



Bundesministerium
für Wirtschaft
und Energie

Wettbewerbspolitik

Umsetzung der Kartellschadenersatz-Richtlinie in das deutsche Recht

Forum Unternehmensrecht
der Institute für Kartellrecht und für Unternehmensrecht
Düsseldorf, 9. März 2015

Ministerialrat Dr. Armin Jungbluth

Bundesministerium für Wirtschaft
und Energie, Berlin

www.bmwi.de



Übersicht

- A. Einleitung**
- B. Schadensersatzanspruch und Anspruchsgegner**
- C. Ermittlung des Schadensumfangs**
- D. Passing-on-defence**
- E. Offenlegung und Akteneinsicht**
- F. Gesamtschuldnerische Haftung**
- G. Einvernehmliche Streitbeilegung**
- H. Verjährung**



Einleitung

▶ Inhalt und Ziel der RL

- Stärkung des *private enforcements* („jedermann“, „vollständiger“ Schadensersatz) v.a. durch Offenlegungsansprüche und Akteneinsichtsrechte
- Kohärenz von behördlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung (insb. Schutz von Kronzeugenprogrammen)

▶ Umsetzungsfrist: 2 Jahre (bis 27. Dezember 2016)

▶ Umsetzungsbedarf in Deutschland: einige „dicke Bretter“, allerdings im Vergleich zu anderen MS überschaubarer, da zahlreiche Inhalte bereits geregelt, z. B.

- Richterliche Befugnis zur Schadensschätzung
- Bindungswirkung von kartellbehördlichen Entscheidungen
- Gesamtschuldnerische Haftung
- Einvernehmliche Streitbeilegung



Schadensersatzanspruch und Anspruchsgegner

- ▶ **DEU:** § 33 Abs. 3 GWB
- ▶ **RL:** Art. 1-4 und 9
- ▶ **Umsetzungsbedarf:**
 - Anpassungsbedarf wg. der **Definitionen** muss i. E. noch geprüft werden
 - fraglich, ob durch Art. 2 Nr. 2 der **europäische Unternehmensbegriff** in deutsches Recht übertragen wird (so insb. *Kersting*, WuW 2014, 564; *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7; a. A. *Stauber/Schaper*, NZKart 2014, 346)
- ▶ i. Ü:
 - grds. nein, insb. muss Verschulden nicht angepasst werden (EG 11)
 - § 33 Abs. 4 GWB: Bindungswirkung sogar weiterreichend, als es Art. 9 verlangt



Ermittlung des Schadensumfangs

- ▶ **DEU:** § § 33 Abs. 3 S. 1, 4 GWB, 249, 252, 288, 289 S. 1 BGB
- ▶ **RL:** Art. 3 und 17
- ▶ **Umsetzungsbedarf:**
 - **Vermutung**, dass Kartelle einen Schaden verursachen (Art. 17 Abs. 2); bislang nach Rspr. nur entsprechender Anscheinsbeweis
- ▶ **i. Ü.:**
 - Ersatz von positivem Interesse zzgl. entgangener Gewinn und Zinsen bereits geregelt
 - Bereicherungsverbot (§ § 249ff. BGB) und Möglichkeit von Streitverkündung und Verfahrensverbundung (§ § 72ff., 147 ZPO) verhindern Überkompensation
 - Schadensschätzung gem. § 33 Abs. 3 S. 3 GWB i.V.m. § 287 ZPO möglich
 - Beteiligungsmöglichkeit der Kartellbehörden (Art. 17 Abs. 3) gegeben (§ 90 GWB)



Passing-on-defence (1)

- ▶ Einwand, der Schaden sei an die nächste Marktstufe weitergegeben worden
→ § 33 Abs. 3 S. 2 GWB: Weiterveräußerung schließt Schaden nicht aus
→ seit der ORWI-Rspr. des BGH als grds. möglich anerkannt; Berücksichtigung i.R.d. Vorteilsausgleichs
- ▶ **DEU:** (ORWI-Rspr.)
 - **Kläger:** Beweislast für Schadensentstehung (allg. Beweisregeln)
 - **Beklagter:** Beweislast für passing-on-defence
Kläger: sekundäre Beweislast nur in engen Grenzen
 - **Folge:** passing-on-defence erschwert
→ Einwand praktisch nur möglich, wenn Kläger (auch) beweist, dass dem Preisaufschlag kein Nachfragerückgang entgegenstand
→ dem Kläger wird der Nachweis des entgangenen Gewinns erspart
→ umgekehrt: für **mittelbare Abnehmer Beweisschwierigkeiten**, dass ein adäquat-kausaler Zusammenhang zwischen dem Kartell und dem Schaden besteht



