

Prof. Dr. Christian Kersting, LL.M. (Yale)

Aktuelles zum Kartellschadenersatz

17. Speyerer Kartellrechtsforum, 25. März 2025

Verjährung – EuGH Heureka

Zeitliche Anwendbarkeit

- KSERL ab Ablauf Umsetzungsfrist (27.12.2016 → Konflikt mit § 187 III 2 GWB: 9.6.2017), wenn Anspruch nicht vorher verjährt.

Zeitliche Anwendbarkeit

- KSERL ab Ablauf Umsetzungsfrist (27.12.2016 → Konflikt mit § 187 III 2 GWB: 9.6.2017), wenn Anspruch nicht vorher verjährt.
- Insofern Prüfung nach altem nationalen Recht
 - Prüfung des Verjährungsrechts vor der KSERL anhand von primärrechtlichen Standards
 - Daher: Beendigung der Zuwiderhandlung und Kenntnis für Beginn der Verjährung nötig
 - Keine Auslegung contra legem, aber Außerachtlassung von mit Primärrecht unvereinbaren Vorschriften (→ auch Hinzudenken!)
 - Grundsätzlich: Gesamtbetrachtung des nationalen Rechts, aber Beendigungs- und Kenntniserfordernis müssen für sich erfüllt sein.
 - Hemmung während der Untersuchung der KOM als weitere Anforderung (→ nur bis zum Beschluss der KOM, nicht ein Jahr nach Bestandskraft).

Bedeutung der Kommissionsentscheidung für Kenntniserlangung

- Primärrechtlicher „Anscheinsbeweis“ für die Kenntniserlangung mit Veröffentlichung der Entscheidungszusammenfassung im Amtsblatt
 - Hintergrund: erst mit Kenntnis von der mit Bindungswirkung verbundenen Kommissionsentscheidung besteht in der Regel eine Durchsetzungsmöglichkeit
 - Außerdem: Rechtssicherheit bezüglich Fristbeginn

Bedeutung der Kommissionsentscheidung für Kenntniserlangung

- Primärrechtlicher „Anscheinsbeweis“ für die Kenntniserlangung mit Veröffentlichung der Entscheidungszusammenfassung im Amtsblatt
 - Hintergrund: erst mit Kenntnis von der mit Bindungswirkung verbundenen Kommissionsentscheidung besteht in der Regel eine Durchsetzungsmöglichkeit
 - Außerdem: Rechtssicherheit bezüglich Fristbeginn
- „Richtschnur“ des EuGH wirkt in beide Richtungen
 - Ab Veröffentlichung der Zusammenfassung der Entscheidung im ABl. Kenntnis
 - Anscheinsbeweis der Kenntnis zugunsten der Schädiger
 - Vor Veröffentlichung der Zusammenfassung der Entscheidung im ABl. keine Kenntnis
 - Schädiger trägt volle Beweislast für frühere Kenntnis

Bedeutung der Kommissionsentscheidung für Kenntniserlangung

- Kenntnis überhaupt erst möglich mit verbindlicher Feststellung?
 - Ja, verlangt ist Kenntnis von der Tatsache, dass das Verhalten eine Zuwiderhandlung darstellt.
 - Tatsachenkenntnis zwar nicht in deutscher Sprachfassung des Urteils gefordert, aber in englischer und französischer Fassung sowie der KSERL
 - Rechtsmeinung reicht daher nicht; verbindliche, rechtskräftige Feststellung ist nötig
 - Indem der EuGH Kenntnis an die Veröffentlichung der Entscheidung der KOM knüpft und dabei deren bindenden Charakter hervorhebt, bewegt er sich auch inhaltlich deutlich in diese Richtung
- Jedenfalls strenge Maßstäbe für Kenntnis vor/ohne Beschlussveröffentlichung!

Art.10 KSERL

(2) Die Verjährungsfrist beginnt nicht, bevor die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht beendet wurde und der Kläger von Folgendem Kenntnis erlangt hat oder diese **Kenntnis** vernünftigerweise erwartet werden kann:

a) dem **Verhalten** und der Tatsache, dass dieses eine **Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht darstellt**, [...]

