

Sarah Theuerkauf* und Klaus Neff**

Gebündelte kartellrechtliche Schadenersatzklagen in Deutschland

Stichworte: Kartellrecht, Zivilprozess, Deutschland, Bundesgerichtshof, Schadenersatzklage, Anspruchsbündelung, Quasi-Sammelklage, Schadensberechnung.

I. Einleitung

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat am 7. April 2009 die Nichtzulassungsbeschwerde einer beklagten Beteiligten des Zementkartells zurückgewiesen.¹ Diese hatte versucht, beim BGH die Zulassung der Revision gegen ein Berufungsurteil des Oberlandesgerichts (OLG) Düsseldorf zu erreichen. Das OLG hatte am 14. Mai 2008² die Berufung der Beklagten gegen ein Zwischenurteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Düsseldorf vom 21. Februar 2007³ zurückgewiesen, in dem eine Schadenersatzklage gegen sechs führende deutsche Zementhersteller für zulässig erklärt wurde. Der Prozess wird nun vor dem Landgericht Düsseldorf fortgeführt. Der Fall wird als Präzedenzfall für weitere zivilrechtliche Schadenersatzklagen gegen Kartellsünder behandelt und hat auch im Ausland hohe Wellen geschlagen.

Die Klägerin, *Cartel Damage Claims* (CDC), ist eine Aktiengesellschaft belgischen Rechts, die sich darauf spezialisiert hat, kartellrechtliche Schadenersatzforderungen sowohl gerichtlich als auch aussergerichtlich geltend zu machen. In der Regel erwirbt CDC Forderungen von Geschädigten eines Kartells und macht diese selbst gegenüber den Kartellmitgliedern geltend. Mit ihrem Geschäftsmodell, Schadenersatzansprüche aus Kartellverstössen als eigenständiges Wirtschaftsgut zu behandeln, nimmt CDC in Europa eine Pionierrolle ein. Die Bestätigung der Zulässigkeit ihrer Klage beim Landgericht Düsseldorf durch den BGH ist für CDC ein wichtiger Etappensieg, der weit reichende Folgen haben wird. Weitere Klagen im Zusammenhang mit anderen Kartellen sind bereits anhängig oder werden erwogen.⁴

II. Bussgelder gegen Zementkartell-Beteiligte

Die Beklagten im Verfahren vor dem LG Düsseldorf waren zwischen 1993 und 2002 an einem bundesweiten Zementkartell im

Sinne von § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) beteiligt, das im Jahr 2003 durch das Bundeskartellamt mit Bussgeldern in Höhe von insgesamt 702 Mio. EUR sanktioniert wurde.⁵ Die meisten gebüssten Unternehmen haben allerdings beim OLG Düsseldorf Einspruch gegen die Bussgeldbescheide eingelegt. Über den grössten Teil der Einsprüche wurde am 26. Juni 2009 entschieden. Das OLG Düsseldorf sah es nach 36 Verhandlungstagen und der Vernehmung von 40 Zeugen zwar als erwiesen an, dass sich die Zementhersteller an verbotenen Markt- und Preisabsprachen beteiligt haben. Das Gericht bewertete die durch die Kartellabsprachen erzielten Mehrerlöse der Konzerne aufgrund eines neuen Gutachtens jedoch deutlich niedriger als die Wettbewerbshüter. Ausserdem nahm das OLG Düsseldorf bei der Berechnung der Geldbussen wegen der unsicheren Datenlage in einigen Bereichen «Sicherheitsabschläge» zugunsten der Unternehmen vor und reduzierte die Busse auf rund 330 Mio. EUR. Auch die unterschiedlichen Beiträge der beteiligten Unternehmen zur Aufklärung des Kartells berücksichtigte das OLG Düsseldorf. Eine Entscheidung über die Einsprüche von drei kleineren Zementherstellern steht derzeit noch aus. Die erhebliche Reduzierung der durch das Bundeskartellamt festgesetzten Bussen könnte indirekt auch Auswirkungen auf das von der CDC geführte Verfahren haben, da bei der Entscheidung über den Umfang des Schadens nach § 287 ZPO insbesondere der anteilige Gewinn berücksichtigt werden darf, den ein Unternehmen durch den Kartellverstoss erlangt hat. Allerdings besteht nach § 33 Abs. 4 S. 2 GWB lediglich eine Bindung deutscher Gerichte an die Feststellung des Verstosses als solchem in einer rechtskräftigen Gerichtsentscheidung, aber nicht z.B. an der Feststellung der Höhe des Schadens.