Passing-on-defence (2)

▶ **RL:** Art. 12-14, 15

- Passing-on-defence muss ermöglicht werden
- **Beklagter:** Beweislast für passing-on-defence (Art. 13 S. 1);
→ kann Offenlegung von Kläger/Dritten verlangen (Art. 13 S. 2)
- **Mittelbare Abnehmer:**
Kläger: Beweislast für Vorliegen und Umfang der Schadensabwälzung
→ kann Offenlegung von Beklagtem/Dritten verlangen (Art. 13 S. 2)
Aber: Vermutung für Vorliegen der Schadensabwälzung in Art. 14 Abs. 2 **zu Gunsten des Klägers**; Beweis gilt als erbracht, wenn Kläger beweist, dass
 - Wettbewerbsverstoß
 - infolgedessen Preisaufschlag für unmittelbare Abnehmer
 - Erwerb kartellbefangener Waren durch Kläger→ deutliche Beweiserleichterung
→ **Beklagter** kann Vermutung nur widerlegen durch Glaubhaftmachung, dass keine (vollständige) Schadensabwälzung auf Kläger stattfand (Art. 14 Abs. 2 a.E.)
→ damit ist **bisherige Rspr. überholt**, die mittelbaren Abnehmern den Beweis von Schaden und insb. Kausalität erschwerte



Passing-on-defence (3)

- Schätzungsbefugnis der Gerichte bzgl. Umfang der Schadensabwälzung (Art. 12 Abs. 5)
- Fraglich, wie MS gewährleisten, dass die in Art. 15 Abs. 1 genannten Umstände von den Gerichten bei Klagen auf verschiedenen Vertriebsstufen „gebührend berücksichtigt“ werden; Verhältnis zu Art. 3 Abs. 3?



Passing-on-defence (4)

▶ Folge: deutliche Verschiebung

- **BGH:** Klageanreize eher für **direkte Abnehmer**
- **RL:** Klageanreize eher für **mittelbare Abnehmer**

→ Es bleibt abzuwarten, ob dadurch das *private enforcement* tatsächlich gestärkt wird.

▶ Umsetzungsbedarf:

- **Offenlegungsansprüche** für/gegen unmittelbare und mittelbare Abnehmer, Art. 13, 14 Abs. 1
- **Vermutung des Vorliegens der Schadensabwälzung** zu Gunsten mittelbarer Abnehmer, Art. 14 Abs. 2
- **„gebührende Berücksichtigung“** von Schadensersatzklagen auf verschiedenen Vertriebsstufen



Offenlegung und Akteneinsicht (1)

► DEU:

- Anordnung der Urkundenvorlegung gem. § 142 ZPO; bei Vorlegung durch den Gegner gem. §§ 421f., 425 ZPO
- Auskunftersuchen des Zivilgerichts bei der Kartellbehörde gem. § 273 Abs. 2 Nr. 2 ZPO i.V.m. § 474 StPO
- Einsichtsrecht der Parteien in die Prozessakten des Zivilgerichts gem. § 299 ZPO
- Akteneinsichtsrecht des Verletzten gem. § 406 e StPO und für Privatpersonen gem. § 475 StPO in die Akten der Kartellbehörde



Offenlegung und Akteneinsicht (2)

▶ **RL:** Art. 5-8

formuliert Abstufung und entsprechend unterschiedliche Anforderungen an

Substantiierung und **Verhältnismäßigkeitsprüfung/Interessenabwägung**

- Art. 6 Abs. 6 „*black list*“ – Offenlegung nie möglich (Kronzeugenunterlagen und Vergleichsausführungen der Kartellbehörde; Schutz der Kronzeugenprogramme)
- Art. 6 Abs. 5 „*grey list*“ – Offenlegung unter formalen Voraussetzungen möglich (Unterlagen der Kartellbehörde nach Beendigung des Verfahrens)
- Art. 6 Abs. 9, Art. 5 „*white list*“: Offenlegung grds. möglich (sonstige Unterlagen der Kartellbehörde sowie Dokumente von Partei/Dritten)

Interne Unterlagen der Kartellbehörde und Schriftverkehr der Kartellbehörden sind geschützt (Art. 6 Abs. 3)

In **Art. 6**-Fällen ist **Art. 5 kumulativ** anzuwenden.