Bedeutung der Kommissionsentscheidung für Kenntniserlangung

- Kenntnis überhaupt erst möglich mit verbindlicher Feststellung? Grds. ja (s. vorherige Folie).
- Keine Maßstäbe des EuGH für Stand-alone-Fälle
 - Aber: im Follow-on-Fall in der Regel Kenntnis mit Veröffentlichung, vorher keine Kenntnis
 - Dieses „vorher“ beschreibt aber logisch die Stand-alone-Fälle. Denn vor einer Entscheidung ist jeder Fall ein Stand-alone-Fall.
 - Daher gilt: **regelmäßig keine Kenntnis** in Stand-alone-Fällen

Bedeutung der Kommissionsentscheidung für Kenntniserlangung

- Kenntnis überhaupt erst möglich mit verbindlicher Feststellung? Grds. ja (s. vorherige Folie).
- Keine Maßstäbe des EuGH für Stand-alone-Fälle
 - Aber: im Follow-on-Fall in der Regel Kenntnis mit Veröffentlichung, vorher keine Kenntnis
 - Dieses „vorher“ beschreibt aber logisch die Stand-alone-Fälle. Denn vor einer Entscheidung ist jeder Fall ein Stand-alone-Fall.
 - Daher gilt: **regelmäßig keine Kenntnis** in Stand-alone-Fällen
- Offen: Kenntnis außerhalb dieser Regel, dass es in Stand-alone-Fällen an Kenntnis fehlt?
 - Vorschläge: eingeräumter Verstoß, nur formal aufgehobene Entscheidung (→ Rundholzfall; aber EuGH ASG 2 zeigt gerade, dass dies als Stand-alone-Fall zu behandeln ist).
 - Aber, jedenfalls: kein Anscheinsbeweis mehr, Beklagter trägt Beweislast für die Kenntnis

Bedeutung des Kommissionsverfahrens für die Hemmung der Verjährung

- Primärrechtliche Anforderung der Hemmung der Verjährungsfrist während Untersuchungen der Kommission
 - Ansonsten Gefahr, dass Verjährung eintritt, bevor bindende Entscheidung vorliegt

Bedeutung des Kommissionsverfahrens für die Hemmung der Verjährung

- Primärrechtliche Anforderung der Hemmung der Verjährungsfrist während Untersuchungen der Kommission
 - Ansonsten Gefahr, dass Verjährung eintritt, bevor bindende Entscheidung vorliegt
- EuGH: auch Verjährungsbeginn bei Kenntnis nicht bestandskräftiger Kommissionsentscheidungen
 - Problem: das ist keine Tatsachenkenntnis bzgl. des Vorliegens eines Verstoßes
 - Für den EuGH genügt insofern der bindende Charakter
 - Aber: i.E. ist dies unbeachtlich
 - Zwar setzt der Verjährungsbeginn früher ein (bei Bindungswirkung, vor Bestandskraft)
 - Jedoch ist die Verjährung bis 1 Jahr nach Bestandskraft nach Art. 10 IV 2 KSERL gehemmt.

Offene Fragen

- Übertragbarkeit der Regeln zur Kenntnis auf Entscheidungen nationaler Wettbewerbsbehörden?
 - ausgehend von Bindungswirkung (+); aber: Bindungswirkung nach Art. 9 KSERL erst mit Bestands-/Rechtskraft
 - Fehlt es an Bindungswirkung, so ist man im Grunde in einer Stand-alone-Situation
 - Siehe dazu das Vorlageverfahren in der Rs. Nissan Iberia (C-21/24)

ausführlich dazu: *Kersting*, WuW 2024, 455 ff.

Offene Fragen

- Zulässigkeit objektiver Verjährungsfristen?
 - z.B. 30 Jahre ab Verstoß in § 33h Abs. 4 GWB; 10 Jahre nach Entstehung und Beendigung in § 33h Abs. 3 GWB
 - Wegen Erwägungsgrund 36 KSERL nicht grds. ausgeschlossen; aber:
 - Beendigung nötig
 - Mindestens 12 Jahre, besser 15 Jahre

ausführlich dazu: *Kersting*, WuW 2024, 455



Kollektive Rechtsdurchsetzung im Abtretungsmodell „ASG 2“

Vorlagebeschluss LG Dortmund, Beschl. v. 13.3.2023, 8 O 7/20 (Kart)

