmarktmethode hat in ihrer Anwendbarkeit auch Grenzen. Beispielsweise ist es nicht immer möglich, einen hinreichend ähnlichen räumlichen Vergleichsmarkt zu finden und für ein relativ lang bestehendes Kartell ist die Genauigkeit der Zeitvergleichsmethode hinsichtlich des kontrafaktischen Szenarios herabgesetzt.

Das wesentliche Problem der Schadensberechnung bleibt vor allem die Einschätzung der hypothetischen Wettbewerbspreise, die sich in einem kontrafaktischen Szenario durchgesetzt hätten. Es besteht zudem in der Auswahl und Durchführung der Methoden im konkreten Fall und den damit verbundenen Kosten und Zeitaufwand. Neben der Entwicklung und Optimierung verschiedener wirtschaftlicher Methoden und den damit zusammenhängenden Techniken für die Schadensermittlung werden im Folgenden einige Optionen empfohlen, die insbesondere hinsichtlich der Praktikabilität sowie Durchführbarkeit bei der Schadensberechnung vorteilhaft sind.

aa) Vertragliche Schadenspauschalierung

Eine vereinbarte Schadenspauschalierung als zusätzlicher Vertragsbestandteil kann die Probleme hoher Komplexität und des Aufwandes der Schadensermittlung umgehen. Das Bundeskartellamt hat diese Handhabung befürwortet und hält eine Pauschalierung in Höhe von 5 bis 15 % der Abrechnungssumme für angemessen, sofern sich nicht aus erkennbaren Besonderheiten der betroffenen Märkte Abweichungen ergeben.[595]

Durch die Pauschalierung ist der Nachweis der Schadenshöhe entbehrlich. Der Kläger muss lediglich die Anspruchsvoraussetzungen darlegen und beweisen. In Kombination mit der Bindungswirkung behördlicher Bußgeldentscheidungen, kann die vertragliche Schadenspauschalierung die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs maßgebend vereinfachen.[596] Im Fall eines Kartells i.S.d. § 33a Abs. 2 S. 2 GWB kann der Kläger

593 EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung, S. 18.
594 EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung, S. 28ff.
595 BKartA, Tätigkeitsbericht 2013/2014, S. 35.
596 BKartA, Tätigkeitsbericht 2013/2014, S. 35.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sich nun zudem auf die Schadensvermutung gemäß § 33a Abs. 2 S. 1 GWB berufen, was die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs weiter erleichtert.[597]

bb) Schadenschätzung

Die Schätzung des Schadensumfangs durch das Gericht nach § 287 Abs. 1 ZPO gilt bereits seit 7. GWB-Novelle gemäß § 33 Abs. 3 S. 1.[598] Nicht nur für die Höhe des Schadens, sondern auch für die Frage, ob durch einen Kartellrechtsverstoß ein Schaden entstanden ist, gilt das Beweismaß des § 287 Abs. 1 ZPO.[599] Im Vergleich zu den Beweisanforderungen für das Vorliegen einer Zuwiderhandlung und die Betroffenheit ist das Niveau der Beweisforderung bei der Schadensschätzung niedriger.[600] Eine überwiegende Wahrscheinlichkeit ist für die richterliche Überzeugungsbildung ausreichend.[601]Auf der Grundlage der vom Geschädigten vorgetragenen Anknüpfungstatsachen schätzt das Gericht den hypothetischen Wettbewerbspreis und damit den Schaden.

Bereits einen Schritt weiterdenkend hat *Weitbrecht* vorgeschlagen, eine gesetzliche Vermutung für die kartellbedingte Preiserhöhung auf der ersten Absatzstufe in Höhe eines bestimmten Prozentsatzes einzuführen.[602] Die Vorlaufkosten einschließlich der Anwaltskosten, ökonomischer Gutachten sowie interner Kosten belaufen sich nach seiner konservativen Schätzung auf ca. 500.000 Euro. Daher sei die Durchsetzung eines Schadensersatzanspruchs nicht vernünftig, wenn der möglicherweise ersetzbare Schaden un-

597 Zur Schadensvermutung s. unten § 6 A.II.2.

598 BGH v. 12.7.2016, NJW 2016, 3527 Rn. 41ff. – *Lottoblock II*; LG Stuttgart v. 6.6.2019 – 30 O 88/18, BeckRS 2019, 11859, Rn. 82. Zur Schadensschätzung siehe weiter unten § 6 A.II.2.