III. Ausgangsverfahren und Berufungsverfahren

Die CDC macht gegen die Beklagten Ersatz der Schäden von 36 Zement beziehenden Unternehmen geltend. Die geschädigten Unternehmen haben ihre kartellrechtlichen Ansprüche für jeweils 100 Euro zuzüglich eines variablen Kaufpreisteils zwischen 75 und 85% der von der CDC realisierten Forderung an diese verkauft und abgetreten.

* Dr. iur., Professorin an der Universität Freiburg i. Ue.

** Rechtsanwalt lic. iur. LL.M., Vischer AG, Zürich.

1 BGH, Beschluss vom 7. April 2009, Az. KZR 42/08. Die Entscheidung ist unter <http://www.bundesgerichtshof.de/> abrufbar.

2 OLG Düsseldorf, Urteil vom 14. Mai 2008, Az. VI-U (Kart) 14/07. Die Entscheidung ist über die NRW-Rechtsprechungsdatenbank unter <http://www.nrw.de> abrufbar.

3 LG Düsseldorf, Urteil vom 21.2.2007, Az. 34 O (Kart) 147/05. Die Entscheidung ist über die NRW-Rechtsprechungsdatenbank unter <http://www.nrw.de> abrufbar. Vgl. hierzu auch die Kurzzusammenfassung des Urteils in BB 2007, 847 ff. m. Anm. WEIDENBACH; KLEES, Kurzkommentar zu LG Düsseldorf, Urte. vom 21.2.2007, EWIR 2007, 239 f.

4 Vgl. <http://www.carteldamageclaims.com/Taetigkeitsbereiche.htm>.

5 Vgl. Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts 2003/2004, S. 110, im Internet abrufbar unter http://cms.bundeskartellamt.de/wDeutsch/archiv/TB_Archiv/archiv_TB.php.

Den Schaden berechnet die Klägerin in Höhe der Differenz zwischen dem hypothetischen Marktpreis ohne Kartell und demjenigen Preis, den die Zedenten und Subzedenten zwischen 1993 und 2002 gezahlt haben.⁶ Ihrer Schadensberechnung legt die CDC den Durchschnitt der von allen Zedenten und Subzedenten über alle Regionen und alle Zementarten pro Jahr gezahlten Preise zugrunde. Bei der Menge der Zementlieferungen handelt es sich nach Angaben der CDC um Mindestmengen, die sich durch Kaufbelege und Lieferscheine belegen lassen. Tatsächlich seien die Bezugsmengen jedoch höher gewesen, weshalb die tatsächlichen Mengen ebenso wie der hypothetische Preis nach § 287 ZPO zu schätzen seien.

Daher hat die CDC die Schadensberechnung insgesamt in das Ermessen des Gerichts gestellt, jedoch mindestens rund 114 Mio. EUR gefordert. Dies entspricht einem Anteil von 75% des errechneten Gesamtschadens. Die CDC hat ihren Schadensvortrag durch Liefer- und Kaufbelege untermauert.