- Ausgangspunkt: Unzulässigkeit gebündelter Geltendmachung im fiduziarischen Abtretungsmodell wegen Verstoßes gegen das RDG
- Keine anderweitigen (wirtschaftlich zumutbaren) Möglichkeiten der Durchsetzung insbesondere kleiner Schäden im nationalen Recht
- Zweifel an der Vereinbarkeit mit Unionsrecht
 - 1. Frage nach Vereinbarkeit der Unzulässigkeit fiduziarischer Abtretungen im Fall von Follow-on-Klagen im Lichte des Effektivitätsgrundsatzes
 - 2. Frage wie 1), aber im Fall von Stand-alone-Klagen
 - 3. Wenn ja, führt das zur Unanwendbarkeit der RDG-Vorschriften und damit zur Zulässigkeit der Rechtsdurchsetzung?

Kollektive Durchsetzung – ASG 2

Entscheidung EuGH, Urt. v. 28.01.2025, C-253/23 – ASG2

- Frage 1 als *unzulässig* abgewiesen – Ausgangsrechtsstreit ist Stand-alone-Klage

Entscheidung EuGH, Urt. v. 28.01.2025, C-253/23 – ASG2

- Frage 2 ist in ihrem eigentlich interessierenden Kern *nicht beantwortet*
 - Nationales Recht, dass Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen praktisch unmöglich macht/wesentlich erschwert ist mit Unionsrecht (→ Primärrecht!) unvereinbar

Entscheidung EuGH, Urt. v. 28.01.2025, C-253/23 – ASG2

- Frage 2 ist in ihrem eigentlich interessierenden Kern *nicht beantwortet*
 - Nationales Recht, dass Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen praktisch unmöglich macht/wesentlich erschwert ist mit Unionsrecht (→ Primärrecht!) unvereinbar
 - EuGH überlässt es aber dem *nationalen Gericht*, zu ermitteln, ob das für das nationale Recht zutrefte, wenn es Sammelklagen-Inkasso wie hier ablehnt
 - Dabei übersieht er einen wesentlichen Punkt:
 - Zwar hat nationales Gericht das nationale Recht als Tatsache zu ermitteln, aus- und darzulegen
 - Aber der EuGH muss prüfen, ob das so dargelegte Recht gemessen am Maßstab des Unionsrechts, hier dem Effektivitätsprinzip hinsichtlich der Durchsetzbarkeit von Kart-SE, genügt

Entscheidung EuGH, Urt. v. 28.01.2025, C-253/23 – ASG2

- Frage 2 ist in ihrem eigentlich interessierenden Kern *nicht beantwortet*
 - Nationales Recht, dass Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen praktisch unmöglich macht/wesentlich erschwert ist mit Unionsrecht (→ Primärrecht!) unvereinbar
 - EuGH überlässt es aber dem *nationalen Gericht*, zu ermitteln, ob das für das nationale Recht zutrefte, wenn es Sammelklagen-Inkasso wie hier ablehnt
 - Dabei übersieht er einen wesentlichen Punkt:
 - Zwar hat nationales Gericht das nationale Recht als Tatsache zu ermitteln, aus- und darzulegen
 - Aber der EuGH muss prüfen, ob das so dargelegte Recht gemessen am Maßstab des Unionsrechts, hier dem Effektivitätsprinzip hinsichtlich der Durchsetzbarkeit von Kart-SE, genügt
 - Diese Antwort bleibt EuGH schuldig, er zieht sich auf Hinweise zurück, die sich auf die Formel der Unvereinbarkeit mit Unionsrecht als *ultima ratio* bringen lassen
 - keine Auseinandersetzung damit, ob kollektive Durchsetzbarkeit primärrechtlich geboten ist!

Entscheidung EuGH, Ur. v. 28.01.2025, C-253/23 – ASG2

- Frage 3 ist *positiv* beschieden
 - Wenn „überhaupt keine“ Möglichkeit der unionsrechtskonformen Auslegung bestehen, muss deutsches Recht unangewendet bleiben
 - P: welche Vorschriften des dt. Rechts?
 - RDG?
 - Restriktionen bei der Verbandsklage oder Musterfeststellungsklage?
 - Rechtsfolgen des Verstoßes gegen RDG?
 - EuGH legt dem LG Dortmund mit Blick auf Parteivorbringen erneut nahe, alle möglichen Auslegungsmöglichkeiten zu prüfen, um zu einer unionsrechtskonformen Auslegung zu gelangen