599 Der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch entsteht unabhängig von der Verletzung eines bestimmten Rechtsguts. Es gilt daher die Beweiserleichterung des § 287 Abs. 1 ZPO, da es sich bei der Frage, ob ein Schaden infolge des Kartellrechtsverstoßes entstanden ist, um die haftungsausfüllende Kausalität und nicht um die haftungsbegründende Kausalität geht. Siehe BGH v. 12.7.2016, NJW 2016, 3527 Rn. 41ff. – *Lottoblock II*; BGH v. 28.1.2020, NJW 2020, 1430 Rn. 29f. – *Schienenkartell II.*

600 Vgl. *Friederiszick/Röller*, 6 J. Compet. Law Econ. 595 (2010), 617. Für die Feststellung, ob der Anspruchsteller durch den Kartellrechtsverstoß betroffen ist, gilt das Beweismaß des § 286 ZPO. Siehe BGH v. 12.7.2016, NJW 2016, 3527 Rn. 47. – *Lottoblock II*; BGH v. 28.1.2020, NJW 2020, 1430 Rn. 25. – *Schienenkartell II.*

601 Zur Beweiserleichterung des§ 287 ZPO siehe *Oetker*, in: MüKo BGB, § 249 Rn. 499.

602 *Weitbrecht*, WuW 2015, 959, 967f.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ter 500.000 Euro liegt.[603] Mithilfe der von ihm vorgeschlagenen Vermutung könne sich der Geschädigte die Einholung ökonomischer Gutachten sparen, ohne die Schadensersatzklage von vornherein aufgeben zu müssen.[604] Für die Gestaltung der Vermutungsregelung weist *Weitbrecht* darauf hin, dass sich die Vermutung der Höhe des Prozentsatzes lediglich auf die Höhe der kartellbedingten Preiserhöhung auf der nächstgelegenen Absatzstufe bezieht und den infolge des Absatzrückgangs verursachten Schaden nicht umfasst. Daher sollte diese Vermutung widerlegbar sein und zwar durch den Nachweis entweder eines höheren oder niedrigeren Schadens oder der Weiterwälzung des Preisaufschlags auf die übernächste Absatzstufe.[605] Im Rahmen des deutschen Rechts sind die Gerichte nicht befugt, einen bestimmten Prozentsatz für die Vermutung einer kartellbedingten Preiserhöhung festzulegen, aber der Gesetzgeber könnte eine derartige Vermutungsregelung einführen.[606]

Aus früheren Bußgeldverfahren gegen Kartelle und vielen empirischen Studien der durch Kartelle verursachten Preiseffekte wird ersichtlich, dass ein erfolgreiches Kartell typischerweise zu einer durchschnittlichen Preissteigerung von 20 % führt.[607] Ähnlich der vertraglichen Schadenspauschalierung könnte so eine gesetzliche Vermutung eines bestimmten Prozentsatzes der kartellbedingten Preiserhöhung zu einer Vereinfachung des Schadensnachweises beitragen. Hierdurch würden mehr Geschädigte mit geringeren Verlusten zur Klageerhebung veranlasst, wodurch zugleich die abschreckende Wirkung erhöht würde. Derartige Vermutungen würden aber zu einer Belastung der Kartellanten führen, weil der erfolgreiche Einwand der Schadensabwälzung bereits nach aktueller Rechtslage nur schwer zu führen ist.

Das chinesische Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb sieht eine Möglichkeit des pauschalen Schadensersatzes vor. Nach § 27 Abs. 5 ChinUWG kann das Volksgericht dem Geschädigten anhand der konkreten Umstände des Rechtsverstoßes höchstens fünf Millionen Yuan (ca. 674.000 Euro) Entschädigung zusprechen, wenn weder der tatsächliche Verlust des Geschädigten noch der unrechtmäßig erzielte Gewinn des Rechtsverletzers bestimmt werden kann. Solch ein gesetzlich pauschalierter

603 *Weitbrecht*, WuW 2015, 959, 967.
604 *Weitbrecht*, WuW 2015, 959, 968.
605 *Weitbrecht*, WuW 2015, 959, 968.
606 *Weitbrecht*, WuW 2015, 959, 968.
607 Vgl. S. 78.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schadensersatz sollte auch bei der Schadensersatzberechnung in Kartellverfahren in Betracht gezogen werden.