MS können auch weitergehende Regelungen treffen (Ausnahme: Art. 6)

→ Gefahr des „forum shopping“?; Förderung des Gerichtsstands DEU?



Offenlegung und Akteneinsicht (3)

► Umsetzungsbedarf:

- Art. 6 Abs. 6: **Verbot der Offenlegung von Kronzeugenakten**
hierzu EuGH-Rspr. i.S. *Pfleiderer, Donau Chemie und EnBW*
str.: Art. 6 Abs. 6 primärrechtswidrig? Arg.: keine Einzelfallabwägung
(so z. B. *Schweitzer*, NZKart 2014, 335; *Kersting*, WuW 2014, 564)
Folgeproblem: nähere (gesetzliche) Regelung zu Kronzeugen erforderlich, insb. Anhörungsrechte und Rechtsmittel?
 - Art. 6 Abs. 5: **Beschränkung des Offenlegungsanspruchs**; erst nach Abschluss des kartellbehördlichen Verfahrens
 - Präzisierung von „**Beweismittelkategorien**“, **Anhörung** (Art. 5 Abs. 2, 7)
 - **Beweisverwertungsverbote** (Art. 7 Abs. 1 und 2) bzgl. unzulässiger Beweismittel (Beweismittel, deren Offenlegung nicht verlangt werden kann bzw. zu deren Verwertung man nicht berechtigt ist)
 - **Sanktionen** (Art. 8), falls Offenlegungsanordnung nicht nachgekommen, Beweismittel vernichtet, Vertraulichkeit missachtet oder gegen Beweisverwertungsverbot verstoßen wird
(entsprechend nachteilige Beweiswürdigung allein genügt wohl nicht)
- i. Ü.: Anordnungs- und Einsichtsrechte in ZPO und StPO ausreichend? ¹²



Gesamtschuldnerische Haftung (1)

▶ **DEU:**

- § § 830, 840 i.V.m. § 421 ff. BGB
- § § 426 i.V.m. § 253 BGB (Innenausgleich anhand der Verursachungsbeiträge)

▶ **RL:** Art. 11

- ▶ Gesamtschuldnerische Haftung grds. bereits im deutschen Recht verankert



Gesamtschuldnerische Haftung (2)

► Umsetzungsbedarf:

- **Privilegierung von KMU** (Art. 11 Abs. 2, 3):
rechtspolitisch fragwürdige und den Gesamtschuldnerausgleich verkomplizierende
Regelung (Ergänzung durch EP)
(dynamischer) Verweis (in einer RLI!) auf eine KOM-Mitteilung ist bemerkenswert
Zielgruppe sind „echte“ KMU (d.h. nicht irgendwann, sondern stets <5%
Marktanteil während des Verstoßes)
- **Privilegierung von Kronzeugen im Außen- und Innenverhältnis** (Art. 11 Abs.
4, 5, 6)
Außenverhältnis: nur ggü. eigenen (unmittelbaren und mittelbaren) Abnehmern
und Lieferanten; i.Ü. nur, wenn von den anderen Kartellanten kein vollständiger
Schadensersatz erlangt werden kann (Beweislastverteilung?)
Innenverhältnis: nur bis zur Höhe des Schadens, der den eigenen (unmittelbaren
und mittelbaren) Abnehmern oder Lieferanten verursacht wurde (Art. 11 Abs. 5 S.
2 und Abs. 6)
Folgeproblem (s.o.): nähere (gesetzliche) Regelung zu Kronzeugen erforderlich?
Gewährung des Kronzeugenstatus greift unmittelbar in Rechte von Mitkartellanten
und insb. Kartellopfern ein



Einvernehmliche Streitbeilegung

- ▶ **DEU:** Institut des Prozessvergleichs
- ▶ **RL:** Art. 18, 19
- ▶ **Umsetzungsbedarf:**
 - praktische Bedeutung für BMWi schwer abschätzbar, da kaum Erfahrungen aus der Praxis bekannt
 - mit Blick auf die Privatautonomie jedenfalls nicht zwingend erforderliche Regelungen
 - Wertungen der RL grds. bereits im deutschen Recht durch den Prozessvergleich verankert, ebenso die Rechtsfolge
 - welche Wirkung dem Vergleich über die am Vergleich beteiligten Parteien hinaus zukommt, ist Teil der Privatautonomie und erfordert keine gesetzliche Regelung (Art. 19 Abs. 2 S. 2, Abs. 3)
 - Ggf. würde eine Regelung bzw. behördliche Praxis entsprechend Art. 18 Abs. 3 die Einigungsbereitschaft befördern (**Schadensersatzzahlung als mildernder Umstand** bei der Bußgeldbemessung); kommt in der bisherigen BKartA-Praxis kaum vor; Konstellationen nicht o.W. vorstellbar