Die Beklagten hielten die Klage für unzulässig und haben die Zuständigkeit des Landgerichts Düsseldorf gerügt. Auch sei die Klageforderung nicht hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Der Schaden sei einer Schätzung nach § 287 ZPO nicht zugänglich. Die Bündelung der Zementlieferungen und die Berechnung des Schadens aufgrund von Durchschnittsmengen genügten den Anforderungen einer hinreichenden Individualisierung nicht. Zudem sei die Klägerin nicht prozessführungsbefugt. Bei den Abtretungen handle es sich um Einziehungsermächtigungen bzw. Inkassozessionen, so dass eine gewillkürte Prozessstandschaft vorliege. Diese sei nur bei einem schutzwürdigen Eigeninteresse an der gerichtlichen Geltendmachung der Forderungen zulässig. Darüber hinaus seien die Abtretungen wegen Verstosses gegen das Rechtsberatungsgesetz (und damit gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 BGB) und gegen die guten Sitten nach § 138 BGB nichtig.

Das Landgericht Düsseldorf hat die Zulässigkeit der Klage bejaht. Das OLG Düsseldorf hat das Zwischenurteil des Landgerichts Düsseldorf bestätigt und die Berufungen der Beklagten zurückgewiesen. Gemäss § 513 Abs. 2 ZPO könne eine Berufung nicht darauf gestützt werden, dass das Gericht des ersten Rechtszuges seine Zuständigkeit zu Unrecht angenommen habe.⁷ Zudem genüge die Klage den Anforderungen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Vom Erfordernis der Bestimmtheit des Antrags in Höhe eines bestimmten Betrages könne nur abgewichen werden, wenn die Schadenshö-

he im Ermessen des Gerichts stehe oder nach § 287 ZPO von einer gerichtlichen Schätzung abhängig gemacht werde. In diesem Fall sei es ausreichend, wenn der Kläger die Berechnungs- und Schätzungsgrundlagen umfassend darlegt und die Grössenordnung seiner Vorstellung, in der Regel durch die Angabe eines Mindestbetrags, beziffert. Diesen Anforderungen habe die Klägerin hier genügt, da sie einen Mindestbetrag beziffert und die entsprechenden Berechnungsgrundlagen genau dargelegt habe. Dass § 287 ZPO zur Bemessung des Ausmasses, in dem die verbotenen Kartellabsprachen zu einem überhöhten Preisniveau geführt haben, als Grundlage einer Schadensberechnung wegen der meist erheblichen Schwierigkeiten exakter Feststellungen, wie sich ein Preis ohne Kartell entwickelt hätte, anwendbar ist, sei weitgehend anerkannt.⁸ Auch die Menge des Zementbezugs sei – wie alle Positionen einer Schadensberechnung – einer Schätzung nach § 287 ZPO zugänglich, soweit deren exakte Ermittlung unverhältnismässig schwierig ist. Die Angabe der Liefermengen durch die Klägerin sei grundsätzlich als Ausgangsbasis für eine Schätzung der Schadenshöhe geeignet.

Die Klägerin sei auch prozessführungsbefugt, da sie ein eigenes Recht in eigenem Namen geltend macht, wenn sie behauptet, die Schadensersatzforderungen der Zedenten seien im Wege der Abtretung auf sie übertragen worden. Aufgrund des Wortlauts des Abtretungsvertrags sei nicht bloss von einer Einziehungsermächtigung auszugehen. Auch bei Annahme einer Inkassozession seien keine besonderen Anforderungen an eine Prozessführungsbefugnis der Klägerin zu stellen.

Schliesslich sei es eine Frage der Begründetheit, inwiefern die Abtretungen wegen Verstosses gegen das Rechtsberatungsgesetz⁹ oder die guten Sitten nach §§ 134, 138 BGB nichtig seien. Hinsichtlich der Zulässigkeit der Klage sei der Rechtsstreit damit entscheidungsreif.

Die Revision liess das OLG Düsseldorf nicht zu, da die Sache weder grundsätzliche Bedeutung habe, noch eine Entscheidung des BGH zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung notwendig sei (§ 543 Abs. 2 ZPO).