cc) Ermittlung des Schadens anhand des vom Schädiger unrechtmäßig erzielten Gewinns

Wie oben erwähnt, kann die Ermittlung des Mehrerlöses des Beklagten aufgrund des Wettbewerbsrechtsverstoßes für die Berechnung des Schadensersatzes relevant sein.[608] Bereits im begleitenden Arbeitspapier zum Grünbuch der EU-Kommission wird die Option für die Schadensberechnung vorgelegt, den Schaden auch anhand des vom Rechtsverletzer unrechtmäßig erzielten Gewinns zu ermitteln, wenn erwiesen ist, dass der erlittene Schaden der Kläger sehr schwierig zu schätzen ist, was insbesondere häufig bei Verbraucherklagen der Fall ist.[609]

Ein ähnlicher Vorschlag findet sich auch im chinesischen Schrifttum. Das ChinUWG legt mit § 27 Abs. 3 fest, dass die zu Unrecht erzielten Gewinne des Rechtsverletzers als Schadensbetrag kalkuliert werden können, wenn der tatsächliche Verlust der Geschädigten nur schwer zu ermitteln ist. Es könnte in Erwägung gezogen werden, eine ähnliche Regelung auch ins AMG aufzunehmen.[610]

Aber die wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen zielen häufig nicht auf ein bestimmtes Unternehmen ab. Für die wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen, die nicht unmittelbar mithilfe von Preiserhöhungen durchgesetzt werden, ist die Basis für diese vereinfachte Schadensberechnung schon fraglich. Ist der erlittene Schaden durch das Opfer nur schwer nachzuweisen, wäre es auch nicht leichter, den direkt mit dem Opfer in Zusammenhang stehenden Teil aus den unrechtmäßig erzielten Gewinnen zu ermitteln. Selbst wenn dies machbar wäre, würden die daraus resultierenden Kosten und Verfahrenskomplexität stark zunehmen und neue Probleme hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast zwischen den Parteien schaffen. Das Gericht müsste dann anhand der Umstände der konkreten

608 Siehe oben S. 187.

609 EU-Kommission, Annex to the Green Paper – Damages actions for breach of the EC antitrust rules, 19.12.2005, SEC(2005) 1732, S. 144.

610 So auch *Dai, Bin/Lan, Lei*, S. 115f. Um die Darlegungs- und Beweislast des Klägers noch weiter zu erleichtern, schlagen *Dai* und *Lan* vor, dass dem Kläger die Wahl der Berechnungsgrundlage für die Schadensersatzermittlung, nämlich zwischen dem ihm tatsächlich entstandenen Schaden und dem vom Beklagten unrechtmäßig erzielten Gewinn, eingeräumt werden könnte.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Einzelfälle prüfen, ob die Schadensberechnung mittels des unrechtmäßig erzielten Gewinns plausibel wäre. Dieses Hilfsmittel kann mithin nur für die Schadensberechnung in Fällen einer bestimmten wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweise mit einem gezielten Marktbeteiligten angewendet werden.

3. Schadensberechnung bei missbräuchlichem Verhalten

Für den Ausbeutungsmissbrauch in Form überhöhter Preise können in der Regel die vorhergehenden gebräuchlichen Methoden für die Ermittlung des kartellbedingten Preisaufschlags angewandt werden.[611] Beispielsweise sind räumliche Vergleichsmarktmethoden für ein missbräuchliches Verhalten geeignet, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen einen überhöhten Preis fordert, den es für gleiche Produkte auf einem anderen vergleichbaren Markt mit wirksamem Wettbewerb nicht anbieten würde.[612]

Wie aus der Darstellung der Schadenswirkungen des Behinderungsmissbrauchs in § 2 hervorgeht, kann die Anwendung von wirtschaftlichen Methoden und Techniken für die Schadensermittlung in der Praxis sehr kompliziert sein. Der Grund liegt zunächst darin, dass der Behinderungsmissbrauch in der Regel in mehreren Phasen stattfindet.[613] So ist das kontrafaktische Szenario ohne Behinderungsmissbrauch nur kompliziert zu konstruieren. Im Vergleich zu der Schadensermittlung bei Kartellen ist die Heranziehung der Vergleichsmarktmethoden bei Missbrauchsfällen zwar auch möglich, aber schwieriger. Denn diese Methoden stellen hohe Anforderungen an die Marktdaten aus dem betroffenen Markt und dem Vergleichsmarkt. Dabei ist der betroffene Markt nach der Zuwiderhandlung nicht als zeitlicher Vergleichsmarkt geeignet, wenn die Marktstruktur sich geändert hat und die Nachwirkungen nicht in kurzer Zeit abflauen können. Zudem ist ein räumlicher oder sachlicher Vergleichsmarkt mit ähnlicher Marktstruktur und Wettbewerbsbedingungen in Wirklichkeit häufig nur

