



Das ORWI-Urteil des Bundesgerichtshofs – Hintergründe und Konsequenzen für die Rechtspraxis

Studienvereinigung Kartellrecht e.V.

Baden-Baden – 21. Juni 2012

Dr. Martin Buntscheck, LL.M.

Ihr Kartellrechts-Spezialist | Your Antitrust Counsel

BUNTSHECK
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

- Das ORWI-Urteil ist handwerklich sehr gut gemacht. Der Senat war ersichtlich um einen größtmöglichen Ausgleich der Interessen bemüht – Sicherstellung eines effektiven Kartelldeliktsrechts auf der einen Seite, Bewahrung des Kartelltäters vor einer Mehrfachbelastung auf der anderen Seite.
- Trotz aller Ausgewogenheit und Akribie der Begründung bietet das Urteil jedoch Raum für Umdeutungen.

- Das Urteil bringt endgültige Klarheit in einigen wichtigen Rechtsfragen:
 - Anwendbares Recht auf “Altfälle”
 - § 823 Abs. 2 BGB iVm Art. 81 EG verlangt keine gezielte Beeinträchtigung des Geschädigten
 - Möglichkeit von Schadensersatzansprüchen indirekter Abnehmer
 - Bindungswirkung von Kommissionsentscheidungen erfasst auch die wesentlichen tatsächlichen Feststellungen
- Die Ausführungen des Senats zur Zulässigkeit und den Voraussetzungen der *passing-on defense* bergen demgegenüber reichlich Sprengstoff.

1. Vorteilsausgleichung

- Die grundsätzliche Zulassung der Vorteilsausgleichung wird Kartellschadensersatzverfahren aufwändiger und teurer machen.
- Der Kartelltäter kann seine Verteidigung nunmehr auf zwei Argumente stützen:
 - Beim direkten Abnehmer ist ein kartellbedingter Schaden gar nicht erst entstanden.
 - Hilfsweise: Der beim direkten Abnehmer entstandene Schaden wurde jedenfalls ganz oder zumindest teilweise auf die nächste Marktstufe abgewälzt.
- Klärung der Frage ohne sachverständige Hilfe kaum zu leisten.

2. Streitverkündung (1)

- Das Urteil wird den Trend hin zu breit angelegten Streitverkündungen verstärken.
- Streitverkündungen führen in der Praxis tendenziell zu einer Komplizierung des Verfahrens.
- Breit angelegte Streitverkündungen können das klägerische Kostenrisiko erheblich erhöhen:
 - Zur Bestimmung des Nebeninterventionswerts gibt es bis heute keine gesicherte Rechtsprechung.
 - In einem Beschluss aus dem Jahr 1959 hat der BGH entschieden, dass der Nebeninterventionswert grundsätzlich dem Streitwert in der Hauptsache entspricht, wenn der Streithelfer den gleichen Antrag stellt wie die von ihm unterstützte Partei – also beispielsweise den Antrag auf Klageabweisung (BGH, Beschluss vom 30. Oktober 1959, V ZR 204/57).

2. Streitverkündung (2)

- Zahlreiche Obergerichte halten die Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1959 für überholt und stellen bei der Bestimmung des Nebeninterventionswertes auf das individuelle Interesse des jeweiligen Streithelfers am Verfahrensausgang ab. So jetzt erstmals für das Kartellschadensersatzrecht: OLG München, Beschluss vom 3. April 2012, W416/12 Kart.
- Auf der Ebene der Obergerichte gibt es in dieser Frage aber noch keine einheitliche Linie – und mangels Zuständigkeit ist auch eine Klarstellung durch den BGH in dieser Frage nicht mehr zu erwarten.
- Folge: Das Kostenrisiko für den Kläger kann erheblich sein und ist häufig nur schwer kalkulierbar.

3. Sekundäre Darlegungslast (1)

- Das Instrument der sekundären Darlegungslast könnte eine abschreckende Wirkung auf Kläger haben, wenn diese künftig damit rechnen müssten, dass sie zur Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen und anderen vertraulichen Informationen gezwungen sein könnten, um ihren Anspruch durchsetzen zu können.
- Der BGH lässt keinen Zweifel daran, dass eine sekundäre Darlegungslast nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen kann. Voraussetzung sei stets eine umfassende Prüfung ihrer Erforderlichkeit und Zumutbarkeit.

3. Sekundäre Darlegungslast (2)

- In der Praxis dürften die Ausführungen des Senats eine Reihe von Auslegungsproblemen schaffen. Dies gilt insbesondere für den Hinweis, dass sich der Kartelltäter bei Klagen direkter Abnehmer durch eine Streitverkündung vor einer doppelten Inanspruchnahme schützen könne. Hier dürften sich u.a. folgende Fragen stellen:
 - Wann liegt ein unüberschaubarer Personenkreis vor?
 - Was ist zu tun, wenn dem Kartelltäter nur einige der potentiellen Anspruchsberechtigten bekannt sind, andere dagegen nicht?
 - Lässt sich das im Verfahren überhaupt zuverlässig feststellen?
- Eine sekundäre Darlegungslast wird aber häufig – unabhängig von den Möglichkeiten einer Streitverkündung – schon aus anderen Gründen nicht in Betracht kommen:

3. Sekundäre Darlegungslast (3)

- Abwägung mit schützenswertem Interesse des Geschädigten an der Geheimhaltung wettbewerblich relevanter Umstände (Rz. 71, 77).
- Keine unbillige Entlastung des Schädigers – vor allem problematisch bei Weiterverarbeitung:
 - Annahme einer sekundären Darlegungslast kommt grds. nur in Betracht, wenn der direkte Abnehmer die kartellbefangenen Produkte unverändert weiterverkauft hat.
 - Hat der direkte Abnehmer die Produkte erst nach einer Weiterverarbeitung verkauft oder die Produkte als Teil des eigenen Betriebs- oder Produktionsvermögens genutzt, wird die Annahme einer sekundären Darlegungslast regelmäßig nicht in Betracht kommen (Rz. 75) – obwohl in solchen Konstellationen die Beweisnot des Kartelltäters typischerweise besonders groß sein wird.

3. Sekundäre Darlegungslast (4)

- Bei der nach Ansicht des BGH gebotenen, restriktiven Handhabung des Instruments der sekundären Darlegungslast werden die negativen Auswirkungen des ORWI-Urteils auf die künftige Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen möglicherweise überschaubar bleiben.
- Kommt es dagegen zu einer großzügigen Annahme durch die Instanzgerichte, könnte die gerichtliche Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen auf Jahre hinaus blockiert werden.

- Die tatsächlichen Auswirkungen des Urteils werden insbesondere davon abhängen, was die Instanzgerichte aus den Vorgaben des BGH machen.
- Es bleibt zu hoffen, dass die Anwendung durch die Instanzgerichte nicht dazu führt, dass das zarte Pflänzchen des deutschen Kartellrechts endgültig im Keim erstickt wird.
- Die Position von Geschädigten in außergerichtlichen Vergleichsgesprächen hat das Urteil jedenfalls nicht gestärkt.

Dr. Martin Buntscheck, LL.M

Rechtsanwalt, Partner



BUNTSHECK Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Leopoldstraße 244
D-80807 München

Tel.: + 49 - 89 / 20 80 39 - 300

Fax: + 49 - 89 / 20 80 39 - 302

E-Mail: info@buntscheck.com

www.buntscheck.com