6 Diese Berechnung beruht auf dem sog. «zeitlichen Vergleichsmarktkonzept», nach dem die Marktpreise zu einem anderen Zeitpunkt als Vergleichsbasis herangezogen werden. Dieser Ansatz ist jedoch nicht unumstritten, weil gewährleistet sein muss, dass im Vergleichszeitpunkt alle die Marktergebnisse potenziell beeinflussenden Faktoren tatsächlich gleich sind und lediglich die Wettbewerbssituation eine andere ist. Diese Bedingungen sind jedoch nur schwer zu erfüllen. Vgl. EMMERICH, Kartellrecht, 11. Auflage, München 2008, § 27 Rz. 89 ff.; HERDZINA, Wettbewerbspolitik, 5. Auflage, Stuttgart 1999, S. 56 ff.; ALBACH, Als-Ob-Konzept und zeitlicher Vergleichsmarkt, Tübingen 1976.

7 Das Landgericht Düsseldorf hatte seine Zuständigkeit auf § 32 ZPO gestützt, da es sich um ein bundesweites Kartell gehandelt habe, dessen schädliche Auswirkungen auch im Gerichtsbezirk Düsseldorf eingetreten seien. Zudem seien die Beklagten Mittäter einer unerlaubten Handlung, so dass sie sich gegenseitig ihre Handlungen zurechnen lassen müssten.

8 Seit 2005 kann gem. § 33 Abs. 3 S. 3 GWB bei der Quantifizierung des Schadens «insbesondere der anteilige Gewinn, den das Unternehmen durch den Verstoß erlangt hat, berücksichtigt werden». Nach der Gesetzesbegründung soll hierdurch die Anspruchsdurchsetzung in Fällen erleichtert werden, in denen die Ermittlung hypothetischer Marktpreise auf Grundlage der Differenzmethode Schwierigkeiten bereitet, vgl. BT-Drs. 15/3640 vom 7. April 2004, 35. In der Literatur ist jedoch umstritten, ob die Norm ihr Ziel erreichen wird, vgl. EMMERICH, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 2 – GWB, 4. Auflage, München 2007, § 33 GWB, Rn. 62 ff. Im vorliegenden Fall fand sie in zeitlicher Hinsicht noch keine Anwendung.

9 Zum 1. Juli 2008 wurde das Rechtsberatungsgesetz von 1935 (RGBl. I, 1935, 1478) durch das Rechtsdienstleistungsgesetz (BGBl. I, 2007, 2840) abgelöst. Danach ist die Rechtsberatung durch Nicht-Rechtsanwälte in engen Grenzen auch für andere Berufsgruppen (z.B. Architekten oder Kfz-Werkstätten) möglich. Auch die Vereinbarung von Erfolgshonoraren für Rechtsanwälte ist nach einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, 12. 12. 2006, 1 BvR 2576/04) in engen Grenzen möglich, vgl. in diesem Sinne das Gesetz zur Neuordnung des Verbots der Vereinbarung von Erfolgshonoraren (BGBl. I, 2008, 1000), das am 1. Juli 2008 in Kraft getreten ist.

IV. Entscheidung des BGH

Gegen die Entscheidung des OLG Düsseldorf hat eine der Beklagten Nichtzulassungsbeschwerde nach § 544 ZPO erhoben. Der BGH wies diese jedoch zurück und teilte die Einschätzung des OLG, dass keiner der in § 543 Abs. 2 ZPO vorgesehenen Gründe vorgelegen habe, nach denen die Revision zugelassen werden musste. Dass in Fällen, in denen die Schadenshöhe von einer richterlichen Schätzung abhängt, ein unbezifferter Zahlungsantrag nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zulässig sein könne, entspreche gefestigter Rechtsprechung. Umfang und Komplexität des sich aus einer Bündelung verschiedener Ansprüche ergebenden Prozessstoffs allein führten nicht zur Unzulässigkeit der Klage. Auch komme es nicht darauf an, ob der massgebende Lebenssachverhalt vollständig beschrieben und der Klageanspruch schlüssig oder substantiiert dargelegt sei. Auf der Ebene der Zulässigkeit diene dies allein dazu, den Streitgegenstand festzulegen. Ebensovien spiele der geltend gemachte Verstoss gegen das Rechtsberatungsgesetz für die Zulässigkeit der Klage eine Rolle.