611 EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensersatzermittlung, S. 60.

612 Ausführlich zu den Schwierigkeiten bei der Ermittlung des kontrafaktischen Szenarios im Fall von Ausbeutungsmissbrauch, siehe *Inderst/Rigaud/Schwalbe*, in: Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, § 7 Quantifizierung von Schäden Rn. 94ff.

613 S. oben § 2 A.II. Näheres zu der Schadensermittlung nach den verschiedenen Phasen des Behinderungsmissbrauchs siehe *Inderst/Rigaud/Schwalbe*, in: Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, § 7 Quantifizierung von Schäden Rn. 102–111.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schwer zu finden.[614] Es ist daher regelmäßig mithilfe anderer wirtschaftlicher Methoden ein künstliches kontrafaktisches Szenario aufzubauen. Beispielsweise könnten Simulationsmodelle verwendet werden.[615] Hierbei ist die Einschätzung einer Marktsituation ohne missbräuchliches Verhalten das größte Problem. Denn es gibt viele Möglichkeiten, wie sich das marktbeherrschende Unternehmen wettbewerbskonform hätte verhalten können, was zu sehr unterschiedlichen Marktergebnissen führen kann.[616] Deshalb müssen bei der Bildung eines zuwiderhandlungsfreien Szenarios komplexe Annahmen zugrunde gelegt werden.

Bei missbräuchlichem Verhalten können den Betroffenen, insbesondere den aktuellen oder potenziellen Wettbewerbern, Schäden hauptsächlich in Form des entgangenen Gewinns im Zeitraum der Zuwiderhandlung entstehen. Der entgangene Gewinn ergibt sich aus der Differenz zwischen dem tatsächlichen Gewinn, den das betroffene Unternehmen während der Zuwiderhandlung tatsächlich erzielt hat und dem Gewinn, den es im kontrafaktischen Szenario hätte erzielen können.[617] Beispielsweise sind im Fall des Verdrängungsmissbrauchs die Einnahmen des vom Markt verdrängten Wettbewerbers im zuwiderhandlungsfreien Szenario mit den tatsächlichen Einnahmen auf dem von dem missbräuchlichen Verhalten betroffenen Markt zu vergleichen.[618] Die unmittelbaren und mittelbaren Abnehmer von marktbeherrschenden Unternehmen erleiden in den in § 2 A. II. beschriebenen Fällen der Kampfpreisunterbietung einen Schaden aufgrund der Preiserhöhungen erst in einer späteren Phase des Behinderungsmissbrauchs. Im Prinzip ist die Schadensermittlung in dieser Phase ähnlich wie im Fall eines kartellbedingten Preisaufschlages.[619] Der Schaden von Abneh-

614 Anwendungsbeispiel siehe EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung, S. 65.

615 Näheres zu den Simulationsmodellen siehe EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung, S. 38.

616 Dazu siehe *Inderst/Rigaud/Schwalbe*, in: Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, § 7 Quantifizierung von Schäden Rn. 100.

617 EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung, S. 64. Näheres zu den im Einzelfall geeigneten Ansätzen zur Ermittlung des entgangenen Gewinns, siehe EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadenermittlung, S. 64f.

618 EU-Kommission, Praktischer Leitfaden zur Schadensermittlung, S. 65. Näheres dazu siehe *Inderst/Rigaud/Schwalbe*, in: Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, § 7 Quantifizierung von Schäden Rn. 104f.