Verjährung

- ▶ **DEU:** § 33 Abs. 5 GWB i.V.m. §§ 195, 199, 204 Abs. 2 BGB
- ▶ **RL:** Art. 10
- ▶ **Umsetzungsbedarf:** Art. 10 Abs. 2, 3 und 4
 - **Verjährungsbeginn** (mit Beendigung des Kartellverstoßes; Kenntnis – und zutreffende rechtliche Bewertung – des Wettbewerbsverstoßes)
 - **Verjährungsdauer** (Erhöhung von 3 auf 5 Jahre)
 - **Verjährungshemmung** (ein Jahr nach Bestandskraft der Entscheidung bzw. nach sonstiger Verfahrensbeendigung)
 - Ggf. **Verjährungshöchstfrist** (EG 36 erlaubt Höchstfristen, sofern dadurch Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen nicht praktisch unmöglich gemacht wird)



Weiteres Verfahren

- ▶ **Federführung** des BMWi in enger Zusammenarbeit mit dem BMJV
- ▶ **Umsetzung überwiegend im GWB** (materielle Regeln in den §§ 33 GWB ff.; Verfahrensregelungen in den §§ 87 ff. GWB)
- ▶ „**Monitoring**“ durch GD COMP
- ▶ **Gesetzgebungsverfahren** im Jahr 2016
- ▶ **Umsetzungsfrist:** 27. Dezember 2016



Bundesministerium
für Wirtschaft
und Energie

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie in das deutsche Recht

Institut für Kartellrecht - Forum Unternehmensrecht

Deutsche Bahn AG

Dr. Tilman Makatsch

Leiter Kartellrecht Schadensersatz – CRK(4)

Düsseldorf, 09.03.2015

Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie in das deutsche Recht

I. Offenlegung von Beweismitteln

Deutsche Bahn AG

Dr. Tilman Makatsch

Leiter Kartellrecht Schadensersatz – CRK(4)

Düsseldorf, 09.03.2015

I. Die Offenlegung von Beweismitteln (Art. 5 ff.) muss bei der Umsetzung gestärkt werden

- *Der Zugang zu Beweismitteln muss erleichtert und Offenlegungsverbote auf wenige konkrete Fälle begrenzt werden, um die Informationsasymmetrie zwischen Klägern und Beklagten zu beseitigen*
- Ein **Begründungserfordernis** für Offenlegungsantrag sollte nur bestehen, soweit notwendige Tatsachen und Beweismittel für den Antragssteller verfügbar bzw. leicht zugänglich sind.
- Die Offenlegungsmöglichkeit für **Beweismittelkategorien** ist zu begrüßen. Es sollte klar definiert und ggfs. mit Beispielen verdeutlicht werden, was genau darunter zu verstehen ist.
- **Offenlegungsverbot** für **Kronzeugenerklärungen** und **Vergleichsausführungen** (Art. 6 Abs. 6) ist insb. vor dem Hintergrund der EuGH Rechtsprechung zu weitgehend.
- Es muss klargestellt werden, dass von **Kronzeugenerklärungen** nur auf die tatsächliche eigens für das Verfahren angefertigte Erklärung bezieht und nicht auf Anhänge und alle Informationen, die auf der Erklärung beruhen (vgl. Evonik Degussa, EuG v. 28.2.2015, Az. T-341/12 und Akzo Nobel, EuG v. 28.2.2015, Az. T-345/12).
- **Weitere Aspekte:**
 - Problem der „**vorprozessualen Akteneinsicht**“: Bereits vor Klageerhebung sollte die Möglichkeit bestehen, einen Akteneinsichts Antrag zu stellen.
 - **BKartA-Entscheidungen** sollten künftig **veröffentlicht** werden.
 - Einführung der Möglichkeit von „in camera“ Verfahren bzw. Vertraulichkeitsringen – auch außerhalb der mündlichen Verhandlung.

EU-Kartellschadenersatzrichtlinie – Ausgewählte Fragestellungen

*Forum Unternehmensrecht der Institute für
Kartellrecht und für Unternehmensrecht
Düsseldorf, 9. März 2015*

Dr. Thomas Kreifels
Partner, Freshfields Bruckhaus Deringer LLP