V. Fortsetzung des Ausgangsverfahrens

Das Landgericht Düsseldorf muss sich nunmehr mit der Begründetheit der Klage befassen, gegen die die Beklagten neben dem Verstoss gegen das Rechtsberatungsgesetz durch die Klägerin und der Sittenwidrigkeit der Abtretungen auch Parteiverrat und eine missbräuchliche Verschiebung des Prozesskostenrisikos geltend machen. Es ist nicht unwahrscheinlich, dass das Landgericht das Geschäftsmodell der Klägerin endgültig gutheisst, da es sich bereits im Zwischenurteil vom 21. Februar 2007 trotz Vorbehalts einer detaillierten Prüfung dahingehend geäussert hat, dass die Klägerin «durch Abtretung gemäss § 398 BGB Inhaberin der Forderungen» geworden sei. Ein Präzedenzfall zur materiellrechtlichen Seite der Abtretungslösung wird jedoch erst durch eine rechtskräftige Entscheidung zur Begründetheit geschaffen.

VI. Weitere Klagen gegen Beteiligte anderer Kartelle

Die CDC hat bereits gegen die Kartellbeteiligten des Wasserstoffperoxyds beim Landgericht Dortmund Klage erhoben und sich die Ansprüche von 32 Kunden des Kartells abtreten lassen. Das Wasserstoffperoxyd-Kartell wurde im Mai 2006 durch die EU-Kommission mit einer Busse von insgesamt 388 Mio. EUR belegt.¹⁰ CDC versucht jetzt, mehr als 600 Mio. Euro Schadenersatz von den Kartellmitgliedern zu erwirken. Parallel muss sich auf europäischer Ebene das Gericht Erster Instanz mit der Frage beschäftigen, ob die EU-Kommission¹¹ CDC zu Recht unter Berufung auf Art. 4 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Parlaments, des Rates und der Kommission den Zugang zur Verfahrensakte zum Wasserstoffperoxyd-Kartell verweigert hat (Rs. T-437/08).

¹⁰ COMP/F/C.38.620, Entscheidung der Kommission vom 3. Mai 2006, ABl. L 353 vom 13. 12. 2006, 54.

¹¹ ABl. L 145 vom 31. 5. 2001, 43.

VII. Rechtliche Bedeutung des Falls

Der Fall zeigt, dass nach deutschem Zivilrecht, das keine «class actions» kennt,¹² derartige «Quasi-Sammelklagen»¹³ bereits jetzt zulässig sind. Möglicherweise spielte bei den Entscheidungen der Düsseldorfer Gerichte und des BGH auch ein aufgrund eines Paradigmenwechsels auf EU-Ebene¹⁴ gestiegener Goodwill gegenüber der zivilrechtlichen Kartellrechtsdurchsetzung eine Rolle, wurde doch erst am 2. April 2008 das neue Weissbuch der Kommission zu «Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts» veröffentlicht, in dem die Kommission einen Bedarf nach «Mechanismen, die eine Bündelung der individuellen Schadenersatzforderungen von Opfern von Wettbewerbsverstössen ermöglichen» festgestellt hat.¹⁵ Für einen wirksamen kollektiven Rechtsschutz schlägt die Kommission in ihrem Weissbuch zwei einander ergänzende Mechanismen vor, nämlich zum einen Verbandsklagen von «qualifizierten Einrichtungen» und zum anderen Opt-in-Gruppenklagen, «zu denen sich einzelne Opfer ausdrücklich zusammenschliessen, um ihre jeweiligen Schadenersatzansprüche in einer einzigen Klage zusammenzufassen». Noch ist der deutsche Gesetzgeber in dieser Hinsicht nicht aktiv geworden. Der CDC-Fall zeigt jedoch, dass es bereits mit den heutigen rechtlichen Mitteln des deutschen Zivilrechts möglich ist, Schadenersatzansprüche zu bündeln und in einer einzigen Klage geltend zu machen.