619 *Inderst/Rigaud/Schwalbe*, in: Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, § 7 Quantifizierung von Schäden Rn. 107.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mern in Form einer reduzierten Produktauswahl und eines Nutzenverlustes lässt sich allerdings nur schwer nachweisen und quantifizieren.[620]

Aber je nach den anwendbaren gesetzlichen Regelungen der Beweisführung und Beweislast werden die Geschädigten wahrscheinlich Ersatz nur für denjenigen Teile ihrer erlittenen Schäden geltend machen können, die leichter nachzuweisen und zu quantifizieren sind. Beispielsweise ist in der Praxis bei Schadensersatzklagen in den EU-Mitgliedstaaten zu beobachten, dass die vom Markt verdrängten Wettbewerber nur partiellen Schadensersatz, etwa hinsichtlich der Kosten, die aus der Reaktion auf die Behinderungspraktiken (z.B. zusätzliche Marketing-Aufwendungen) entstehen oder im Hinblick auf die Investitionskosten für den geplanten Markteintritt geltend machten.[621]

III. Möglichkeit des mehrfachen Schadensersatzes

Der Ersatz und der Umfang des ersatzfähigen Schadens stehen in einem engen Zusammenhang mit dem Anreiz für kartellrechtliche Schadensersatzklagen, welche mit einer hohen Wahrscheinlichkeit zur gerichtlichen Verfolgung führen kann.[622] Ausgehend von den Praxiserfahrungen in den USA, scheint der Mehrfachschadensersatz ein sehr mächtiges und effektives Instrument für den Geschädigten zu sein, gegen die kartellrechtswidrigen Unternehmen vorzugehen. Jedoch ist er nicht mit dem Prinzip der Vollkompensation nach der EU-Schadensersatzrichtlinie sowie mit dem Ausgleichsprinzip des deutschen Schadensersatzrechts vereinbar.[623] Ausdrücklich schreibt die EU-Schadensersatzrichtlinie in Art. 3 Abs. 3 sowie Erwägungsgrund 13 vor, dass der vollständige Ersatz nicht zu einer Überkompensation führen darf, unabhängig davon, ob es sich dabei um Strafschadensersatz, Mehrfachentschädigung oder andere Arten von Schadensersatz handelt.

Wie in § 2 aufgezeigt, bleibt der einfache Schadensersatz, der durch den Einzelnen vor Gericht geltend gemacht werden kann, weit hinter

620 *Inderst/Rigaud/Schwalbe*, in: Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, § 7 Quantifizierung von Schäden Rn. 107.
621 EU-Kommission, Praktischer Leidfaden zur Schadensermittlung, S. 65f. Siehe auch oben § 2 A.II.
622 Vgl. auch Monopolkommission, Sondergutachten 41, Rn. 75.
623 Vgl. oben § 2 B.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dem durch den Kartellrechtsverstoß verursachten Schaden zurück. Die sogenannten „*punitive damages*" des Antitrustrechts stellen nach einer sich ausbreitenden Ansicht im Ergebnis lediglich eine Kompensationsleistung dar.[624] Nur die Form des Mehrfachschadensersatzes scheint nicht mit dem Ausgleichsprinzip vereinbar zu sein. Obwohl der Mehrfachschadensersatz ohne pönale Zwecke aus dem Abschreckungsgedanken abgeleitet wird, kann er in den kartellrechtlichen Schadensklagen zu einer besseren Kompensationsleistung beitragen. In Ermangelung eines Mehrfachschadensersatzes lässt sich der Schadensausgleich nicht ohne Weiteres in der EU und Deutschland verwirklichen.

I. Verzinsung

Die Zahlung von Zinsen ist Teil des ersatzfähigen Schadens europäischer und deutscher privater Schadensersatzklagen. Für die Verzinsung des aus dem Kartellrechtsverstoßes resultierenden Schadens, finden nach § 33a Abs. 4 S. 2 GWB die §§ 288 und 289 S. 1 BGB Anwendung.[625] Dabei beträgt grundsätzlich gemäß § 288 Abs. 1 S. 2 BGB 5 Prozentpunkte über dem von der Bundesbank veröffentlichten Basiszinssatz. Die Anwendung des erhöhten Zinssatzes von neun Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 288 Abs. 2 BGB auf kartellrechtliche Schadensersatzansprüche ist jedoch umstritten.[626]

Nach § 33a Abs. 4 GWB fallen die Zinsen ab dem Zeitpunkt des Eintritts des Schadens, bis zu dem Zeitpunkt der Schadenszahlung an. Bei einer mehrjährigen Verfahrensdauer können somit beträchtliche Zinszahlungen entstehen. Dadurch kann die Gewährung von Zinsen der Kompensation und Verstärkung der Abschreckungswirkung dienen.[627] Um dies zu veran-

624 Vgl. die zitierte statistische Untersuchung in § 2 C.IV. Vgl. auch *Lande*, 54 Ohio State Law J. 115 (1993), 122; *C. Jones*, 16 Loyola Consum. Law Rev. 409 (2004), 423–425.