Entscheidung EuGH, Urt. v. 28.01.2025, C-253/23 – ASG2

- LG Dortmund muss selbst abschließend entscheiden
 - Erneute Prüfung nötig
 - Jede Partei wird falsche Anwendung des EU-Rechts (Effektivitätsgrundsatzes) rügen, so dass mit Fortsetzung im weiteren Rechtszug zu rechnen ist

- Wünschenswert: eindeutige gesetzgeberische Lösung
 - Klarstellung der Zulässigkeit des Abtretungsmodells für stand-alone und follow-on
 - Echte Sammelklage (→ auch im Hinblick auf Schadensverortung beim pass-on)

ausführlich zu ASG 2: *Kersting*, NZKart 2025, 116 ff.

Schadensschätzung

BGH, Urt. v. 09.07.2024, KZR 98/20 – Lkw-Kartell IV

- Sachverhalt: Kläger machte einen Schaden aus dem LKW-Kartell iHv 15% pro Erwerbsvorgang geltend, stützte sich dazu nur auf eine Median-Untersuchung von Oxera aus 2009, nicht auf konkretes Gutachten.

BGH, Urt. v. 09.07.2024, KZR 98/20 – Lkw-Kartell IV

- Sachverhalt: Kläger machte einen Schaden aus dem LKW-Kartell iHv 15% pro Erwerbsvorgang geltend, stützte sich dazu nur auf eine Median-Untersuchung von Oxera aus 2009, nicht auf konkretes Gutachten.
- Bekannt:
 - Erfahrungssatz, dass Kartelle Schäden verursachen, Gesamtwürdigung notwendig
 - Versagung Anspruch mangels Feststellbarkeit der Höhe scheidet regelmäßig aus (→ wegen § 33a II 1 GWB immer!)

BGH, Urt. v. 09.07.2024, KZR 98/20 – Lkw-Kartell IV

- Sachverhalt: Kläger machte einen Schaden aus dem LKW-Kartell iHv 15% pro Erwerbsvorgang geltend, stützte sich dazu nur auf eine Median-Untersuchung von Oxera aus 2009, nicht auf konkretes Gutachten.
- Bekannt:
 - Erfahrungssatz, dass Kartelle Schäden verursachen, Gesamtwürdigung notwendig
 - Versagung Anspruch mangels Feststellbarkeit der Höhe scheidet regelmäßig aus (→ wegen § 33a II 1 GWB immer!)
- Neu:
 - Kläger muss kein eigenes Sachverständigengutachten vorlegen
 - Vortrag aller Anhaltspunkte, zu denen Kläger ohne weiteres in der Lage ist, reicht
 - Gericht muss ggfls. angebotenen Sachverständigenbeweis erheben

Reformüberlegungen

- Schadensvermutung der Höhe nach, ggfls. gestaffelt nach Kartelldauer, Art des Verstoßes etc.; zwingt Beklagten zur Offenlegung von Informationen
- Anknüpfung an gesetzliche Vermutung in § 34 IV 4 GWB, wonach Vermutung wirtschaftlichen Vorteils von 1 % bei Abschöpfung
- Veröffentlichung von Gutachten; siehe auch § 411a ZPO
- Bündelung von Klagen
- Fliegender Gerichtsstand
- Einbindung der Wettbewerbsbehörden

- Was bringt die neue Legislaturperiode?

Organregress

Ausgangspunkt der BGH-Entscheidung

- Keine Zweifel: Regress ggü. Organwalter bei an Kartellopfer zu zahlendem Schadensersatz ist möglich
- Umstritten: Regress ggü. Organwaltern bezüglich Kartell*bußgeldern*
 - Pro Regress etwa LG Dortmund, NZKart 2023, 443 ff., 496 ff.; *Kersting/May*, WuW 2024, 243 ff., 313 ff. mwN.
 - Contra Regress etwa OLG Düsseldorf, 2023, 489 ff., *Wagner-von Papp*, WuW 2025, 1 f. mwN.
 - Streitpunkt Steuerungswirkung
 - Contra Regress: Unternehmen soll getroffen werden, Anteilseigner sollen Anreize zu Aufsicht haben
 - Pro Regress: Handlungsanreize müssen gerade für die Organe gesetzt werden!
 - BGH, 11.2.2025, KZR 74/23: deutsches Recht gibt Bußgeldregress, aber Vorlage an den EuGH