Nach wie vor bleiben jedoch viele Fragen der zivilrechtlichen Durchsetzung von Kartellverstössen offen. So dürfte die CDC nur solche Forderungen aufkaufen, die ihr für die Durchsetzung besonders lohnenswert erscheinen. Verbraucher, an die der Schaden durchgereicht wurde, haben kein Klagerecht. Da nach herrschender Lehre¹⁶ durch den neuen § 33 Abs. 3 Satz 2 GWB die so genannte «passing on-defense»¹⁷ ausgeschlossen ist, ist zumindest sichergestellt, dass die direkten Abnehmer der Kartellmitglieder den Schaden einklagen können. Allerdings besteht so die Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme der Kartellbeteiligten.

¹² Abgesehen von den Musterverfahren nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG), das am 1. Oktober 2005 in Kraft getreten ist (vgl. <http://bundesrecht.juris.de/kapmug/index.html>). Dabei handelt es sich jedoch nicht um Sammelklagen im eigentlichen Sinne. Ob Sammelklagen in Deutschland überhaupt verfassungsrechtlich zulässig wären, ist unklar. Vgl. REUSCHLE, Ein neuer Weg zur Bündelung und Durchsetzung gleichgerichteter Ansprüche – Zum Entwurf eines Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes (KapMuG), WM 2004, 2334; ders., Möglichkeiten und Grenzen kollektiver Rechtsverfolgungen, WM 2004, 966; ders., Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, NZG 2004, 590; SCHNEIDER, Auf dem Weg zu Securities Class Actions in Deutschland? – Auswirkungen des KapMuG auf die Praxis kapitalmarktrechtlicher Streitigkeiten, BB 2005, 2249.

¹³ IMMENGA, BB 2007, 1.

¹⁴ Eingeläutet durch die Rechtsprechung des EuGH in den Fällen «Courage» und «Manfredi»; EuGH, Rs. C-453/99, Courage, Slg. 2001, I-6297; Rs. C-295/04, Manfredi, Slg. 2006, I-6619.

¹⁵ KOM(2008) 165 endgültig vom 2. April 2008; im Internet abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_de.pdf.

¹⁶ KERSTING, Perspektiven der privaten Rechtsdurchsetzung, in: Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 2008, S. 252, m.w.N.

¹⁷ Einwand der Schadensabwälzung durch den Kläger auf Dritte, i.d.R. Endkunden. Hierzu: TOPEL, in: Wiedemann, Kartellrecht, 2. Auflage 2008, § 50, Rz. 133 ff.; EMMERICH, Kartellrecht, 11. Auflage 2008, § 40, Rz. 13.

Klar ist jedoch, dass sich durch den Zementkartellfall die Aussichten für Kartellbeteiligte in Deutschland weiter verdüstert haben. Neben Rekordbussen durch das Bundeskartellamt drohen nun auch Rekord-Zivilklagen. Die Zahl kartellrechtlich motivierter Schadensersatzklagen, die seit dem Jahr 2005 auf ca. 300 beziffert wird, dürfte in nächster Zeit rasant steigen.¹⁸

Angesichts dieser Risiken dürfte es für viele Unternehmen nun noch wichtiger werden, eine wirkungsvolle Kartellrechts-Compliance einzuführen.¹⁹ Unabhängig von der Frage, inwieweit die so genannte «compliance defense» bei der Festsetzung von Bussgeldern sanktionsmindernd berücksichtigt wird, gilt es in erster Linie, frühzeitig kartellrechtliche Verhaltensprogramme zu etablieren, um Kartellrechtsverstöße gar nicht erst passieren zu lassen.²⁰

VIII. Rechtslage in der Schweiz

Auch nach schweizerischem Zivilrecht sind Klagen, wie sie die CDC durchführt, zulässig, sofern es sich dabei um Klagen aus eigenem Recht handelt.²¹ Die Literatur geht davon aus, dass der Abtretung kartellrechtlicher Ansprüche nach Art. 164 ff. OR nichts entgegensteht.²²

Eine gewillkürte Prozessstandschaft dagegen ist nach geltendem Schweizer Recht nicht zulässig.²³

18 Drei Jahre gegen ein Kartell, FAZ vom 7. 7. 2008, 13.

19 Hierzu KRAUSKOPF/ROCHAT, Wirksame kartellrechtliche Compliance, Anwaltsrevue 2/2009, S. 63; HAUSCHKA, Der Compliance-Beauftragte im Kartellrecht – Absicherungsstrategien für mittelständische Unternehmen, BB 2004, 1178; PAMPEL, Die Bedeutung von Compliance-Programmen im Kartellordnungswidrigkeitenrecht, BB 2007, 1636.

20 So auch IMMENGA, Für Kartellsünder bricht ein neues Zeitalter an: Nun soll es richtig weh tun! BB 2007, 1; WEIDENBACH, (Fn. 3), 849.

21 Vgl. zur zivilrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts die von HEINEMANN im Rahmen der Evaluation des Kartellgesetzes durchgeführte Studie vom 10. September 2008, im Internet abrufbar unter <http://www.weko.admin.ch/dokumentation/00216/index.html?lang=de>.

22 LANG, Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, Bern 2000, S. 72; SPITZ, Das Kartellzivilrecht und seine Zukunft nach der Revision des Kartellgesetzes 2003, SZW 2005, S. 119 f.; REYMOND, in: Tercier/Boret (Hrsg.), Droit de la concurrence, Commentaire romand, Basel 2002, Art. 12 LCart, Rn. 10.

23 BGE 78 II 274; hierzu auch GORDON-VRBA, Vielparteienprozesse, Zürich 2007, S. 151; LARDELLI, Die Einreden des Schuldners bei der Zession, Zürich 2008, S. 14.

Auch das Problem der Schadensbeifferung wird in der Schweiz nicht anders als in Deutschland gehandhabt. Nach Art. 42 Abs. 2 OR ist der nicht ziffermässig nachweisbare Schaden nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen. Da die Schadensbestimmung nach richterlichem Ermessen die Ausnahme gegenüber einer genauen Schadensberechnung sein soll, ist sie nur zulässig, sofern eine zahlenmässige, auf reale Daten gestützte Berechnung für den Geschädigten nicht möglich oder unzumutbar ist.²⁴ Da es in Kartellfällen unmöglich ist, die Preisentwicklung ohne das Kartell nachträglich zu bestimmen und insofern keine realen Daten vorhanden sind, wäre es daher auch nach schweizerischem Recht ausreichend, wenn – wie im vorliegenden Fall – die Berechnungsgrundlagen dargetan und ein vorgestellter Mindestbetrag genannt werden. Die Schätzung kann auch in Bezug auf die regelmässig bestellten Mengen durchgeführt werden, da auch diese zur Schadensbestimmung unerlässlich sind und eine auf reale Daten gestützte Berechnung nicht mehr möglich ist.

Auch stehen Klägern prozessuale Instrumente zur Seite, die eine Bezifferung des Schadens zunächst nicht erfordern. Zwar muss der Kläger bereits bei Klageerhebung sein Rechtsbegehren formulieren (Art. 221 Abs. 1 b ZPO²⁵). Er hat jedoch die Möglichkeit, zunächst eine unbezifferte Forderungsklage zu erheben (Art. 85 ZPO). Die Bezifferung erfolgt dann nach Abschluss des Beweisverfahrens. Der Kläger kann sich vorbehalten, erst in diesem Zeitpunkt zu entscheiden, ob er Schadensersatz oder Gewinnherausgabe geltend machen möchte.²⁶

Es erscheint daher nur noch als eine Frage der Zeit, bis sich auch schweizerische Zivilgerichte mit kartellrechtlichen Schadensersatzklagen befassen müssen.

24 SCHNYDER, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 3. Auflage, Basel, Art. 42, Rz. 10.

25 Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) vom 19. Dezember 2008, die voraussichtlich am 1. Januar 2011 in Kraft treten wird; BBl 2009, 21.

26 BORET, in: Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel, 2005, Rn. 13.45.