625 Die Verzinsung ist im GWB erst seit der 7. GWB-Novelle in § 33 Abs. 3 S. 4 und 5 a.F. geregelt.

626 Nach der Rechtsprechung ist die Anwendung des erhöhten Zinssatzes nach § 288 Abs. 2 BGB bei kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen in der Regel auf Fälle beschränkt, in denen ein Unternehmen seine marktbeherrschende oder marktstarke Stellung missbraucht hat und dadurch ein Missbrauchsopfer zu einer Entgeltforderung gezwungen wurde. Siehe BGH v. 6.11.2013, NZKart 2014, 31 Rn. 71 – *VBL-Gegenwert*. Gegen die Anwendung des § 288 Abs. 2 BGB argumentiert *Franck*, in: Immenga/Mestmäcker, § 33a GWB Rn. 139.

627 Die Verzinsungspflicht wird als abschreckend angesehen. Siehe *Lübbig*, in: MüKo GWB, 1. Aufl., § 33, Rn. 112.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schaulichen, wird an dieser Stelle auf eine von *C. Jones* vorgenommene Berechnung des Schadensersatzes, basierend auf einem hypothetischen Fall, Bezug genommen: Die Schäden fallen gleichmäßig in Höhe von 2,5 Mio. € pro Kalenderquartal über einen Zeitraum von zehn Jahren ab Schadensbeginn bis zum Verurteilungszeitpunkt an. Eine nominale Schadenssumme von 100 Mio. € führt auf der Grundlage eines jährlich berechneten Zinses in Höhe von 7 % zu einem Schadensersatz in Höhe von 147,8 Mio. €. Dies stellt fast die 1,5-fache Schadenssumme dar. Bei einem Zinssatz von 14 % pro Jahr ergibt sich ein Schadensersatz von 220,4 Mio. €, was etwa dem 2,2-fachen des Schadens entspricht.[628]

Der Kreis der Anspruchsberechtigten in Bezug auf Schadensersatzklagen ist in Deutschland weiter als in den USA. Wenn der Schadensersatzanspruch mehrerer Vertriebsstufen nach den europäischen und deutschen Vorgaben wirksam umgesetzt würde, wäre die Summe der Vollentschädigung der Geschädigten nicht weniger als die des US rechtlichen Dreifachschadensersatzes, der nur einer begrenzter Gruppe von Geschädigten offensteht. Theoretisch könnte man mit einer Vollkompensation einen ähnlichen Effekt wie mit dem Mehrfachschadensersatz erzielen. Aber in der Realität werden nicht sämtliche Geschädigte den ihnen zustehenden Schadensersatzanspruch vor Gericht geltend machen, geschweige denn den vollständigen Ersatz bekommen. Auch in den üblichen Fällen ist die volle Schadenskompensation einschließlich der Zinsen nicht so hoch und abschreckend wie Mehrfachschadensersatz.

2. Differenzierte Multiplikatoren des Schadensersatzes

Wenn der Abschreckungszweck für kartellrechtliche Schadensersatzklagen anerkannt würde, müssten die Faktoren, die auf die Verhinderung zukünftiger Zuwiderhandlungen abzielen, bei der Feststellung des Schadensersatzes berücksichtigt werden, sodass der Schadensersatz nicht mehr nur auf den tatsächlich erlittenen und nachweisbaren Schaden beschränkt wäre. Zu den relevanten Faktoren zählen vor allem der erwartete wirtschaftliche Vorteil aus den wettbewerbswidrigen Praktiken, die Aufdeckungs- und Verurteilungswahrscheinlichkeit der Zuwiderhandlung. Von Interesse ist zudem, inwieweit die Verfolgung des Abschreckungsziels Raum für eine Erhöhung des Schadensersatzes lassen kann. Dabei sollte auch die Balance zwischen Effektivität und Gerechtigkeit berücksichtig werden, damit der Mehrfach-

628 *C. Jones*, in: European competition law annual 2001 (2003), S. 95, 104f.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schadensersatz nicht zur übermäßigen Abschreckung und uferlosen Haftung der vermeintlich gegen Wettbewerbsrecht verstoßenden Unternehmen führt.