BGH, 11.2.2025, KZR 74/23

- Vorlage noch nicht veröffentlicht; sie hat womöglich den falschen Zungenschlag: ‚wir müssen den Regress gewähren, ist das wirklich mit EU-Recht vereinbar‘?
- Wäre eine vertragliche Abrede, die den Regress ausschließt, europarechtlich zu halten? Auch bei Vorsatz? Siehe auch § 276 III BGB!
- Richtig: EU-Recht verlangt klare Anreize für die Organe. Solange diese nicht mit viel höheren persönlichen Bußgeldern rechnen müssen, muss es den Regress geben (*Kersting/May, WuW 2024, 243 ff., 313 ff.*)!
- Versicherungsrechtliche Fragen sind im Versicherungsrecht zu lösen.
- Nicht diskutiert: Vorteilsausgleichung. Diese verhindert, dass ein Regress dazu führt, dass unrechtmäßige Kartellgewinne an das Unternehmen zurückfließen.

Aktivlegitimation der wirtschaftlichen Einheit

Aktivlegitimation der wirtschaftlichen Einheit – EuGH

EuGH, Urt. v. 04.07.2024, C-425/22 – MOL

- Mutter kann nicht an ihrem Sitz auf Ersatz für Schäden klagen, die die Tochter durch wettbewerbswidriges Verhalten erlitten hat
- Auf den ersten Blick: Ausschluss der Aktivlegitimation der wirtschaftlichen Einheit
- Aber: EUGH untersucht ausführlich, ob ohne Verständnis des Unternehmens als selbst aktivlegitimiert der Effektivitätsgrundsatz verletzt ist
 - Im konkreten Fall verneint
 - Aber: es sind andere Fälle denkbar, in denen das anders ist (→ sogleich BGH Matratzenpreisbrecher)

ausführlich hierzu: *Kersting*, NZKart 2024, 443 ff.

BGH, Beschl. v. 12.9.2023, KZR 39/21 - Matratzenpreisbrecher

- Klägerin machte nach einem Boykott ihren Schaden, sowie den Schaden von eigens zur Umgehung von Liefer Sperren gegründeten Schwestern geltend
- BGH beschäftigt sich nicht mit der Geltendmachung fremder Schäden unter Aufhebung der rechtlichen Trennung: warum soll die Kl. den Schaden ihrer Schwester geltend machen dürfen?
- mögliche Lösung aber: Aktivlegitimation der wirtschaftlichen Einheit (wE)
 - wE macht den Schaden geltend, vertreten durch einen ihrer Rechtsträger – die Verteilung der Haftungsmasse erfolgt im Innenverhältnis, nach außen einheitliche Behandlung
 - Konstruktion: wE als aktivlegitimierte Außen-GbR / Gesamtgläubiger iSd §§ 428 ff. BGB
 - Vorteil auch: kein Einwand der Schadensabwälzung im Konzern möglich

ausführlich hierzu *Kersting*, NZKart 2024, 206 ff.



Rechtspersönlichkeit / Rechtsfähigkeit der wirtschaftlichen Einheit

EuGH, Urt. v. 11.07.2024, C-632/22 – *Volvo Transsaqui*

- EuGH: im Prozess gegen die Mutter können Schriftstücke nicht der Tochter zugestellt werden
 - Richtig, da die Mutter verklagt war, nicht die Tochter. Und auch nicht die wE.
 - Aussage ‚keine Rechtspersönlichkeit der wirtschaftlichen Einheit‘ war unnötig; sie ist auch in der Sache falsch
- Problem: unpräziser Umgang mit den Begriffen Rechtspersönlichkeit und Rechtsfähigkeit
 - Schluss von fehlender Rechtspersönlichkeit auf fehlende Rechtsfähigkeit ist logischer Fehlschluss
 - Widerspruch zu bisheriger Rechtsprechung: wE ist nach EuGH als Unternehmen *Pflichtenadressat* von Art. 101 Abs. 1 AEUV, also notwendig rechtsfähig

ausführlich dazu *Kersting/Otto*, NZKart 2024, 546 ff.



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.