Mehrfachschadensersatz stellt eines der effektivsten Mittel zur Förderung der privaten Durchsetzung des Kartellrechts dar. Es stellt sich nun die Frage, wie hoch der Faktor für diese Form des Schadensersatzes angesetzt werden kann. Im Sondergutachten zur 7. GWB-Novelle hat die Monopolkommission vorgeschlagen, dass der durch wettbewerbswidriges Verhalten Geschädigte den doppelten Ersatz des erlittenen Schadens verlangen darf. Neben der Gewährung von Zinsen sei dieser Ersatzbetrag ausreichend.[629] Dieser Ansicht ist insofern zuzustimmen, als sie einen Mehrfachschadensersatz in Kombination mit einer Zinszahlungspflicht nach deutschem Vorbild fordert. Ein pauschaler Zweifach- oder Dreifachschadensersatz ist hingegen nach den hier vorgetragenen Erwägungen nicht zu empfehlen. Vielmehr wird folgend die Möglichkeit eines differenzierten Faktors für den Schadensersatz diskutiert, der sich nach der Art der wettbewerbsbeschränkenden Praktiken richtet.[630]

a. Mehrfachschadensersatz für horizontale Hardcore-Kartelle

Im Grünbuch findet sich die Aussage, dass eine Verdoppelung des Schadensersatzes für horizontale Hardcore-Kartelle erwogen werden könne.[631] Der doppelte Schadensersatz scheint ein vernünftiger Betrag zu sein, da das Kartell in der Regel eine enorme Schadenswirkung verursacht, oft geheim gehalten wird und schwierig aufzudecken ist.

Die meisten Follow-on-Schadensersatzklagen werden aber im Anschluss an abgeschlossene Bußgeldverfahren gegen Kartelle erhoben. Der doppelte Schadensersatz kann bei Follow-on-Klagen Bedenken aufwerfen. Zum einen führt der doppelte Schadensersatz zur Besorgnis, dass ein *Overenforcement* stattfindet, weil das Kartellunternehmen bereits mit hohen Geld-

629 Monopolkommission, Sondergutachten 41, Rn. 83.

630 Befürworter eines differenzierten Multiplikators für den Schadensersatz: *Wagner*, AcP 2006, 352, 464f.; *Wagner*, Schadensersatz bei Kartelldelikten, No 2007-1-1187, German Working Papers in Law and Economics, S. 30f., abrufbar unter https://EconPapers.repec.org/RePEc:bep:dewple:2007-1-1187. Ähnliche Vorschläge im Kontext des US-amerikanischen Antitrustrechts, siehe *Connor/Lande*, 100 Iowa Law Rev. 1997 (2015), 2017f.; *Cavanagh*, 41 Loyola Univ. Chicago Law J. 629 (2010), 644.

631 EU-Kommission, Grünbuch, S. 7f.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bußen bestraft wurde. Dem lässt sich die Bewertung des Folgenabschätzungsberichts des Weißbuchs entgegenhalten, nachdem ein Zweifachschadensersatz eine mögliche Vollkompensation und zugleich eine geeignete Abschreckungswirkung erzielen würde, ohne das Risiko einer übermäßigen Belastung zu begründen.[632] Auf der anderen Seite wurden Bedenken geäußert, dass das Kronzeugenprogramm gefährdet würde, da sich das mitwirkende Unternehmen in einer Follow-on-Schadensersatzklage in einer ungünstigen Stellung befinden würde. Teilweise dem Vorbild der USA folgend, wo der eigentliche Dreifachschadensersatz auf einen einfach Schadensersatz nach dem Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act von 2004 reduziert wird, wenn der Beklagte an einem Kronzeugenprogramm teilgenommen und mit dem Kläger kooperiert hat, hat *Ackermann* eine Lösung für die Ausräumung der Bedenken vorgeschlagen, wonach das Kartellunternehmen mit einer Reduzierung auf den einfachen Schadensersatz belohnt werde, wenn es am Kronzeugenprogramm teilnimmt.[633] Dieser Vorschlag wird hier geteilt. Für horizontale Hardcore-Kartelle ist mithin ein Mehrfachschadensersatz in doppelter Höhe zu implementieren, welcher für das Kronzeugenunternehmen auf den einfachen Schadensersatz reduziert wird.

b. Mehrfachschadensersatz für missbräuchliche Verhaltensweisen

Es gibt viele Fallgruppen missbräuchlicher Verhaltensweisen, weshalb die Festlegung eines einheitlichen Faktors für den Mehrfachschadensersatz eigentlich nicht möglich ist. Der dem Geschädigten entstandene Schaden besteht hauptsächlich in Form von entgangenem Gewinn, dessen genaue Berechnung aufgrund der Komplexität der Konstruktion des kontrafaktischen Szenarios sehr schwierig ist.[634] Angesichts der großen negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb und die Marktstruktur wird deshalb eine grundsätzliche Verdopplung des Schadensersatzes empfohlen.[635] Auch im

632 EU-Kommission, Impact assessment report, S. 41f.
633 *Ackermann*, ZWeR 2010, 329, 349.
634 Vgl. oben S. 197f.
635 Auch in diesem Sinne wird davon ausgegangen, dass der Dreifachschadensersatz den Geschädigten eine größere Wahrscheinlichkeit bietet, in Fällen des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung eine angemessene Entschädigung zu erhalten. Siehe *Cavanagh*, 41 Loyola Univ. Chicago law J. 629 (2010), 632.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Interesse einer stärkeren Motivation zur Klageerhebung ist es überlegenswert, den Schadensersatz zu erhöhen.

c. Einfacher Schadensersatz für vertikale Vereinbarung

Für vertikale Absprachen bedarf es keines gesonderten Faktors, sodass es bei dem einfachen Schadensersatz bleiben sollte. Dies folgt daraus, dass sich die Durchsetzung der kartellrechtlichen Ansprüche, aufgrund des Informationsvorteils des Klägers, in diesen Fällen im Vergleich zu anderen Wettbewerbsfällen als günstiger darstellt.[636] Ein Mehrfachschadensersatz könnte zudem dazu führen, dass der drohende erhöhte Schadensersatz als Druckmittel bei Vertragshandlungen oder Vertragserfüllungen strategisch eingesetzt und missbraucht wird. Bei der vertikalen Vereinbarung ist deshalb besonders aufzupassen, dass die Rechtsdurchsetzung nicht vor wettbewerbskonformen Verhalten abschreckt.

Trotz der Ablehnung des Mehrfachschadensersatzes für diese Konstellation des Wettbewerbsverstoßes, ist die Möglichkeit einer Schadenspauschalierung dann eröffnet, wenn die Schadensermittlung objektiv äußerst schwierig oder nicht möglich ist, um so weiterhin eine aktive private Durchsetzung in dieser Fallgruppe aufrechtzuerhalten und die Abschreckungswirkung zu erzielen.

d. Zwischenfazit

Die soeben dargestellten differenzierten Ansätze können als Orientierung für die Etablierung eines wirksameren Schadensersatzes dienen, wobei der geeignete Faktor des jeweiligen Mehrfachschadensersatzes unbedingt noch auf der Grundlage empirischer und wirtschaftlicher Studien zu ermitteln ist.

E. Fazit: Zentrale Bedeutung der Schadensersatzklagen

Der Schadensersatzanspruch stellt ein nützliches Rechtsinstitut zur Verfügung, um gegen alle Arten von kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen

636 *Wagner*, Schadensersatz bei Kartelldelikten, No 2007-1-1187, German Working Papers in Law and Economics, S. 31, abrufbar unter https://EconPapers.repec.org/RePEc:bep:dewple:2007-1-1187.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vorzugehen. Im Vergleich zu den zuvor erörterten Instituten wirft die Schadensersatzklage aber beginnend mit der Anspruchsberechtigung bis hin zur Schadensermittlung auch die meisten Fragen auf. Auf dem Weg zur erfolgreichen Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs sind viele Schwierigkeiten zu überwinden. Da der Schadensersatz den größten Anreiz zur privaten Durchsetzung schafft, müssen weitere Maßnahmen ergriffen werden, um die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs zu verbessern. Ist zu diesem Zweck eine Erhöhung der kartellzivilrechtlichen Sanktion erforderlich, so ist die beste und wirksamste Möglichkeit eine Erhöhung des Ersatzbetrags für den erlittenen Schaden.

https://doi.org/10.5771/9783748942009-159 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY