

Vorwort

Zentrales Reformprojekt der scheidenden Wettbewerbskommissarin *Kroes* ist die Stärkung der privaten Durchsetzung des europäischen Kartellrechts. Den Ausgangspunkt des Reformvorhabens bildete die Ashurst-Studie aus dem Jahre 2004. Das Urteil ihrer Verfasser fiel vernichtend aus. Privater Rechtsschutz durch Schadenersatzklagen bei Verletzung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln sei vollständig unterentwickelt. Hinzu kämen erstaunliche Unterschiede hinsichtlich der Ausgestaltung der privaten Rechtsschutzsysteme in den einzelnen Mitgliedsstaaten. Ein Jahr später veröffentlichte die Kommission das Grünbuch „Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts“. Im April 2008 folgte das entsprechende Weißbuch. Ein fertiger Richtlinienentwurf liegt in den Schubladen der Generaldirektion Wettbewerb. Eine unveröffentlichte Fassung von Juni 2009 ist im Umlauf. Die im Richtlinienentwurf vorgesehenen Maßnahmen sprechen fünf zentrale Problembeziehe privater Kartellschadenersatzklagen an. Es sind dies die Möglichkeit der kollektiven Rechtsdurchsetzung, der Zugang zu Beweismitteln, die Bindungswirkung nationaler Behördenentscheidungen, die Frage der Schadensabwälzung und die Verjährung privater Schadenersatzansprüche.

Der Studienkreis *Wettbewerb und Innovation* bietet Kartellrechtler aus Wissenschaft und Praxis Gelegenheit zum Austausch über aktuelle Entwicklungen in den Bereichen Wettbewerbsrecht, Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik. Seinen zweiten Studientag am 25.9.2009 widmete der Kreis den aktuellen Reformplänen der Kommission zum Thema „Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts“. Die in dem vorliegenden Band dokumentierten Beiträge basieren auf den bei dieser Gelegenheit gehaltenen Referaten.

Dank gebührt den Lehrstuhlmitarbeitern Christoph Stock und Benjamin Kohnke. Sie haben das Erscheinen des Bandes redaktionell betreut.

Tübingen, im Februar 2010

Wernhard Möschel

Florian Bien

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Inhaltsverzeichnis	7
I. Grundlagen und Rechtsvergleichung	
Ökonomische Aspekte der privaten Durchsetzung des Kartellrechts <i>Patrick F.E. Beschorner/Kai Hüschelrath</i>	9
Private Schadensersatzklagen wegen Kartellverstoßes - Die französische Perspektive <i>Anne Krenzer</i>	25
Kartellrechtliche Schadensersatzklagen à l'américaine? <i>Rainer Becker</i>	37
II. Zu den einzelnen Vorschläge der Europäischen Kommission	
Kollektiver Rechtschutz im Kartellrecht <i>Rolf Hempel</i>	71
Zugang zu Beweismitteln und Auskunftsanspruch - Die Regelungen des deutschen Rechts und des Weißbuchs im Vergleich <i>Rüdiger Wilhelm</i>	99
Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen <i>Michael Grünberger</i>	135
Zum Problem der Schadensabwälzung und seiner Analyse durch das KG in „Transportbeton“ <i>Friedrich Wenzel Bulst</i>	225
III. Ausblick	
Privatrechtliche oder strafrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts? <i>Florian Wagner-von Papp</i>	267

Herausgeber- und Autorenverzeichnis	307
Teilnehmerverzeichnis	309
Stichwortverzeichnis	311

Ökonomische Aspekte der privaten Durchsetzung des Kartellrechts

Patrick F.E. Beschorner, Kai Hüschelrath¹

A.	Einleitung	10
B.	Aufdecken und Verhindern von Kartellabsprachen	11
C.	Schadenersatz	12
D.	Passing-on defense	15
E.	Effizienz der Kronzeugenregelung	20
F.	Zusammenfassung und Schlussbetrachtung	22

¹ Wir danken Florian Bien für seine hilfreiche und ausführliche Kommentierung dieses Manuskripts, sowie den Teilnehmern des 2. Studentages des Studienkreises „Wettbewerb und Innovation“ für die anregende Diskussion.

A. Einleitung

Die Möglichkeit der privaten Durchsetzung des Kartellrechts lässt sich im Wesentlichen in zwei Bereiche unterteilen: Einflüsse auf Kartelle vor ihrer Aufdeckung und danach. Zum einen haben Kunden einen Anreiz ein Kartell aufzudecken, wenn sie erwarten, dass darauf hin die Preise sinken, die Qualität sich verbessert oder sonstige Einschränkungen aufgehoben werden. Auf diesen Anreiz hat die Einführung der privaten Durchsetzung von Schadensersatz im Kartellrecht einen stärkenden Einfluss. Zum anderen haben Geschädigte nach Aufdecken eines Kartells ein Interesse Schadensersatz zu erhalten. Der Schwerpunkt der Untersuchung wird im Folgenden auf dem zweiten Bereich liegen.

Mit der Diskussion um die private Kartellrechtsdurchsetzung folgt die EU-Kommission einer Vorgabe des EuGH.² Damit haben alle Bürger und Unternehmen einen Anspruch auf Schadensersatz gegen diejenigen, die ursächlich aus einer Verletzung des Wettbewerbsrechts einen Schaden herbeiführen.³ Die Diskussion im Rahmen des Grünbuchs und des Weißbuchs zielt darauf ab, die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Geschädigten zu verbessern, damit sie einen Anspruch auf Schadensersatz wirksamer durchsetzen können. Die hier untersuchten Regelungen beziehen sich auf Wettbewerbsverstöße im Allgemeinen. Dennoch konzentrieren wir uns im Rahmen dieses Aufsatzes auf Kartelle. Diese Beschränkung dient der Klarheit der Argumentation, auch wenn viele Aspekte auch auf andere Arten von Verstößen zu treffen.

Aus ökonomischer Sicht steht der Beitrag der privaten Kartellrechtsdurchsetzung zur Erhöhung der sozialen Wohlfahrt im Vordergrund.⁴ Grundsätzlich sollte ein Akteur die Kosten, die er verursacht, auch selbst tragen. Diese Kosten können sowohl auf der gleichen als auch auf vor- und nachgelagerten Wirtschaftsstufen entstehen. Wenn ein Kartell beispielsweise überhöhte Preise verlangt, sollte es den Schaden seiner Käufer oder Kunden übernehmen. Die Überlegungen zur Effizienz der Rechtsdurchsetzung umfassen aber auch ein Abwegen dieses Prinzips mit den Kosten der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen. Dies spielt beispielsweise bei der Festlegung von Anforderungen an die von Geschädigten vorzubringenden Beweise eine Rolle. In diesem Zusammenhang ist auch die Gefahr eines übermäßigen – möglicherweise missbräuchlichen – Gebrauchs dieses Instruments zu nennen.

Um auf diese verschiedenen Aspekte eingehen zu können, gliedert sich dieser Aufsatz zunächst in einen Abschnitt zur Aufdeckung und Verhinderung von Kartellen. Die anschließenden Abschnitte beziehen sich auf die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen nachdem ein Kartell aufgedeckt und festgestellt wurde sowie auf mögliche Konflikte mit der bestehenden Kronzeugenregelung. Wir schließen mit einer kurzen Zusammenfassung und einem Ausblick.

2 EuGH v. 20.9.2001, Rs. C-453/99 - *Courage/Crehan*, Slg. 2001, I-6297.

3 Siehe Kommission, Weißbuch Schadensersatzklagen, KOM (2008) 156 endg., S. 2.

4 Rubinfeld in E. Hawk (Hrsg.), Proceedings, 2009, 457.

B. Aufdecken und Verhindern von Kartellabsprachen

Die Stärkung der privaten Durchsetzung von Kartellrecht beeinflusst die Anreize zum Aufdecken von Kartellen ebenso wie die Anreize sie überhaupt einzugehen.⁵ Dass die Möglichkeit der privaten Durchsetzung des Wettbewerbsrechts einen Beitrag dazu leistet, Wettbewerbsverstöße überhaupt aufzudecken, wird in den Dokumenten der EU, dem Grünbuch, dem Weißbuch und den Begleitpapieren, nicht thematisiert. Wettbewerbsbehörden arbeiten ex officio an der Aufdeckung von Kartellen. Aufgrund der Kronzeugenregelung können Kartellmitglieder einen Anreiz haben, ein Kartell aufzudecken. Doch auch Geschädigte eines Kartells haben einen Anreiz Wettbewerbsverstöße, unter denen sie leiden, aufzudecken.

Typische Geschädigte von Kartellen sind die Unternehmen oder Personen, die Waren oder Dienstleistungen von Kartellmitgliedern beziehen. Ohne den Anspruch auf Schadensersatz besteht für diese Unternehmen oder Personen der Anreiz darin, die Fortsetzung des Kartells zu unterbinden, um so nicht weiter den negativen Folgen des Kartells ausgesetzt zu sein. Typischerweise sind dies überhöhte Preise.

Mit einer Stärkung der privaten Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, insbesondere des Anspruchs auf Schadensersatz, steigert sich dieser Anreiz. Dies bedeutet, dass Geschädigte von sich aus einen höheren Anreiz haben, einen Verstoß zu verfolgen und zur Anzeige zu bringen. Dieser Aspekt sollte nicht vernachlässigt werden, denn gerade die Kunden von Kartellmitgliedern sind mit den Marktgegebenheiten vertraut und können gegenüber Mitarbeitern von Behörden einen entscheidenden Wissensvorsprung haben.

Die Schadensersatzverpflichtung von Kartellmitgliedern hat eine abschreckende Wirkung ebenso wie ein Bußgeld, sollte aber nicht als Instrument zur Abschreckung oder Bestrafung eingesetzt werden. Die Stärke der Wirkung hängt alleine von der Höhe der Zahlung ab, denn die Abschreckung wird durch die Höhe der Summe aller Zahlungen im Falle der Aufdeckung bestimmt. Inwiefern Schadensersatzzahlungen den tatsächlichen Schaden überschreiten können sollen, ist eine Frage der nationalen Wettbewerbspolitik und kann sich zwischen verschiedenen Jurisdiktionen unterscheiden.^{6,7} An dieser Stelle hat die Wettbewerbspolitik zwei Instrumente, mit denen sie unabhängig voneinander die Abschreckung von Kartellen und die Anreizwirkung bei den Geschädigten beeinflussen kann. Daher ist es nicht erforderlich die Höhe des Schadensersatzes als Instrument zur Abschreckung zu nutzen, wenn hierfür das Instrument des Bußgeldes zur Verfügung steht.

Ein Schadensersatz, der über den erlittenen Schaden hinausgeht, würde außerdem die Anreize zu einem missbräuchlichen Einsatz von Schadensersatzklagen verstärken. Durch eine unberechtigte oder eine mit geringer Wahrscheinlichkeit berechtigte Schadensersatzklage können der beklagten Partei hohe Kosten aufgebürdet werden.

5 Siehe *Renda et al.*, Antitrust damages actions, 2007, S. 70ff.

6 Siehe *Rubinfeld* in E. Hawk (Hrsg.), Proceedings, 2009, 457, 899ff.

7 Treble Damages, die ein Dreifaches des tatsächlichen Schadens betragen, werden in den USA unter bestimmten Voraussetzungen zugesprochen.

Die Bereitstellung der zur Beweisführung notwendigen Unterlagen verursacht hohe Personalkosten seitens der Kartellanten. Obwohl eine Schadensersatzklage unrechtfertigt ist, kann die beklagte Partei bereit sein eine Zahlung im Rahmen eines Vergleichs zu leisten, alleine um die noch höheren Kosten eines Gerichtsverfahrens zu vermeiden. Solche in quasi erpresserischer Absicht eingereichten Klagen würden verstärkt auftreten, wenn der Schadensersatz um eine Betrafungskomponente ergänzt würde.

Auch wenn Schadensersatz nicht als Strafe mit einer abschreckenden Wirkung gedacht ist, so hat er diese Wirkung.⁸ Würde er jedoch dieses Ziel verfolgen, dann wäre das ideale Strafmaß so hoch, dass die erwartete Sanktion gerade dem Gewinn aus der rechtswidrigen Handlung entspricht. Dann würde sich ein Unternehmen durch seine Beteiligung an einem Kartell nicht besser stellen. Da die Wahrscheinlichkeit, dass die Sanktion verhängt wird, also von einem Betroffenen eingefordert wird, geringer als eins ist, muss die Sanktion höher sein als der tatsächliche Schaden. In Deutschland ist aber ein Anspruch auf Schadensersatz bis auf wenige zu vernachlässigende Ausnahmen niemals höher als der tatsächliche Schaden. Eine weitere Schwierigkeit wäre, dass man die Wahrscheinlichkeit der Sanktion und der folgenden Schadensersatzforderung ermitteln müsste. Dies ist aber nicht möglich, weil man stets nur Bußgelder gegen aufgedeckte Kartelle verhängen kann und die Wahrscheinlichkeit, dass ein Kartell unentdeckt bleibt sich nur sehr schwer und mit hoher Unsicherheit abschätzen lässt.

C. Schadenersatz

Schadensersatzforderungen bei Wettbewerbsverstößen können oft daran scheitern, dass die vermeintlich Geschädigten keinen Verstoß nachweisen können. Dies sei eines der größten Hindernisse bei der privaten Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen im Wettbewerbsrecht.⁹ Tatsächlich sind manche Verstöße nur schwer nachzuweisen, insbesondere, wenn nachgewiesen werden muss, dass eine benachteiligende Wirkung gerade das Motiv einer Entscheidung oder eines Verhaltens und nicht nur der Nebeneffekt einer ansonsten legitimen Unternehmensstrategie ist. Der Nachweis des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung ist schwer und nur mit relativ hohen Kosten zu erbringen. Dagegen ist ein Hardcore-Kartell eindeutig aufgedeckt, wenn die Dokumentation zu illegalen Absprachen einmal vorliegt. Ist ein Verstoß festgestellt worden, gehen das GWB in § 33 IV und das Weißbuch davon aus, dass dem Geschädigten keine Beweispflicht hinsichtlich des Verstoßes mehr obliegt. Dies ist jedoch umstritten und wird im Beitrag von Grünberger in dem

8 Rubinfeld in E. Hawk (Hrsg.), Proceedings, 2009, 457, 899.

9 Kommission, Staff Working Paper Damages actions, COM (2008) 165 final., S. 2. (im Folgenden zitiert als *Kommission, Arbeitspapier*); Rubinfeld in E. Hawk (Hrsg.), Proceedings, 2009, 457, 895.

vorliegenden Band erörtert. Dabei ist es unerheblich, ob der Geschädigte diesen Nachweis selbst erbracht hat oder dieser anderweitig erbracht wurde.

Die Diskussion um Schadensersatz wirft zwei Fragen auf: Wer soll einen Anspruch auf Schadensersatz erhalten? Und wie wird der Schaden bemessen? Beiden Fragen gehen wir in den folgenden Abschnitten nach. Wegen der Spezifität der Anreizwirkung der passing-on defense, wird dieser Komplex in einem eigenen Abschnitt behandelt.

In welcher Höhe entsteht ein Schaden? Bei der Feststellung des Schadens und der Ursache stellen sich zahlreiche Fragen konzeptioneller Art. Ob schon die Kartellabsprache oder erst die Verweigerung unter dem Kartellpreis an einen Kunden zu verkaufen die Ursache eines möglichen Schadens darstellt, kann strittig sein. Schließlich bedeutet der Vorwurf überhöhter Preise, dass es einen Referenzpreis geben muss, in Vergleich zu welchem der Kartellpreis als zu hoch angesehen wird. Intuitiv ist der Referenzpreis derjenige, der sich ohne die Kartellabsprache eingestellt hätte. Der Schaden des Kunden summiert sich dann aus der Preisdifferenz für jede gekaufte Einheit zuzüglich dem Einkommensverlust aus dem Rückgang der Verkaufsmenge infolge der Kostenerhöhung. Diese beiden Effekte, den Verteilungseffekt und den Allokationseffekt, beschreibt Hellwig (2006) en Détail. Der Schaden besteht also aus zwei Komponenten: Exzessive Kosten und entgangener Gewinn.

Ohne weitere Information kann man nur sagen, dass der Referenzpreis zwischen einem Wettbewerbspreis in Höhe der Grenzkosten der Produktion und dem Monopolpreis liegen wird. Dabei ist es sinnvoll anzunehmen, dass die Marktstruktur ohne die Kartellabsprache identisch gewesen wäre, obwohl es beispielsweise denkbar wäre, dass ohne das Kartell eines oder mehrere Unternehmen aus dem Markt ausgeschieden wären, niemals gegründet worden wären oder fusioniert hätten. So lange keine begründeten Hinweise vorliegen, dass sich ohne das Kartell eine andere Marktstruktur entwickelt hätte, sollte aus Gründen der Praktikabilität diese Annahme getroffen werden. Bei der Ermittlung des Referenzpreises sind verschiedene Verfahren aus theoretischer Sicht denkbar und praktikabel. Beispielsweise kann der Referenzpreis kostenbasiert ermittelt werden, oder es wird ein Vergleichsmarkt herangezogen. Als Vergleichsmarkt kann auch der gleiche Markt angesehen werden entweder bevor oder nachdem ein Kartell aufgedeckt wurde.¹⁰ Welches Verfahren nun besser geeignet ist, hängt von vielen Faktoren ab, darunter wie die Preissetzung in diesem Markt erfolgt.

Mit Hilfe des Referenzpreises lässt sich der Verteilungseffekt abschätzen. Allein dies ist schon schwierig, weil es kein gesichertes Verfahren gibt, das den Referenzpreis festlegt. Um ein Vielfaches schwieriger ist es den Allokationseffekt abzuschätzen, denn man müsste ermitteln, wie viel die Kunden zusätzlich nachgefragt hätten, wenn sie zum Referenzpreis hätten kaufen können. Diese Nachfragemenge wird beeinflusst durch die Qualität und die Preise der anderen Kartellmitglieder und auch

10 Ein solcher Ansatz gibt eine verzerrte Schätzung des Preisaufschlages wieder. Diese Verzerrung müsste gesondert berücksichtigt werden. Siehe Harrington, Journal of Industrial Economics 52, 4 (2004), 517.

durch die Nachfragesituation des Geschädigten. Selbst die Wahl der Produktions-technologie kann durch den überhöhten Preis des Vorproduktes beeinflusst worden sein. Hellwig (2006) zeigt, dass der Allokationseffekt, also der entgangene Gewinn, wenn ein Unternehmen weniger produziert und verkauft, weil es überhöhte Vorleis-tungspreise bezahlen muss, den Verteilungseffekt überwiegt. Dennoch wird dieser Effekt bei der Ermittlung häufig vernachlässigt.¹¹

Bei der Diskussion um die Höhe des Schadens wird oft vorgebracht, dass der un-mittelbar Geschädigte, der direkt von einem Kartellmitglied gekauft hat, den über-höhten Preis an seine Kunden wiederum weitergibt. Die passing-on defense bezeich-net dieses Argument, mit dem ein Kartellmitglied den Schadensersatzanspruch ver-mindern kann. Die juristische Perspektive hierzu wird im Beitrag von Bulst in die-sem Band dargelegt. Es ist zweifelsfrei richtig, dass der überhöhte Preis zumindest teilweise weitergegeben wird, so dass der Verteilungseffekt nicht in der vollen Höhe zu Lasten des unmittelbaren Käufers geht. Hellwig (2006) bemerkt, dass die Dis-kussion um die passing-on defense so lange unberechtigt ist, als der entgangene Ge-winn aus dem Allokationseffekt außer Acht bleibt; der letztere Effekt dominiert den Verteilungseffekt und wenn er nicht berücksichtigt wird, wäre es ungerechtfertigt auch noch den entgangenen Gewinn zu kürzen.

Die passing-on defense nicht zuzulassen, sehen wir nur als Notbehelf zum Schutz der unmittelbar vom Kartell Betroffenen. Zwar ist nach Hellwig der entgangene Ge-winn mindestens so hoch wie der Verteilungseffekt, aber er wird sich in einem Ver-fahren von dem Geschädigten nur schwer nachweisen und noch schwerer quantifi-zieren lassen.

Eine ähnlich pragmatische Lösung wäre den entgangenen Gewinn zu ersetzen und – bis auf einen gelungenen Nachweis seiner tatsächlichen Höhe – diesen in Hö-he des Verteilungseffektes anzusetzen. Zusätzlich erhält der Geschädigte Schadens-ersatz für den Verteilungseffekt, auf dem die passing-on defense anwendbar ist. Dieser Vorschlag hat den Vorteil, dass er eine bessere Näherung des tatsächlichen Scha-dens darstellt als den Allokationseffekt zu ignorieren. Unberührt bleiben in jedem Fall die Ansprüche der indirekt Geschädigten. Daraus ergibt sich ein weiterer Vor-teil des Vorschlags, auf den wir im nächsten Abschnitt eingehen.

Unabhängig von der passing-on defense erfahren mittelbar Betroffene, also Kun-den des direkt Geschädigten, einen Schaden, der sich ebenso zusammensetzt aus dem überhöhten Preis der gekauften Einheiten und dem entgangenen Gewinn aus den wegen des überhöhten Preisen nicht gekauften Einheiten.

Ob ein mittelbarer Schaden zu einem Schadensersatzanspruch führt, wird kritisch betrachtet, doch entgegen den Entscheidungen des U.S. Supreme Courts ist konzeptionell ein indirekter Schaden durchaus existent.¹² Daher sollen Ansprüche von indi-rekt Geschädigten in Europa berechtigt sein.¹³ In Deutschland sind die Meinungen

11 Siehe *Verboven/van Dijk*, Cartel damage claims, 2007.

12 Hanover Shoe Inc. v. United Shoe Machinery Corp. 392 U.S. 481 (1968). Illinois Brick Co. et al. v. Illinois et al. 431 U.S. 720 (1977).

13 Siehe *Kommission*, Weißbuch Schadensersatzklage, KOM (2008) 165 endg.

kontrovers.¹⁴ Dass ein mittelbarer Schaden entsteht und im Sinne des Weißbuches auch zu kompensieren ist, lässt sich aus dem folgenden Gedankenexperiment herleiten:

Anstelle direkt an Kunden zu verkaufen, verkaufen die Kartellmitglieder an eine eigens gegründete Vertriebsgesellschaft, die ihre Gewinne an die Kartellmitglieder auszahlt. Die Vertriebsgesellschaft kauft die Güter zum Kartellpreis und verkauft sie zum gleichen Preis weiter.

Einen mittelbaren Schaden nicht anzuerkennen würde in diesem Falle bedeuten, dass das Kartell schadlos bleibt. Dies widerspricht im Grundsatz der im Weißbuch dargestellten Position. In realen Fällen ist es schwieriger den mittelbaren Schaden zu erkennen und zu quantifizieren. Daher ist davon auszugehen, dass mit zunehmender Entfernung vom Kartell entlang der Wertschöpfungskette auch die Kosten des Schadensnachweises derart zunehmen, dass eine Durchsetzung eines Anspruches aus ökonomischen Gründen ausgeschlossen ist.

Zusammenfassend halten wir fest, dass Schaden durch überhöhte Preise und durch verminderte Nachfrage entsteht. Die passing-on defense soll Anwendung finden und es besteht ein Anspruch auf Schadensersatz seitens der mittelbar Betroffenen. Im folgenden Abschnitt befassen wir uns mit der Anreizwirkung der passing-on defense.

D. Passing-on defense

Im Grundsatz hat ein betroffener Abnehmer einen Anspruch auf Schadensersatz, der sich genau auf den tatsächlichlichen Schaden erstreckt.¹⁵ Aus diesem Grund muss ein Geschädigter das Argument der passing-on defense gegen sich gelten lassen. Die passing-on defense bezieht sich ausschließlich auf die Weitergabe von überhöhten Preisen. Der entgangene Gewinn einer nachgelagerten Wertschöpfungsstufe durch die verringerte Nachfrage bleibt von der passing-on defense unberührt. Für die Anreizwirkung des Kartellrechts ist es nicht erforderlich eine Bestrafungskomponente in die Schadensersatzzahlungen im Sinne von punitive damages einzubeziehen, denn diese Funktion wird durch das Bußgeldverfahren erfüllt. Das Bußgeld orientiert sich dann an den Umsätzen der Kartellmitglieder und nicht an den ungerechtfertigt erzielten Gewinnen.

Ein weiteres bestärkendes Argument für die passing-on defense ist, dass das Kartellmitglied nicht mehrfach in Anspruch genommen wird. Da mittelbar Betroffene auch einen Anspruch auf Entschädigung haben, würde ein Kartellmitglied mehr als den tatsächlichen Schaden als Entschädigung bezahlen müssen. Dann entstünde ein

14 Siehe *Bundeskartellamt*, Private Kartellrechtsdurchsetzung, Diskussionspapier Arbeitskreis Kartellrecht, 26.9.2005, S. 9 (abrufbar über www.bundeskartellamt.de).

15 *Bundeskartellamt*, Private Kartellrechtsdurchsetzung, Diskussionspapier Arbeitskreis Kartellrecht, 26.9.2005, S. 9; *Kommission*, Weißbuch Schadensersatzklage, KOM (2008) 165 endg., S. 10.

exzessiver Anreiz Schadensersatz geltend zu machen und es könnten unberechtigte Klagen provoziert werden.¹⁶ Außerdem wäre es im Extremfall denkbar, dass die Gesamthöhe der Schadensersatzzahlungen über alle Grenzen wächst, wenn die Wertschöpfungskette sehr lang ist.

Praktikabilitätsgründe alleine sollten kein Argument gegen die passing-on defense sein. Genannt werden eine hohe Zahl von Anspruchsstellern und eine komplexe Beweisführung.¹⁷ Dem Prinzip des Schadensausgleichs darf nicht entgegenstehen, dass hohe Kosten der Rechtsdurchsetzung erwartet werden. Dies trifft sicherlich nicht für alle Fälle zu und hätte zur Folge, dass Schadensersatz auch in Fällen, die klar nachzuweisen sind, unterbleibt.

In die Diskussion um die passing-on defense sind auch mittelbar Betroffene einzubeziehen. Unabhängig davon welches Rechtsprinzip zur Reichweite des verletzten Schutzgesetzes zugrunde gelegt wird,¹⁸ kann maximal der gesamte ökonomische Schaden an die Geschädigten ausgezahlt werden. Im Idealfall kann jeder Geschädigte seinen Schaden genau quantifizieren und nachweisen. Es ist jedoch davon auszugehen, dass dies schwierig und mit hohen Kosten verbunden ist, so dass jeder Schaden um so schwerer nachzuweisen ist, je weiter man sich in der Wertschöpfungskette von der kartellierten Stufe entfernt, so dass entferntere Stufen auf die Durchsetzung ihres Schadens eher verzichten werden.

Welche Anreize schafft nun die Einführung der passing-on defense? Auf den ersten Blick wird ein Kartellmitglied stets versuchen mit diesem Einwand den zu zahlenden Schadensersatz zu reduzieren. Es wird also nachzuweisen versuchen, dass sein Kunde den überhöhten Einkaufspreis wiederum an seine Kunden weiter gegeben hat. Der Geschädigte wird wiederum nachzuweisen versuchen, dass sein Verkaufspreis auch bei geringeren Wettbewerbspreisen auf dem vorgelagerten kartellierten Markt nicht niedriger gewesen wäre. Ein typisches Argument wird sein, dass eine Weiterwälzung aufgrund des starken Wettbewerbs nicht möglich wäre, weil sonst die Nachfrage zurückginge. Faktisch geht es in einem solchen Streit um den Anteil des Schadens, den die geschädigte Partei wiederum an seinen Kunden weitergegeben hat.

Unter bestimmten Annahmen hat ein Kartellmitglied keinen Anreiz Kosten für die Formulierung der passing-on defense aufzuwenden, denn die alleinige Wirkung wäre, dass der Schadensersatz nicht an den unmittelbar Geschädigten, sondern an die nächste Stufe in der Wertschöpfungskette ausgezahlt wird. Wenn man anerkennt, dass auch ein mittelbar Betroffener einen Anspruch auf Schadensersatz hat, sieht man auf den zweiten Blick, dass die passing-on defense die Funktion hat, den gesamten Schadensersatz auf verschiedene Stufen zu verteilen. Gelingt es dem Kartellmitglied dem unmittelbar Geschädigten nachzuweisen, dass er den überhöhten Preis

16 *Rubinfeld* in E. Hawk (Hrsg.), Proceedings, 2009, 457, 900.

17 *Bundeskartellamt*, Private Kartellrechtsdurchsetzung, Diskussionspapier Arbeitskreis Kartellrecht, 26.9.2005, S. 9.

18 Siehe *Bundeskartellamt*, Private Kartellrechtsdurchsetzung, Diskussionspapier Arbeitskreis Kartellrecht, 26.9.2005, S. 9.

zumindest teilweise abgewälzt hat, so ist dies unmittelbar der Schaden, den die zweite Stufe getragen hat. Im Idealfall kompensieren die Kartellmitglieder den gesamten Schaden, den sie verursacht haben. Dies entspricht in vollem Maße dem Anspruch des Weißbuchs. Eine wesentliche Annahme für das Zustandekommen dieses Falles ist, dass alle Parteien auf allen Stufen ihren Schaden kennen und nachweisen können und die Transaktionskosten so niedrig sind, dass sie kein Hemmnis für die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen darstellen. Ein konsequenter Vorschlag von Schinkel und Rüggeberg (2006) ist, dass der Gesamtschaden von einer zentralen Stelle, eine nationale Wettbewerbsbehörde oder DG COMP, ermittelt, konsolidiert und auf die verschiedenen Wirtschaftsstufen verteilt wird. Kritisch an einer solchen Vorgehensweise ist, dass die Ermittlung der Schadenshöhe und die Zuordnung auf einzelne Schädiger wegen hoher Informationskosten oder gar -defizite in vielen Fällen unmöglich sind. Dennoch würde man eine Abschätzung vornehmen müssen und dazu Recherchen durchführen. Dies ist natürlich mit Kosten verbunden, die von dieser zentralen Stelle getragen werden müssten. Während ein Kläger stets abwägt, ob der erwartete Nutzen von zusätzlichen Recherchen ihre Kosten wert sind, wäre es nahe liegend, dass man von einer zentralen Institution mehr Informationen verlangen würde, wenn man die Kosten ihrer Beschaffung nicht tragen braucht. Insofern würden die Kosten der privaten Rechtsdurchsetzung in ihrer Funktion als Maß für eine effiziente Rechtsdurchsetzung ausgehebelt, wenn sie von einer Behörde getragen würden. Es wäre exzessive Rechtsdurchsetzung zu erwarten. Vielmehr ist das Instrument der Class Action angebracht, weil es zumindest im Aggregat der Interessensvertretung Kosten und Nutzen in einer Hand vereint. Der Modus, nach dem ein Unternehmen sich an Sammelklagen beteiligen eröffnet vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten, insbesondere, ob ein aktiver Beitritt zu einer Gemeinschaft vonnöten sein soll, oder ob ohne sein Zutun ein Unternehmen vertreten wird.¹⁹ Wir kommen nun auf die Informationsannahme zurück und diskutieren welche Auswirkungen es hat, wenn sie – wie es in der Realität anzunehmen ist – nicht erfüllt ist.

Die Kosten des Schadensnachweises bilden eine natürliche Grenze innerhalb der Wertschöpfungskette, bis zu der ein Schadensersatzanspruch durchgesetzt werden kann. Unternehmen müssen abwägen, ob die Höhe des erwarteten Schadensersatzes die Kosten der Rechtsdurchsetzung rechtfertigen. Dabei hängt die Höhe des Schadensersatzes auch davon ab, ob die Kartellmitglieder die passing-on defense vorbringen. Auch darüber müssen die Betroffenen Unternehmen Erwartungen bilden. Tatsächlich wird es mit jeder Stufe schwieriger eine Kausalität nachzuweisen und eine Quantifizierung vorzunehmen, denn Informationsprobleme sind der Beweisführung immanent.

Mit jeder weiteren Stufe in der Wertschöpfungskette wird die Kausalität des Wettbewerbsverstoßes für überhöhte Preise für Vorleistungen verwässert. Wenn die Wertschöpfungskette ausreichend lang ist, können Kartellmitglieder davon ausgehen, dass der Schaden so weit diffundiert, dass einzelne Unternehmen keinen ökono-

19 Siehe hierzu *Van den Bergh/Keske* in: M.Casper u.a. (Hrsg.), Sammelklage, 2009, 17, sowie der Beitrag von *Hempel* in diesem Band.

mischen Anreiz mehr haben, ihren Schaden durchzusetzen. Die passing-on defense gibt den Kartellmitgliedern ein Instrument an die Hand, das es für nachgelagerte Wertschöpfungsstufen weniger attraktiv macht ihren Ersatzanspruch durchzusetzen.

Dem steht allerdings entgegen, dass ein Kartellmitglied, das die passing-on defense vorbringt, quantifizieren muss, welchen Schaden eine Stufe an die nächste weitergegeben hat.²⁰ Damit wären schon die Informationen aufgedeckt, die Unternehmen auf der folgende Stufe vortragen müssen, um Schadensersatz hinsichtlich des Verteilungseffektes zu fordern. Wenn diese Informationen verwendet werden dürfen und dadurch alle Informationsprobleme des Verteilungseffektes gelöst würden, würde die passing-on defense wirkungslos. Da jedoch diese Annahmen niemals in dieser Reinform erfüllt sind, wird der angesprochene Effekt auch nur in abgeschwächter Form auftreten können. Dennoch möchten wir dies anhand eines kurzen stilisierten Beispiels demonstrieren:

Es besteht ein Potential für Absprachen zwischen Schädiger und mittelbar Betroffenem zu Lasten des unmittelbar betroffenen Klägers auf Schadensersatz. Dies liegt daran, dass auf drei Wertschöpfungsstufen über die Höhe und die Verteilung des Schadensersatzes verhandelt wird. Es sei ein Kartellmitglied K den Schadensersatzansprüchen genau eines unmittelbar betroffenen Unternehmens U und genau einer mittelbar betroffenen Partei M ausgesetzt.

Schadensersatz besteht aus zwei Komponenten: überhöhte Preise und entgangener Gewinn durch reduzierte Nachfrage. Um die passing-on defense anzuwenden, kann K auf Informationen von M zurückgreifen. K und M können die Berechnung des entstandenen Schadens so darstellen, dass der Schaden zwar gering ist, aber vollständig von U weitergegeben wurde. Dass der Schadensersatz gering ausfällt, liegt im Interesse von K und dass die überhöhten Preise vollständig weiter gegeben wurden, liegt im Interesse von M. Um darzulegen, dass die Komponente des entgangenen Gewinns gering ausfällt, muss M erklären, dass es seine Nachfrage nicht zurückgefahren hat, obwohl der Preis überhöht war. Durch eine Absprache zwischen K und M können sie die von K zu leistende gesamte Schadensersatzzahlung reduzieren und M würde einen höheren Betrag erhalten als U erklären würde, weitergereicht zu haben.

Um die passing-on defense vorzubringen, ist der Zugriff auf Preis-, Kosten- und Nachfragedaten erforderlich. Nicht alle diese Daten liegen im Zugriffsbereich des beklagten Kartellmitglieds. Vielmehr wird das beklagte Kartellmitglied diese Dokumente vom Kläger, der zweiten Stufe, einfordern müssen oder mit den mittelbar Geschädigten auf der dritten Stufe kooperieren müssen. Hier ergibt sich ein Verhandlungs- und Kooperationspotenzial, das möglicherweise zu Lasten der zweiten Stufe geht: Der Beitrag, den Geschädigte auf der dritten Stufe zum Nachweis der passing-on defense leisten, vermag die Summe zu erhöhen, die sie selbst als Schadensersatz erhalten können und die den Schadensersatz an die zweite Stufe mindert. Im Extremfall ist der Schaden der zweiten Stufe nur ein durchlaufender Posten, wenn sie

20 Die umgekehrte Konstellation, dass der Geschädigte den Nachweis erbringen muss, welchen Teil des Kartellpreises er nicht weiterreichen konnte, wäre ungewöhnlich und umstritten.

die Preiserhöhung vollständig weiter gibt. Dann hätte die zweite Stufe gar keinen Schaden erfahren.

Dass dem Kläger kein Schaden entsteht, ist nur in dem Extremfall möglich, dass kein Allokationseffekt eintritt und die gesamte Preiserhöhung an die nachfolgende Stufe weitergegeben wird. Im Normalfall ist aber die Nachfrage preiselastisch. Dies bedeutet, dass die Kunden weniger von einem Gut nachfragen, wenn sein Preis steigt. Daher würde der Kläger nicht in vollem Umfang den überhöhten Preis an seine Kunden weiter geben.

Hinsichtlich der Beweislast befinden sich Kläger und Beklagter insofern in der symmetrischen Situation als sie der jeweils anderen Partei nachweisen müssen, wie hoch der Preis, den sie von ihren Kunden verlangen, ohne das Kartell gewesen wäre. Dabei sollen die Beweisanforderungen für die passing-on defense nicht niedriger sein als das dem geschädigten Kläger hinsichtlich des Schadens obliegende Beweismaß. So wird keine der Parteien systematisch bevorzugt oder benachteiligt. Da allerdings der weitergereichte Schaden demjenigen der nachgelagerten Stufe entspricht, liegen mit einem Schadensersatzverfahren Daten bereit, die es dem mittelbar Betroffenen erleichtern seine Forderung durchzusetzen. Dies muss insofern eingeschränkt werden, als Geschäftsgeheimnisse in einem Urteil in der Regel nicht veröffentlicht werden und nach einem Vergleich eine Veröffentlichung unterbleibt.

Das extreme Ergebnis des Beispiels, dass der Schaden des unmittelbar Geschädigten ein durchlaufender Posten ist, ist nur möglich, wenn die nachfolgenden Stufen perfekt informiert sind und ihren Schaden vollständig geltend machen können. Dies ist aufgrund von Informationskosten und Kosten der Rechtsdurchsetzung nicht realistisch. Daher ist davon auszugehen, dass nicht die gesamte Wertschöpfungskette sich an Schadensersatzklagen beteiligen wird. Dies bedeutet, dass das beklagte Kartellmitglied an einer Stufe der Wertschöpfungskette die passing-on defense vorbringen können wird, die folgende Stufe aber diesen Schaden nicht mehr geltend macht. Daraus ergibt sich für ein Kartellmitglied entgegen des Beispiels doch ein Anreiz die passing-on defense anzuwenden. Die Strategie ist also die Informations-situation eines Geschädigten und dessen Rechtsdurchsetzungskosten auszunutzen, um nicht den vollen Schaden ersetzen zu müssen.

Wir halten fest, dass die passing-on defense ein notwendiges Instrument zur Realisierung der Vorgaben des Weißbuchs ist. Nur mit der passing-on defense ist es möglich, dass ein Schaden in seiner tatsächlichen Höhe kompensiert wird. Unter besonderen Umständen kann es allerdings geschehen, dass die Anwendung der passing-on defense zu einer Benachteiligung des Anspruchsstellers führt. Im folgenden Abschnitt befassen wir uns mit der Anreizwirkung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung auf bestehende Kartelle.

E. Effizienz der Kronzeugenregelung

Die Kommission widmet ein Kapitel ihres Working Papers dem Zusammenhang zwischen privater Kartellrechtsdurchsetzung und der Wirksamkeit der Kronzeugenregelung bei Kartellen.²¹ Durch die Begründung des Anspruchs eines Geschädigten gegen den Kronzeugen entsteht ein Konflikt zwischen der Anreizwirkung der Straffreiheit des Kronzeugen und der Entschädigungsleistung gegenüber den Geschädigten.²²

Mehrere Vorschläge wurden in den Konsultationen des Grünbuchs vorgebracht. Das Spektrum reicht von vollständiger Freistellung von Ansprüchen durch Geschädigte des Kartells bis hin zur gesamtschuldnerischen Haftung für den gesamten vom Kartell verursachten Schaden. Je höher die mögliche Haftung des Kartellmitglieds desto geringer ist der Anreiz, die Kronzeugenregelung in Anspruch zu nehmen. Über den individuellen Anreiz hinaus, bedeutet dies auch, dass ein Kartellmitglied in geringerem Maße damit rechnen muss, dass ein anderes Kartellmitglied die Kronzeugenregelung in Anspruch nimmt. Vielmehr kann das Kartell mit überhöhten Gewinnen fortgeführt werden. Es wird also ersichtlich, dass die Ausgestaltung der Schadenshaftung durch die Kartellmitglieder und insbesondere die eines Kronzeugen erheblichen Einfluss auf die Stabilität eines Kartells haben kann. Dies muss abgewogen werden gegen den Anspruch eines Geschädigten auf vollständige Kompen-sation.

Indem ein Unternehmen als Kronzeuge auftritt und straffrei bleibt, hat es einerseits mehr Informationen offen gelegt als die anderen Kartellmitglieder und es hat wegen der Straffreiheit einen größeren finanziellen Spielraum. Kartellmitglieder können im Laufe der Zeit aus dem Markt ausgeschieden sein, oder aufgrund des Bußgeldes in finanzielle Engpässe gedrängt werden. Diese zwei Gründe machen den Kronzeugen besonders attraktiv für Unternehmen, die Schadensersatzansprüche geltend machen. Es ist denkbar, dass ein Kronzeuge bei der Frage der Entschädi-gung schlechter gestellt ist als andere Kartellmitglieder. Wenn dies der Fall ist, sollte über die Ausgestaltung der privaten Durchsetzung und der Haftungsregelung dieser Zustand abgeändert werden.²³

In welchem Maße ein Kronzeuge von der vollen gesamtschuldnerischen Haftung befreit werden soll, hat uneinheitliche Reaktionen hervorgerufen. Jede Einschrän-kung des Haftungsumfangs des Kronzeugen würde die Haftung der übrigen Kartell-mitglieder erhöhen, was als unangebracht angesehen wird. Immerhin scheint Einig-keit darüber zu herrschen, dass die Inanspruchnahme der Kronzeugenregelung nie-mandem zum Nachteil gereichen soll, insbesondere, weil dieses Unternehmen Dokumente offen gelegt hat, mit deren Hilfe sich ein Schaden leichter nachweisen

21 Kommission, Arbeitspapier, COM (2008) 165 final., S. 81ff.

22 Siehe Bulst, Bucerius L.J. 2008, 81 und Haucap, Wirtschaftsdienst 2009, 286., sowie der Beitrag von Krenzer in diesem Band.

23 Siehe Bulst, Bucerius L.J. 2008, 81, 88.

und quantifizieren lässt als bei anderen Kartellmitgliedern.²⁴ Zusätzlich soll der Kronzeuge nur denjenigen Geschädigten verpflichtet sein, die direkt oder indirekt von diesem Unternehmen ein Produkt oder eine Dienstleistung gekauft bzw. in Anspruch genommen haben.

Dieser Vorschlag kann als Kompromiss mehrere der geforderten Kriterien über die Ausgestaltung der Haftungsbegrenzung erfüllen: Erstens verlieren die Geschädigten eines Kartells nicht ihren Anspruch auf Entschädigung. Zweitens wird der Kronzeuge nicht der Gefahr ausgesetzt den gesamten Schaden aus dem Kartell zu tragen, oder ihn zumindest nach Befriedigung der Geschädigten von den anderen Kartellmitgliedern anteilmäßig wieder einfordern zu müssen. Drittens wird den Kartellmitgliedern keine größere Last aufgebürdet als der Schaden, den sie selbst verursacht haben. Diesem Vorschlag scheint die Vorstellung zu Grunde zu liegen, dass Schäden ausschließlich durch überhöhte Preise entstehen und von dem Unternehmen verursacht wird, von dem das Produkt oder die Dienstleistung bezogen wird.

Aus ökonomischer Sicht ist die Zuordnung des Schadens zu einem bestimmten Kartellmitglied aber schwierig. Warum? Der Schaden bemisst sich nicht nur aus dem Kartellaufschlag auf den Preis, den man in einem wettbewerblichen Markt bezahlt hätte. Aufgrund des Kartellpreisgefüges oder anderer im Rahmen der Kartellabsprache festgelegter Wettbewerbsparameter kauft man vielleicht von einem anderen Anbieter als man in einem wettbewerblichen Markt gekauft hätte. Die Kaufentscheidung wird nicht nur vom Preis, sondern auch von den Produkteigenschaften und vom Service und der geographischen Lage des Verkäufers beeinflusst und bei diesen nicht-monetären Charakteristika kann noch weniger abgeschätzt werden, wie sie sich außerhalb eines Kartells entwickelt hätten. Daher kann ein Schaden (Mehrpreis) nicht eindeutig dem Verkäufer und damit einem bestimmten Kartellmitglied zugeordnet werden, sondern es ist kausal die Kartellabsprache. Damit sind alle an der Absprache beteiligten Unternehmen in Anspruch zu nehmen.

Alle Kartellbeteiligten schulden gesamtschuldnerisch. Im Weißbuch wird dies diskutiert und die Beiträge aus der Anhörung sind da nicht eindeutig. Teilweise wird auch mit dem Gerechtigkeitsargument begründet, warum die Haftung des Kronzeugen begrenzt werden sollte. Zumindest sind sich alle einig, dass der Kronzeuge nicht schlechter gestellt werden soll als andere Kartellbeteiligte. Dies umfasst auch seine Position gegenüber den Geschädigten hinsichtlich der Beweisführung, weil der Kronzeuge zumindest schon Dokumente vorgelegt hat, die auch dem Gericht oder der EU-Kommission vorliegen und aus denen hervorgeht, wie die Kartellabsprache aussah und aufrechterhalten wurde. Dieses Beweismaterial kann auch Angaben dazu erhalten, wie überhöhte Preise festgesetzt wurden. Daher muss eine Regelung gefunden werden, die zwei Kriterien erfüllt: Der Kronzeuge wird nicht schlechter gestellt als die anderen Kartellmitglieder. Die Geschädigten werden nicht benachteiligt, indem Dokumente durch den Kronzeugen durch die Vorlage bei der Kommission nicht gegen den Zugriff durch Geschädigte immunisiert werden.

24 Siehe *Rubinfeld* in E. Hawk (Hrsg.), Proceedings, 2009, 457, S. 897.

Eine Begrenzung der Schadensersatzverpflichtung des Kronzeugen auf die Ansprüche derjenigen Betroffenen, mit denen er eine Vertragsbeziehung hat, würde zu mindest nicht systematisch den Anteil des Kronzeugen am Gesamtschaden unter- oder überschätzen.²⁵ Zusätzlich erhöht eine solche Beschränkung die Planungssicherheit für den Kronzeuge, so dass die Attraktivität der Kronzeugenregelung nicht unnötig eingeschränkt wird. Schließlich leistet eine solche Regelung auch einen Beitrag dazu, ein bestehendes Kartell zu destabilisieren. Ein Kartellmitglied, das seinen Anteil am Kartellgewinn als zu gering ansieht, kann das Kartell beenden ohne sich der Gefahr übermäßiger Schadensersatzansprüchen auszusetzen.

F. Zusammenfassung und Schlussbetrachtung

Wir halten fest, dass die private Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen einen Beitrag leistet, um Kartelle zu verhindern und die Schäden aufgedeckter Kartelle zu kompensieren. Die präventive Wirkung ergänzt die bisherigen Instrumente zur Aufdeckung von Kartellen. Daher werden Hardcore-Kartelle, die relativ leicht von potentiell Geschädigten aufgedeckt werden können, mit geringerer Wahrscheinlichkeit überhaupt erst eingerichtet.

Nach Aufdecken eines Kartells sollen Betroffene ihren Schaden in vollem Umfang, also die Verteilungswirkung und den Allokationseffekt, geltend machen dürfen. Kartellmitglieder sollen die passing-on defense entgegenhalten dürfen. Nur so kann prinzipiell eine Kompensation des vollen Schadens erfolgen. Dies wird nur gehemmt durch Kosten der Rechtsdurchsetzung. Die Gefahr der missbräuchlichen Kollusion zwischen Schädiger und mittelbar Geschädigten bei der Anwendung der passing-on defense besteht nur in besonderen Einzelfällen.

Dem Effekt, dass Kartelle weniger wahrscheinlich werden, steht entgegen, dass die Kronzeugenregelung weniger attraktiv wird, wenn der Kronzeuge sich mit dieser Rolle zugleich selbst Schadensersatzansprüchen aussetzt. Dies kann durch die Ausgestaltung seines Haftungsumfanges begrenzt werden und bedarf weiterer Klärung. Die Attraktivität der Kronzeugenregelung sinkt daher nicht per se. Die Zuordnung des Gesamtschadens auf die einzelnen Kartellmitglieder lässt sich konzeptionell nicht durchführen. Insbesondere ist die Zuordnung des Schadens eines betroffenen Unternehmens zu dem Kartellmitglied, mit dem es in einer Vertragsbeziehung steht, inkorrekt. Ursächlich ist alleine die Kartellvereinbarung, an der alle Kartellmitglieder beteiligt sind.

Wir befürworten die Initiative der Kommission, einen Rechtsrahmen für die private Durchsetzung des Kartellrechts zu schaffen. Bestehende methodische Ansätze greifen den weniger komplexen überhöhten Preisaufschlag auf. Dies ist allerdings nur ein Bestandteil des Schadens, da eine zurückgegangene Nachfrage einen erheblichen Bestandteil des Kartellschadens ausmachen kann. Für diese zweite Komponen-

25 Unbenommen bleibt eine Aufhebung dieser Beschränkung, falls sich die anderen Kartellanten später als zahlungsunfähig erweisen.

te sind bisher noch wenige Methoden erarbeitet und noch nicht in der Praxis anerkannt. Die Etablierung eines Rechtsrahmens für die Durchsetzung von Schadensersatzforderungen wird den Bedarf an solchen Methoden wecken und in der Folge werden sie auch entwickelt werden, denn erst jetzt entsteht hierfür die Notwendigkeit.

Es wird interessant sein, diese Entwicklung aus wissenschaftlicher Sicht zu verfolgen und zu beobachten, wie sich eine Systematik zur Durchsetzung verschiedener Arten von Kartellschäden durchsetzt. Dies wird eine durchgehende Zusammenarbeit von Juristen und Ökonomen erfordern.

Literaturverzeichnis

- Bulst, F.W., Of Arms and Armour – The European Commission’s White Paper on Damages Actions for Breach of EC Antitrust Law, in: Bucerius Law Journal 2008, 81-95.
- Bundeskartellamt, Private Kartellrechtsdurchsetzung – Stand, Probleme, Perspektiven, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 26. September 2005, http://cms.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/05_Proftag.pdf
- Europäische Kommission, Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM(2008) 165 final.
- Europäische Kommission, Weißbuch Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, KOM(2008) 165 endgültig.
- Harrington, J., Post-Cartel Pricing During Litigation, in: Journal of Industrial Economics 52 (2004), 517-533.
- Haucap, J., 2009, Kartellrecht – Verschärfung durch Sammelklagen, in: Wirtschaftsdienst 2009, 286.
- Hellwig, M., Private Damage Claims and the Passing-On Defense in Horizontal Price-Fixing Cases: an Economist’s Perspective, Preprints of the Max Planc Institute on Collective Goods, 2006/22.
- Renda, A. et al., Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios, Final Report for the European Commission, DG COMP/2006/A3/012.
- Rubinfeld, D.L., Evaluating Antitrust Enforcement: Economic Foundations, in: Barry E. Hawk (Hrsg.), Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute, 2009, Chapter 19, 457-469.
- Schinkel, M.P., J. Rüggeberg, Consolidating Antitrust Damages in Europe: A Proposal for Standing in Line with Efficient Private Enforcement, World Competition: Law and Economics Review 29 (2006), 395-420.
- Van den Bergh, R., S. Keske, Rechtsökonomische Aspekte der Sammelklage, in: M. Casper u.a. (Hrsg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, Sellier European Law Publisher, 2009, 17-40.
- Verboven, F., T. van Dijk, Cartel damage claims and the passing-on defense, Center for Economic Studies, Discussions Paper Series (DPS) 07.15 (<http://www.econ.kuleuven.be/ces/discussionapers/default.htm>), Mai 2007.

Private Schadensersatzklagen wegen Kartellverstoßes – Die französische Perspektive

Anne Krenzer¹

A.	Einführung : Das französische System der Schadensersatzklagen im Rahmen des Kartellrechts	26
I.	Rechtsgrundlage	26
II.	Schadensabwälzung	27
III.	Zuständigkeit	28
IV.	Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes	28
B.	Das Zusammenspiel der „öffentlichen“ und der „privaten“ Kartellrechtsdurchsetzung in Frankreich	30
I.	Die sogenannten „Stand alone“-Klagen in Frankreich	30
II.	Die sogenannten „Follow on“-Klagen in Frankreich	32
C.	Der Schutz des Kronzeugenregelungsantragstellers in Frankreich	33

1 Die in diesem Vortrag geäußerte Stellungnahme ist persönlich und bindet in keiner Weise die *Autorité de la concurrence*.

Der *Conseil de la concurrence* (jetzt *Autorité de la concurrence*) hat sich in einer Stellungnahme vom 21. September 2006 bezüglich der Einführung von *class actions* im Bereich des Kartellrechts geäußert. Er hat unterstrichen, dass das Auftreten wirkssamerer Schadensersatzklagen nur als eine Ergänzung der öffentlich-rechtlichen Klage angesehen werden sollte. In dieser Hinsicht sei es vor allem wichtig eine globale Kohärenz des Systems zu gewährleisten, indem man sicherstellt, dass die Durchsetzung der Privatklagen sich nicht nachteilig auf die Wirksamkeit der öffentlich-rechtlichen Verfahren auswirkt, sondern sich als positive Ergänzung der bereits bestehenden öffentlichen Marktregulierungsmechanismen darstellt.²

Im französischen Rechtssystem ist das Recht auf Wiedergutmachung eines durch einen anderen verursachten Schadens eines der Ältesten in Europa. Unmittelbar vor seiner Anerkennung im EG-Kartellrecht sieht man jedoch, dass gewisse Aspekte umstritten bleiben, und insbesondere die notwendige Vermittlung zwischen dem Recht der Opfer und der Wahrung des effizientesten Aufdeckungsmittels der schädlichsten Zuwiderhandlungen im Kartellrecht, der Kronzeugenprogramme.

A. Einführung : Das französische System der Schadensersatzklagen im Rahmen des Kartellrechts

I. Rechtsgrundlage

Da es keine speziellen Vorschriften gibt, ist es das allgemeine bürgerliche Haftungsrecht für Delikte, auf das sich die Schadensersatzklagen im Kartellrecht stützen.³ So beruhen die Schadensersatzklagen in Frankreich auf den Artikeln 1382⁴ und 1383⁵ des französischen bürgerlichen Gesetzbuchs (*Code civil*), das in dieser Hinsicht seit seiner Einführung durch Napoleon im Jahre 1804 unverändert geblieben ist. Das französische Verfassungsgericht (*Conseil constitutionnel*) hat dem Prinzip der Kompensation eines durch einen anderen verursachten Schadens im Jahre 1982 Verfassungswert zuerkannt.⁶

Nach französischem Recht setzt der Anspruch auf Schadensersatz voraus, dass das Opfer den Beweis der Verletzungshandlung, des Schadens und des direkten Kausalzusammenhangs zwischen der Verletzungshandlung und dem Schaden erbringt.

2 *Conseil de la concurrence*, avis du 21 septembre 2006 relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles, Rz. 3 (abrufbar unter www.autoritedelaconcurrence.fr).

3 *Cour de cassation*, Chambre com., 1.3.1982 - SPIEFEL / M. L'Hourre, Bull. civ., IV, S. 69, n° 76.

4 « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. »

5 « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence. »

6 *Conseil constitutionnel* v. 22.10.1982, D. 1983, S. 189.

Der Richter kann die Verletzungshandlung aus der einfachen Feststellung der Rechtsvorschriftsverletzung ableiten. Die französische Rechtssprechung ist der Ansicht, dass der Verstoß gegen die Art. L. 420-1⁷ und 420-2⁸ des französischen Handelsgesetzbuchs (*Code de commerce*) eine Schuld darstellt, die eine Schadensersatzklage gemäß den Art. 1382 und 1383 *Code civil* rechtfertigt.

II. Schadensabwälzung

Für Aufsehen in Frankreich sorgten zwei Gerichtsverfahren, welche sich den von der Europäischen Kommission betriebenen sogenannten „Vitaminkartellfall“ anschlossen. Zuständig waren die Handelsgerichte (*tribunaux de commerce*) von Nanterre (2006)⁹ und Paris (2007)¹⁰. Im ersten Fall wies das Gericht die Schadensersatzklage eines Zwischenhändlers (*distributeur*) ab. Die Richter begründeten die Abweisung damit, dass der Antragsteller die vorgeworfene Preiserhöhung seines Lieferanten an seine eigenen Kunden hätte weitergeben können. Der Schaden wäre demnach auf die Handelsstrategie des klägerischen Unternehmens zurückzuführen. Im zweiten Fall wird eine Schadensersatzklage für den Preisspannenverlust eines Vertreibers abgewiesen. Im Gegensatz zum ersten Fall wird hier darauf abgestellt, dass der Antragsteller es nicht geschafft hatte, das Ausmaß der durch das Kartell verursachten Preiserhöhung zu beweisen. Zugleich wies das Gericht aber auch den Antrag auf Bestellung eines Sachverständigen ab¹¹.

Diese beiden Fälle zeugen von der umstrittenen Problematik des „*passing on*“, das heißt der Situation, in der es einem vom Kartell unmittelbar betroffenen Kunden, der einen überhöhten Preis für das betroffene Produkt bezahlt hat, selbst möglich ist, das Produkt an seine Kunden zu einem überhöhten Preis weiterzuverkaufen, so dass seine Preisspanne letztlich unverändert bleibt. Die Frage ist also, ob in einem solchen Fall der Antrag des ursprünglichen Geschädigten abgewiesen werden sollte.

In Frankreich kann der Beklagte die Schadensabwälzung als Verteidigungsmittel gegen eine Schadensersatzklage verwenden. Die Wiedergutmachung einer Zuwidderhandlung im Kartellrecht soll dem tatsächlichen Schaden entsprechen. Um diesen tatsächlichen Schaden auszumachen, zieht der Richter verschiedene Aspekte in Betracht, unter anderem die Weitergabe der Preisüberhöhung durch den ursprünglich Geschädigten. In dieser Hinsicht entspricht das französische Recht dem von der europäischen Kommission angestrebten System.

7 Verbot von Kartellen.

8 Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung.

9 Tribunal de commerce de Nanterre v. 11.5.2006 - Arkopharma, RG n° 2004F02643.

10 Tribunal de commerce de Paris v. 26.1.2007 - Laboratoires Juva c/ Hoffmann Laroche, RG n° 2003048044.

11 *Jacqueline Riffault-Silk*, Private enforcement of European competition law: a short review of national judicial decisions, Revue Lamy de la concurrence, n° 16 - Juli/September 2008.

Im französischen Recht ist die Wiedergutmachung des Schadens vollständig. Der Schadensersatz muss den erlittenen Verlust sowie den entgangenen Gewinn ausgleichen.

III. Zuständigkeit

Die *Autorité de la concurrence* hat im Jahre 1990 darauf hingewiesen, dass die Verurteilung eines Unternehmens zur Zahlung von Schadenersatz gemäß Art. 1382 *Code civil* nicht in ihre Kompetenz fällt.¹²

Die gerichtliche Zuständigkeit für den Bereich Wettbewerb, gewerbliches Eigentum und Unternehmensinsolvenzen ist einer begrenzten Anzahl an Gerichten erster Instanz, nämlich acht Zivilgerichten und acht Handelsgerichten (*tribunaux de grande instances et tribunaux de commerce*) zugewiesen. Als Berufungsgericht ist allein die *Cour d'appel de Paris* zuständig.¹³

IV. Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes

Es gibt ebenfalls sogenannte „zivil-öffentlicht-rechtliche“ Klagen, größtenteils im Bereich der unlauteren Handlungen im Sinne des Art. L. 442-6 Abs. 3 *Code de commerce*¹⁴. Sie ermächtigen jede betroffene Person, u. a. den Wirtschaftsminister, den Präsidenten der *Autorité de la concurrence* und den Generalstaatsanwalt, Forderungen im Namen der Opfer unlauterer Handlungen geltend zu machen. Eine solche Klage setzt voraus, dass die Zu widerhandlung im Vorfeld festgestellt worden ist. Demnach kann sich die Körperschaft, die eine solche Klage in die Wege leitet, auf die Entscheidung der *Autorité de la concurrence* stützen und den Richter bitten, sich zu den Rechtsfolgen dieser Rechtsverletzung zu äußern.

Der französische Gesetzgeber hat berufsständische Vereinigungen dazu ermächtigt, Klagen im Fall von Handlungen zu erheben, welche der von ihnen vertretenen Branche oder dem Allgemeininteresse an einem lauteren Wettbewerb einen unmittelbaren oder mittelbaren Schaden zufügen. Zuständig sind die *tribunaux de grande*

12 Conseil de la concurrence v. 5.3.1991 - Entscheidung bezüglich eines Antrags auf einstweilige Verfügung des Unternehmens Audace et stratégies Genard Jacky und des Verbands Défense des commerçants et artisans à l'encontre de l'Office d'annonces, 91-MC-01 (abrufbar unter www.autoritedelaconcurrence.fr).

13 Décret v. 31.12.2005 - n° 2005-1756, Journal officiel n° 304, S. 2083.

14 « L'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article. [...] »

instance oder die *tribunaux de commerce* (Art. L. 470-7 *Code de commerce*¹⁵). Die Möglichkeit im Rahmen einer Zu widerhandlung im Kartellrecht zu klagen besteht ebenfalls für Verbraucherverbände (Art. L. 421-1¹⁶, L. 421-2 und L. 422-1 des französischen Konsumentenschutzgesetzbuchs (*Code de consommation*)). Leider funktioniert Letztere nicht immer einwandfrei. Dies wird durch den sogenannten „Handyfall“ veranschaulicht. Nachdem der *Conseil de la concurrence* im Jahre 2005¹⁷ eine Zu widerhandlung der französischen Handygesellschaften festgestellt hatte, entschied der Verbraucherschutzverband *UFC Que Choisir* sich dafür, eine „Follow on“-Klage beim Gericht einzureichen. Auf Grund der für einen Verband zu hohen Verfahrenskosten vor dem erstinstanzlichen Zivilgericht *Tribunal de grande instance* und dem zu risikoreichen Ermessen in der Sache eines Präzedenzfalls im Bereich der Schadensersatzklagen, hat es der Verband vorgezogen, das *Tribunal de commerce* anzurufen. Das *Tribunal de commerce* von Paris hat die Klage von *UFC Que Choisir* im Jahre 2007¹⁸ allerdings mit der Begründung abgewiesen, dass das Gesuch des Verbandes, sich von den einzelnen Geschädigten zur Vertretung ihrer Interessen mandatieren zu lassen, rechtswidrig sei. Der Verband hatte E-Mails an die Verbraucher gesendet, um diese dazu aufzufordern, sich der Klage anzuschließen. Solche Aufforderungen sind in Frankreich gemäß Art. L. 422-1 *Code de consommation*¹⁹ gesetzlich verboten.

- 15 « Les organisations professionnelles peuvent introduire l'action devant la juridiction civile ou commerciale pour les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession ou du secteur qu'elles représentent, ou à la loyauté de concurrence. »
- 16 Art. L. 421-1 Code de consommation: « Les associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs peuvent, si elles ont été agréées à cette fin, exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs. [...] »
- 17 *Conseil de la concurrence*, décision du 30 novembre 2005 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile (Entscheidung bezüglich festgestellter Handlungen im Sektor des Mobiltelefons), 05-D-65 (abrufbar unter: www.autoritedelaconcurrence.fr).
- 18 *Tribunal de commerce de Paris v. 6.12.2007 - Amblard, UFC Que Choisir / Bouygues Telecom*, RG 2006057440.
- 19 « Lorsque plusieurs consommateurs, personnes physiques, identifiés ont subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'un même professionnel, et qui ont une origine commune, toute association agréée et reconnue représentative sur le plan national en application des dispositions du titre Ier peut, si elle a été mandatée par au moins deux des consommateurs concernés, agir en réparation devant toute juridiction au nom de ces consommateurs. Le mandat ne peut être sollicité par voie d'appel public télévisé ou radiophonique, ni par voie d'affichage, de tract ou de lettre personnalisée. Il doit être donné par écrit par chaque consommateur. »

B. Das Zusammenspiel der „öffentlichen“ und der „privaten“ Kartellrechtsdurchsetzung in Frankreich

Wie in den anderen Rechtssystemen auch, gibt es in Frankreich zwei Arten von Schadensersatzklagen. Sie können entweder direkt vor den Gerichten, unabhängig von jeglicher vorherigen Entscheidung der *Autorité de la concurrence* über eine Kartellrechtsverletzung, oder als Folge einer Entscheidung der *Autorité de la concurrence*, die die Zuwiderhandlung des betroffenen Unternehmens feststellt, erhoben werden.

I. Die sogenannten „Stand alone“-Klagen in Frankreich

Private Schadensersatzklagen können unabhängig von öffentlich-rechtlichen Klagen vor Zivilgerichte gebracht werden. Man kann jedoch Schwierigkeiten in der Abstimmung zwischen den öffentlich-rechtlichen und den privat-rechtlichen Verfahren feststellen. Diese sind vor allem auf Mängel im System der bürgerlichen Haftung zurückzuführen.

Die Streitsachen im Kartellrecht sind sehr fachspezifisch und benötigen eine spezielle Begutachtung sowie besondere Untersuchungsmittel. Wenn ein Opfer die Wahl trifft, direkt durch ein gerichtliches Verfahren vorzugehen, ohne vorher die *Autorité de la concurrence* oder die europäische Kommission anzurufen, so muss es zwei Hürden nehmen: zum Erfordernis des Beweises der Verletzung der Wettbewerbsregeln tritt der Beweis der Kausalität zwischen der Verletzungshandlung und dem geltend gemachten Schaden.. Dies setzt voraus, dass der Antragsteller dem Richter die Beweisstücke vorlegt, die es ermöglichen, den Markt zu analysieren und die wirtschaftliche Auswirkung auf dem relevanten Markt zu ermessen.

Auf Grund der spezifischen Eigenschaften der Streitsachen in Wettbewerbsangelegenheiten und seines öffentlich-rechtlichen Charakters, sieht das französische Wettbewerbsrecht Regeln vor, die es dem Richter erlauben, die Wettbewerbsbehörden um Unterstützung zu ersuchen. Demnach kann die *Autorité de la concurrence* von den Gerichten angerufen werden, um Rat über nationales oder EG-Kartellrecht zu erteilen (Art. L. 462-3 *Code de commerce*). Dies gilt für Verfahren betreffend Art. L. 420-1²⁰, L. 420-2²¹ und L. 420-5²² *Code de commerce* sowie aus den Art. 81

20 « Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :
1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;
2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;
3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;
4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement. »

und 82 EG (jetzt Art. 101 und 102 AEUV). Im Jahre 2005 hat das erstinstanzlich für Kartellsachen zuständige *Tribunal de grande instance* von Paris den *Conseil de la concurrence* ersucht, in einem Fall von Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Patente, den relevanten Markt zu definieren.²³ Der damalige *Conseil de la concurrence* versteht seine Rolle im Fall von gutachterlichen Anfragen aufgrund von Art. L. 462-3 *Code de commerce* als derjenigen eines um Vorabentscheidung ersuchten Gerichts vergleichbar.²⁴ In dem erwähnten Verfahren äußerte sich der *Conseil* dahingehend, dass er sich an der Entscheidungspraxis des *Conseil d'Etat*, dem obersten französischen Verwaltungsgericht, orientiere, wenn er sich bei seiner Antwort innerhalb des Rahmens der gestellten Fragen bewegt.²⁵ Das habe zur Folge, dass der *Conseil de la concurrence* für den Fall, dass der Richter seine Frage auf ein bestimmtes Verteidigungsargument bezieht, sich nicht zu anderen Verteidigungsargumenten äußern darf, und zwar auch dann, wenn an ihnen ein öffentliches Interesse besteht.²⁶

In letzter Zeit kommt es vermehrt zu einer stärker ökonomisch orientierten Anwendung des Kartellrechts. Folge ist eine stärkere Fokussierung auf die Auswirkungen bestimmter wettbewerblich relevanter Verhaltensweisen. Das Konzept der marktbeherrschenden Stellung wird verstärkt auf die Minderung der Wettbewerbsin-

- 21 « Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.
 - Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme. »
- 22 « Sont prohibées les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits. [...] »
- 23 Tribunal de grande instance von Paris v. 26.1.2005, Luk Lamellen c/Valeo, anlassgebend für eine Stellungnahme des Conseil de la concurrence 05-D-20, 9.11.2005.
 - 24 *Conseil de la concurrence*, Stellungnahme bezüglich eines Antrags des *Tribunal de grande instance* von Paris über einen Rechtsstreit zwischen der Gesellschaft *Luk Lamellen* und der Gesellschaft *Valeo*, n° 05-A-20, 9. November 2005, Rz. 22 und 23 (abrufbar unter: www.autoritedelaconcurrence.fr).
 - 25 *Conseil d'Etat*, Section, 23.3.1956, *Piquet* (zitiert in *Conseil de la concurrence*, Stellungnahme bezüglich eines Antrags des *Tribunal de grande instance* von Paris über einen Rechtsstreit zwischen der Gesellschaft *Luk Lamellen* und der Gesellschaft *Valeo*, n° 05-A-20, 9. November 2005, Rz. 23).
 - 26 *Conseil d'Etat*, Section, 17.10.2003, *M. et Mme X... et autres* (zitiert in *Conseil de la concurrence*, Stellungnahme bezüglich eines Antrags des *Tribunal de grande instance* von Paris über einen Rechtsstreit zwischen der Gesellschaft *Luk Lamellen* und der Gesellschaft *Valeo*, n° 05-A-20, 9. November 2005, Rz. 23).

tensität gestützt. Jedoch erleichtert die Einführung einer mehr volkswirtschaftlich orientierten Analyse nicht die Aufgabe des Richters, wenn er eine unabhängige Klage untersucht, die sich nur auf die Streitsache bezieht, ohne Unterstützung einer Wettbewerbsbehörde und ohne die Möglichkeit, sich auf eine bereits erlassene Entscheidung stützen zu können.

II. Die sogenannten „Follow on“-Klagen in Frankreich

Das Verfahren einer „Follow on“-Klage erweist sich aus zeitlicher Sicht (zumindest für die am schwierigsten beweisbaren Verhaltensweisen) als die beste Lösung: zunächst erlässt die *Autorité de la concurrence* eine Entscheidung und setzt ein Bußgeld fest; dann ruft das Opfer, mit der Entscheidung in der Hand, den Zivilrichter an, um Schadensersatz zu erhalten.

Im französischen Recht bindet die Entscheidung der *Autorité de la concurrence*, die eine Zu widerhandlung feststellt, den Schadensersatzrichter nicht, selbst wenn sie endgültig ist. Der Richter kann sie jedoch als Hilfsmittel benutzen. Ein solches Hilfsmittel kann zum Beweis der Existenz und der rechtlichen Würdigung der Zu widerhandlung im Kartellrecht beitragen. Umgekehrt bindet das Urteil (zumindest im Falle einer Klageabweisung) eines Richters auch nicht die *Autorité de la concurrence* im Rahmen der Ausübung der Kompetenzen, die ihr der *Code de commerce* zur Verfolgung von Kartellverstößen zuteil werden lässt²⁷.

Eine Bindungswirkung der Entscheidungen der *Autorité de la concurrence* hätte den Vorteil, vor allem zweierlei Schwierigkeiten zu vermeiden: Das Risiko voneinander abweichender Entscheidungen zwischen der öffentlich-rechtlichen Behörde und dem Zivilrichter einerseits, und Abstimmungsschwierigkeiten zwischen behördlichem Verfahren einerseits und bürgerlich-rechtlichen Klagen andererseits. In Bezug auf diesen Punkt kann es zu Problemen kommen, wenn der Antragsteller das Verfahren vor der *Autorité de la concurrence* dadurch offenkundig macht, dass er eine Schadensersatzklage gerade in dem Moment vor den Zivilrichter bringt, in dem die *Autorité de la concurrence*, die wegen desselben Verhaltens angerufen wurde, dabei ist, Durchsuchungen durchzuführen. Die betroffenen Unternehmen mögen die Schadensersatzklage als Warnsignal deuten. Folge ist möglicherweise der Verlust von Beweismitteln und, damit die Wirkungslosigkeit auch des behördlichen Vorgehens.

Eine Bindungswirkung könnte die Lösung für ein weiteres Problem darstellen, das sich aus den Untersuchungsmitteln ergibt, die zur Feststellung eines Kartells oder einer marktbeherrschenden Stellung nötig sind (v. a. Gutachten) und die den Gerichtsbarkeiten gemäß des französischen Zivilprozessbuchs (*Code de procédure*

27 *Conseil de la concurrence*, décision du 17 juin 2004 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des pompes funèbres de la région grenobloise (Entscheidung bezüglich Handlungen auf dem Markt der Bestattungsinstitute in der Region von Grenoble), n° 04-D-21, Rz. 43 (abrufbar unter: www.autoritedelaconcurrence.fr).

civile) zur Verfügung stehen. Die bürgerlich-rechtlichen Regeln der Beweisführung reichen grundsätzlich aus, wenn es sich um Verhaltensweisen handelt, die auf vertraglicher Vereinbarung beruhen. Jedoch ist dies nicht unbedingt der Fall, wenn die Verhaltensweisen geheim gehalten werden. Nur die im Vorfeld bereits durch den Kläger identifizierten Dokumente können zur Herausgabe angeordnet werden.

Würde eine Bindungswirkung ins französische Kartellrecht und vergleichbare Rechtssysteme der anderen EU-Mitgliedstaaten eingeführt, so wäre ein Modell zu wünschen, dessen Bestimmungen sich gut in diese nationalen Rechtssysteme einfügen und die jeweiligen verfassungsrechtlichen Traditionen berücksichtigen.

Man müsste ebenfalls daran denken, dass die Verfahren vor den öffentlich-rechtlichen Wettbewerbsbehörden und vor den Gerichten weder dieselbe rechtliche Grundlage haben, noch denselben Zweck erfüllen. Die Wettbewerbsbehörde soll in der Tat bestrafen, während das Gericht ersetzen soll. Während die Zivilgerichte im Falle einer Schadensersatzklage nach der Schuld, dem Schaden und dem Kausalzusammenhang suchen sollen, so sind diese Bestandteile nicht unbedingt vereint im Falle einer Bußgeldentscheidung der *Autorité de la concurrence*.

C. Der Schutz des Kronzeugenregelungsantragstellers in Frankreich

Die Kronzeugenprogramme, auch Bonusregelungen genannt, erlauben es, die Unternehmen, die an einem Kartell teilnehmen, durch die Reduzierung des Bußgeldes, dazu zu bringen, diese für die Volkswirtschaft schädlichen Zu widerhandlungen, die nicht unbedingt durch klassische der Wettbewerbsbehörde zur Verfügung stehende Untersuchungsmittel entdeckt worden wären, selbst aufzudecken.

In Frankreich gibt es seit dem Jahre 2001 ein Kronzeugenprogramm (*Programme de clémence*). Dieses findet sich in legislativen Bestimmungen des *Code de commerce* wieder. Art. L. 464-2 Abs. 4 *Code de commerce* sieht vor, dass das Unternehmen, welches als erstes einen Bonusregelungsantrag stellt und die im Gesetz stehenden Bedingungen erfüllt, von der *Autorité de la concurrence* eine vollständige Befreiung von der Verpflichtung zur Zahlung eines Bußgeldes erhält.

Das Kronzeugenprogramm der *Autorité de la concurrence* kann auf eine Erfolgsschichte zurückblicken. Während zwischen den Jahren 2001 und 2007 nur ca. zwanzig Anträge beim *Conseil de la concurrence* eingegangen sind, so zählt man allein für 2008 achtzehn Anträge.²⁸

Mit einem verstärkten privaten Rechtschutz im Kartellrecht besteht nun das Risiko, dass die Anzahl der Bonusregelungsanträge abnimmt. Wenn ein Kronzeugenprogramm Anwendung findet, so bedeutet das, dass eine Schuld besteht, und dass eine Zu widerhandlung im Kartellrecht feststeht. Der Täter erlangt gegenüber der *Autorité de la concurrence* vollständige oder teilweise Immunität. Es darf nicht sein,

28 *Conseil de la concurrence*, Tätigkeitsbericht 2008 (abrufbar unter: www.autoritedelaconcurrence.fr), S. 55.

dass die Unternehmen, die einen Bonusregelungsantrag stellen, sich im Hinblick auf eine etwa nachfolgende zivilrechtliche Verurteilung in einer weniger günstigen Lage befinden als die anderen Unternehmen, die keinen Bonusantrag gestellt haben. Wäre dies der Fall, so bestünde das Risiko, dass sie sich zukünftig nicht mehr an die *Autorité de la concurrence* zu wenden. In einem Pressecommuniqué vom 2. März 2009 bezüglich des französischen Kronzeugenprogramms hat die *Autorité de la concurrence* klargestellt, dass die vollständige oder teilweise Befreiung von Bußgeldern durch die *Autorité de la concurrence* die betroffenen Unternehmen nicht vor den bürgerlich-rechtlichen Folgen schützt, die auf ihre Teilnahme an Zu widerhandlungen im Sinne des Art. L. 420-1 *Code de commerce* und/oder des Art. 81 EG (jetzt Art. 101 AEUV) zurückzuführen ist. Folglich ist es wichtig, den Anreiz des Kronzeugenprogramms aufrechtzuerhalten, wenn man nicht sowohl das behördliche wie auch das privatrechtliche Schadensersatzverfahren gefährden möchte. Mangels eines einschlägigen Präzedenzfalles, in dem es zu einem etwaigen Konflikt zwischen dem Schutz der Kronzeugen (nach französischem Recht) und dem Anspruch der Geschädigten auf privaten Schadensersatz kam, besteht noch Unsicherheit, in welcher Weise ein Kronzeuge vor den französischen Zivilgerichten privilegiert werden würde.

Nach Ansicht der *Autorité de la concurrence* soll der erforderliche Schutz des Kronzeugen nicht soweit gehen, ihn von jeder Pflicht zum Ersatz des Schadens zu befreien, den er seinen Konkurrenten und den Verbrauchern verursacht haben könnte.²⁹ Der *Autorité de la concurrence* zufolge sollte man jedoch in Betracht ziehen, dass, würde kein Unternehmen einen Bonusregelungsantrag stellen, die Handlung möglicherweise gar nicht enthüllt würde und es den Opfern infolgedessen gar nicht möglich wäre, eine Schadensersatzklage zu erheben. Schlimmer noch, sie werden weiterhin den durch das Kartell verursachten Schaden zu spüren bekommen. Mangels Kenntnis ihrer Existenz könnten weder die Wettbewerbsbehörde noch der Zivilrichter die Zu widerhandlung zu Fall bringen. Daher, weil sie die Aufdeckung wettbewerbswidriger Verhalten ermöglichen, die für den Verbraucher am schädlichsten sind und die ohne das Verfahren der „Selbstenthüllung“ immer noch aktiv wären, müssen die Kronzeugenprogramme als wirksames Mittel in den Händen der öffentlichen Wettbewerbsbehörden geschützt werden, um ihren Anreiz zu bewahren.

Daher ist es notwendig, die Vertraulichkeit der Aussagen der antragstellenden Unternehmen zum Kronzeugenprogramm bei den Wettbewerbsbehörden zu garantieren, um zu verhindern, dass sie zu anderen Zwecken verwendet werden. Das bedeutet, dass das Unternehmen, welchem die *Autorité* die Anwendung des Clémence-Programms zubilligt, zumindest nicht in eine ungünstigere Lage vor dem Zivilrichter gebracht werden sollte als diejenigen Unternehmen, die sich nicht dafür entschieden haben, das Kartell offenzulegen, und mit der Wettbewerbsbehörde zu kooperieren. Die Aussagen der Unternehmen im Rahmen eines Bonusregelungsantrags müssen gegen das Veröffentlichungsrisiko in Schadensersatzklagen vor dem Zivil-

29 *Conseil de la concurrence*, avis du 21 septembre 2006 relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles (abrufbar unter www.autoritedelaconcurrence.fr).

richter wirksam geschützt werden. Nur so kann das Risiko eines potentiellen Konflikts zwischen, einerseits, der Ermutigung der Unternehmen im Rahmen des Kronzeugenprogramms Zu widerhandlung zu enthüllen und, andererseits, der Entwicklung des privaten Rechtsschutzes gemindert werden.

In ihrer an die europäische Kommission gerichteten Stellungnahme bezüglich des Weißbuchs über Schadensersatzklagen³⁰, haben die französischen Behörden zutreffend darauf hingewiesen, dass es im aktuellen Stand des französischen Rechts gewisse Garantien gibt. Diese gewähren einen gewissen Schutz des Kronzeugen ohne dabei die Möglichkeit auf Wiedergutmachung des Geschädigten auszuschließen. So werden sämtliche Entscheidungen der *Autorité de la concurrence* begründet und samt Gründen im Internet veröffentlicht. Der Geschädigte hat also indirekten Zugang zu einem Teil der Aussagen der Bonusregelungsantragsteller. Darüber hinaus erscheint die Verpflichtung der Kronzeugen zur Herausgabe von Dokumenten entbehrlich oder jedenfalls unangebracht.

Außerdem kann der französische Richter alle sich im Besitz von Drittparteien befindlichen Dokumente zur Herausgabe oder Vorlage anfordern, wenn es kein legitimes Hindernis gibt (Art. 11 des *Nouveau Code de procédure civile*³¹). Die Ausnahmeregelung des „legitimen Hindernisses“ könnte für den Richter also durchaus ein Grund sein, die Pflicht zur Vorlage gewisser Dokumente mit Hinblick auf die vorherige Teilnahme des betroffenen Unternehmens am Kronzeugenprogramm auszuschließen.

Schließlich, während es in den *Common-law*-Ländern die *Discovery*- oder *Disclosure*-regel gibt, die den Parteien aufgibt, alle den Fall betreffenden Beweisstücke im Vorfeld vorzulegen, kann in Frankreich nur der Richter die Vorlage solcher Dokumente anordnen. Die Parteien sind nicht gezwungen, alle den Fall betreffenden Stütze zu übermitteln. Sie sind oft nur verpflichtet, Dokumente vorzulegen, wenn die andere Partei es geschafft hat, auszumachen und genau zu nennen, welche Dokumente sie sucht³².

Auf Grund dieser Garantien ist den Bonusregelungsantragstellern ein Minimum an Schutz gewährleistet. Die Frage über ein höheres Schutzniveau des Antragstellers, das das Recht auf Schadensersatz der Opfer von Kartellen verletzen könnte, hängt von der praktischen Wirkung der nach und nach ansteigenden Anzahl der

30 *Ständige Vertretung Frankreichs*, Anmerkungen der französischen Behörden, 21.7.2008 (abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/france_fr.pdf)

31 « [...] Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime. »

32 M. Chagny, J. Riffault-Silk, J.-P. Blin, D. Fasquelle, LIDC Konferenz Amsterdam, Les contentieux de droit privé (actions en réparation) dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles devraient-ils être encouragés et, si tel est le cas, à travers quelles mesures concrètes ?, 8.10.2006.

Schadensersatzklagen im Kartellrecht ab. Diese ist beim gegenwärtigen Stand der Dinge in Frankreich noch nicht wirklich messbar.

Man kann aber einen Blick auf die andere Seite des Atlantiks werfen. In den USA, auf Grund der starken Entwicklung des privaten Rechtsschutzes und der immer häufiger werdenden „*class actions*“, die zu „*treble damages*“ führen, stellen die privaten Klagen eine reelle und starke Bedrohung für die an Kartellen teilnehmenden Unternehmen und potentiellen Bonusregelungsantragstellern dar. Aus diesem Grund hat der amerikanische Gesetzgeber im Jahr 2004 das „*detribeling*“ des dem Bonusregelungsantragsteller aufgegebenen Schadensersatzes im *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* (« *ACPERA* ») eingeführt. Die Bestimmungen dieses Textes schützen den ersten Antragsteller vor einer Verurteilung zu Schadensersatz in der dreifachen Höhe des verursachten Schadens unter der Bedingung, dass dieser vollständig mit den Behörden kooperiert. Die Beurteilung dieses letzten Kriteriums obliegt dem Zivilrichter. Dieses Gesetz, das ursprünglich für eine Dauer von fünf Jahren erlassen worden war, ist kürzlich durch die Regierung von Barack Obama am 19. Juni 2009 um ein Jahr verlängert worden.

Der amerikanische Gesetzgeber ist sich also bewusst geworden, dass man den Bonusantragsteller schützen muss, ohne ihn seiner Schadensatzpflicht völlig entkommen zu lassen. Es handelt sich dabei um eine dem amerikanischen Rechtssystem entsprechende Lösung, von der man sich jedoch sicherlich in der europäischen Union in der Zukunft inspirieren könnte.

Heute sind in Frankreich Schadensersatzklagen im Kartellrecht möglich. Zahlenmäßig bleiben sie jedoch noch sehr gering. Die Antwort auf die Frage, ob die von der Kommission im Weißbuch sowie dem in Arbeit befindlichen Richtlinienentwurf vorgesehenen Schadensersatzklagen sich in der Praxis negativ auf die Kronzeugenprogramme auswirken werden, bleibt also noch abzuwarten. Im gegenwärtigen Stand des französischen Rechts stellt das Zusammenspiel der beiden Verfahren noch kein wirkliches Problem dar.

Kartellrechtliche Schadensersatzklagen à l'américaine?

Rainer Becker¹

A.	Einleitung	39
B.	Kartellrechtsspezifische Regelungen	41
I.	Funktion des kartellrechtlichen Schadensersatzes: Kompensation und Prävention	41
1.	Kartellrechtliche Schadensersatzklagen in den USA	41
2.	Der Ansatz des Weißbuchs die Judikatur des Gerichtshofs	42
3.	Verhältnis von Kompensation und Prävention im Weißbuch und US-amerikanischen Kartellrecht	43
II.	Anspruchsberechtigung und passing-on	45
1.	Judikatur von EuGH und US Supreme Court	45
2.	Der Vorschlag des Weißbuchs	46
III.	Art des zu gewährenden Schadensersatzes	47
1.	Treble damages des US-amerikanischen Kartellrechts	47
2.	Grünbuch und Weißbuch der Kommission	48
IV.	Kostentragung und Anwaltshonorare	49
1.	US-amerikanisches Recht	49
2.	EU-Mitgliedstaaten sowie Weißbuch und Grünbuch	50
C.	Relevante allgemeine Regelungen des US-amerikanischen Zivilprozesses	51
I.	Kollektiver Rechtsschutz	51
1.	Opt-out class actions des amerikanischen Rechts	52
2.	Der Lösungsvorschlag des Weißbuchs: opt-in Gruppenklagen und Verbandsklagen	53
3.	Unterschiede zwischen Weißbuch und der Rechtslage in den USA	54

1 Der vorliegende Beitrag gibt meine privaten Ansichten wieder, die nicht der Europäischen Kommission oder ihrer Generaldirektion Wettbewerb zugerechnet werden können. Teile des Beitrags gehen auf einen Vortrag zurück, den ich auf der Tagung „Wettbewerbsrecht 2008/2009: Novellen und Reformen“ im November 2008 gehalten habe (veröffentlicht in *Augenhofer, Europäisierung*, S. 15 ff.). Für hilfreiche Hinweise und Anregungen danke ich meinen Kollegen Dr. Wenzel Bulst LL.M., Eddy De Smijter, Dr. Frank Maier-Rigaud und Christian Vollrath, LL.M.

II.	Zugang zu Beweismitteln	55
1.	Pre-trial discovery und Klageanforderungen des US-amerikanischen Rechts	56
2.	Offenlegung von Beweisstücken nach dem Weißbuch	57
III.	<i>Jury</i> -Prozesse	60
D.	Zusammenspiel der verschiedenen Regelungen: Anreize und Wirkungen im US-Recht und Gegenüberstellung mit dem Weißbuch	60
I.	Hohe Bereitschaft zur Erhebung von (auch spekulativen) Klagen (litigation culture)	61
II.	Hohe Kosten und personelle Belastungen der Parteien durch das Zivilverfahren, insbesondere in der pre-trial discovery	62
III.	Hohe Schadensersatzsummen	63
IV.	Druck zur außergerichtlichen Streitbeilegung, Missbrauchspotential	64
E.	Fazit	66

A. Einleitung

Das Kartellrecht der USA ist traditionell eine Inspirationsquelle europäischer Rechtsordnungen. Für die behördliche Durchsetzung und die materiellen Regeln gilt dies auch in jüngerer Zeit, wenngleich mit Einschränkungen. Was das *private enforcement*, also die zivilrechtliche Geltendmachung und Durchsetzung des Kartellrechts angeht, ist das US-amerikanische Recht in der europäischen Diskussion ebenfalls allgegenwärtig, indes fast immer – und nicht ohne Grund – in der Rolle des abschreckenden Negativbeispiels.

Die Europäische Kommission sah sich zu der Bemerkung veranlasst, dass die im Weißbuch zu kartellrechtlichen Schadensersatzklagen vorgeschlagenen Maßnahmen² dank einer andersartigen rechtspolitischen Ausrichtung, spezifischer Vorkehrungen und der Anknüpfung an europäische Rechtstraditionen nicht zu den „in anderen Rechtsordnungen empfundenen Exzessen“ führen.³ Das Europäische Parlament und der Wirtschafts- und Sozialausschuss zeigten weniger diplomatische Scheu, die gemeinten „anderen Rechtsordnungen“ beim Namen zu nennen: Sie fordern für die EU „Garantien, [...] dass das System nicht missbraucht wird, wie dies [...] insbesondere in den Vereinigten Staaten der Fall gewesen ist“⁴ und die Vermeidung der „Gefahr missbräuchlicher Praktiken amerikanischer Prägung.“⁵ In der politischen Debatte über eine mögliche Gesetzgebungsinitiative zu kartellrechtlichen Schadens-

- 2 Siehe *Europäische Kommission*, Weißbuch, und das begleitende Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen. Überblick etwa bei *Bulst*, Bucerius Law Journal 2008, 81 ff.; *Komninos*, Concurrences 2-2008, 1 ff.; *Calisti / Kubik / Vollrath*, OZK 2008, 203 ff.; *Weidenbach / Salter*, BB 2008, S. 1020–1026; *Ritter*, WuW 2008, 762 ff.
- 3 *Europäische Kommission*, Weißbuch Abschnitt 1.2, Arbeitspapier, Tz. 58: „Combined with other features, such opt-out actions have in other jurisdictions been perceived to lead to excesses.“ Siehe auch Kommissarin Kroes in einer Rede auf der Tagung *Competition and Consumers in the 21st century*, Brüssel, 21. Oktober 2009: „At the same time, we must avoid excessive litigation. [Our proposal ...] will not be a US-style system; it will be a European system“.
- 4 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 26. März 2009, Erwägungsgrund I.: „in der Erwagung, dass es unabhängig von der Art der Beilegung eines Rechtsstreits von grundlegender Bedeutung ist, dass Verfahren und Garantien geschaffen werden, um zu gewährleisten, dass alle Parteien fair behandelt werden und dass gleichzeitig das System nicht missbraucht wird, wie dies in anderen Rechtsordnungen und insbesondere in den Vereinigten Staaten der Fall gewesen ist“.
- 5 Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses, Tz. 4.2.2: „Der EWSA begrüßt den breiten Konsens, [...] dass die EU die Gefahr missbräuchlicher Praktiken amerikanischer Prägung vermeiden muss. Anschlussmaßnahmen [zum Weißbuch] sollten die europäische Rechtskultur und -tradition widerspiegeln, zum Ziel allein Schadenersatz haben und ein ausgewogenes Verhältnis zwischen den Parteien herstellen [...].“ Tz. 1.1: „Der Ausschuss begrüßt das Weißbuch der Kommission [...] und [...] betont die Notwendigkeit wirksamerer Instrumente, die die Opfer von Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht in die Lage versetzen, für den erlittenen Schaden eine vollständige Wiedergutmachung zu erhalten.“

ersatzklagen auf europäischer Ebene ist das Schreckgespenst der „amerikanischen Verhältnisse“ ein alles andere überschattender Argumentationstopos.⁶

Die rechtsvergleichende Betrachtung und die Berücksichtigung von Erfahrungen anderer Rechtsordnungen, insbesondere auch der negativen, sind uneingeschränkt zu begrüßen – sie verstehen sich von selbst. An der gegenwärtigen Debatte in Europa überrascht allerdings, wie diffus bisweilen auf „amerikanische Zustände“ oder „Missstände des US-amerikanischen Rechts“ verwiesen wird. Aus europäischer Sicht rechtspolitisch bedenkliche Eigenheiten und ein Missbrauchspotential bestehen im US-amerikanischen Recht der kartellrechtlichen Schadensersatzklagen unbestrittenmaßen. Oftmals wird in der europäischen Debatte es jedoch nicht klar, welche Regelungsmechanismen des US-amerikanischen Rechts im Einzelnen gemeint sind, deren Wirkungen es zu vermeiden gelte. Auch verwundert es angesichts der erheblichen zwischen den USA und den meisten EU-Mitgliedstaaten bestehenden materiell- und prozessrechtlichen sowie rechtskulturellen und standesrechtlichen Unterschiede, wie schnell bisweilen der Schluss gezogen wird, bestimmte Maßnahmen würden in den europäischen Rechtsordnungen zu unerwünschten „amerikanischen Verhältnissen“ führen.

Um die Berechtigung derartiger Sorgen besser einschätzen zu können, erscheint es lohnenswert, zumindest kurorisch einige der Regeln in Erinnerung zu rufen, die den kartellrechtlichen Schadensersatzprozess in den USA prägen⁷, und sie mit ihren Auswirkungen den potentiellen Entsprechungen im Weißbuch⁸ und der Rechtslage in Europa gegenüberzustellen. Relevant sind hier zum einen (B.) jene kartellrechtspezifischen Regelungen, die gezielt starke Anreize für Kläger zur privaten Durchsetzung des US-Kartellrechts setzen. Dazu zählen die bundesrechtliche Konzentration der Klagebefugnis auf Erstabnehmer, die Vorschriften zum Dreifachschadensersatz (*treble damages*) und das einseitige *fee-shifting* zugunsten der Kläger. Zum anderen sind es (C.) einige allgemeine Regeln des US-amerikanischen Zivilprozesses, die in Verbindung mit den genannten kartellrechtsspezifischen Regeln eine besondere Dynamik entfalten. Hierbei handelt es sich um die *opt-out*-Sammelklagen, die *pre-trial discovery*, die fehlende Kostenerstattungspflicht im Unterliegensfall, die weitverbreitete Praxis von Erfolgshonoraren in Form von *quota litis*-Vereinbarungen sowie die Verhandlung vor *jury*-Gerichten. Eine Einschätzung verlangt schließlich (D.), die kartellrechtsspezifischen und die allgemeinen Regeln in ihrem Zusammenspiel und die aus diesem resultierenden Anreizmechanismen zu betrachten.

6 Siehe nur Niemeier, WuW 2008, 927 und Lehne, JUVE Rechtsmarkt 12/2009, 79. Aus der Presse siehe FTD v. 15.4.2009, S. 14.

7 Es kann selbstverständlich an dieser Stelle nicht das US-amerikanische Kartelldeliktsrecht und Kartellprozessrecht in seiner gesamten Komplexität und seinem rechtskulturellen Zusammenhang untersucht werden.

8 Zu etwaigen auf das Weißbuch folgenden Gesetzgebungsinitiativen und insbesondere zu in rechtswidriger Weise an die Öffentlichkeit gelangten internen Entwürfen der Kommission kann in diesem Beitrag nicht Stellung genommen werden.

B. Kartellrechtsspezifische Regelungen

Kartellrechtliche Schadensersatzprozesse werden in den USA zu Rechtsstreitigkeiten mit erheblichem Missbrauchspotential gezählt.⁹ Dies liegt neben den im US-Kartellrecht oftmals sehr hohen Streitwerten vor allem daran, dass zusätzlich zu dem ohnehin schon vergleichsweise klägerfreundlichen allgemeinen Zivilprozess das bundesrechtliche Kartellrecht die erwähnten besonderen Anreize zur Klageerhebung geschaffen hat, um eine zentral auf Abschreckung ausgerichtete rechtspolitische Zielsetzung zu verfolgen. Anzusetzen hat die Betrachtung daher sinnvollerweise mit einem Blick auf das unterschiedliche Verständnis von der Funktion, die Schadensersatz im Kartellrecht erfüllen soll. Die jeweilige, aus dem unterschiedlichen Verständnis folgende rechtspolitische Grundausrichtung zieht sich wie ein roter Faden durch die verschiedenen Einzelregelungen sowohl des US-amerikanischen Rechts als auch des Weißbuchs.

I. Funktion des kartellrechtlichen Schadensersatzes: Kompensation und Prävention

1. Kartellrechtliche Schadensersatzklagen in den USA

Kartellrechtlicher Schadensersatz dient natürlich auch in den USA der Kompensation der durch den Verstoß Geschädigten. Darüber hinaus weist das US-amerikanische Recht, wie im Folgenden noch näher zu zeigen sein wird, kartellrechtlichen Schadensersatzklagen nachdrücklich auch die Funktion zu, Fehlverhalten zivilrechtlich zu sanktionieren und eine möglichst wirksame Abschreckung von zukünftigen Rechtsverstößen zu bewirken. Die bundesrechtliche Regelung etwa zur Anspruchsberechtigung und Klagebefugnis sowie zum Dreifachschadensersatz zeigen deutlich, dass Sanktionierungs- und Abschreckungsgedanken gegenüber dem Schadensausgleich im Vordergrund stehen¹⁰. Das rechtspolitische Ziel wird oftmals dadurch veranschaulicht, dass Zivilkläger die Funktion von „private attorneys general“ erfüllen und mit ihrer Initiative und ihrem bisweilen vorhandenen Wissensvorsprung zur Aufdeckung und Verfolgung von Kartellverstößen und Missbrauchsfällen beitragen sollen¹¹. Dazu sind gezielt Anreize zur Erhebung von Schadensersatzklagen geschaffen worden¹². In der Tat wurden in den USA in den vergangenen Jahren über 95% aller kartellrechtlichen Gerichtsverfahren von solchen privaten „attorneys general“

9 Siehe unten D IV.

10 Näher unter B II 1 und B III 1.

11 Es liegt auf der Hand, dass diese *ratio* primär in Bezug auf Zivilklagen einschlägig ist, die sich *nicht* auf eine vorherige Behördenentscheidung stützen oder die materiell darüber hinaus gehen (wenn sich beispielweise die Behördenentscheidung auf Produkt A bezieht und die Zivilklage auf Produkt B, das einem benachbarten Markt zugehörig ist).

12 Vgl. Cavanagh, 61 Tul. L. Rev. (1987), 782.

betrieben und nur weniger als 5% von den mit der Antitrust-Verfolgung betrauten Behörden¹³.

2. Der Ansatz des Weißbuchs die Judikatur des Gerichtshofs

Aus dem breiten Spektrum der im Grünbuch¹⁴ aufgezeigten rechtspolitischen Optionen hat sich die Kommission demgegenüber im Weißbuch klar für ein *primär* auf Schadensausgleich ausgerichtetes Modell des Kartelldeliktsrechts entschieden und dieses insbesondere in den Vorschlägen zur Anspruchsberechtigung und zum kollektiven Rechtsschutz, zum Schadensbegriff und zur *passing-on*-Problematik konkretisiert. Anders als noch bei einigen Optionen des Gründbuchs ist vorrangiger Zweck der im Weißbuch vorgeschlagenen Regeln die Wiedergutmachung von rechtswidrig zugefügten Vermögensnachteilen, und zwar aller, gleichgültig, wem diese Schäden entstanden sind (hinreichende Kausalität und Zurechenbarkeit vorausgesetzt¹⁵). Es geht um den möglichst vollständigen Ausgleich von Schaden, nicht um Kompensation von Unrecht im Sinne von Vergeltung und Sanktionierung¹⁶.

Dieser vorrangig kompensatorische Ansatz und das dem Weißbuch zugrunde liegende Verständnis von der Rollenverteilung zwischen behördlicher und privater Durchsetzung des Deliktsrechts stehen in der Tradition der meisten EU-Mitgliedstaaten¹⁷. Allerdings gab und gibt es auch in Europa starke Befürworter eines stärker auf Sanktion und Abschreckung abstellenden Kartelldeliktsrechts¹⁸. Das hat nicht

13 Übersicht der Statistik seit 1980 bei *Abere*, Trends in Private Antitrust Litigation.

14 Europäische Kommission, Grünbuch; dazu etwa Eilmansberger, CMLR 2007, 431 ff.; *Komninos*, Private Antitrust Enforcement, S. 141 ff.

15 Siehe näher sogleich.

16 Zu dieser Funktion etwa im römischen Recht siehe näher *Jansen*, Struktur, S. 89 ff., 119 ff. Spezifisch zu den verschiedenen denkbaren Funktionen von kartellrechtlichen Schadensersatzklagen im Gesamtsystem der Rechtsordnung siehe etwa *Wils*, World Competition 2009, 3, unter B 1, 2 und 3.

17 Siehe für Deutschland etwa Art. 40 Abs. 3 EGBGB, der bestimmt, dass Ansprüche, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen, nicht geltend gemacht werden können, soweit sie wesentlich weiter gehen als zur angemessenen Entschädigung des Verletzten erforderlich oder offensichtlich anderen Zwecken als einer angemessenen Entschädigung des Verletzten dienen. Siehe auch BGHZ 118, 312 – Vollstreckbarerklärung eines US-Schadensersatzurteils sowie BVerfGE 91, 335 – Punitive Damages; die allerdings beide anerkennen, dass Strafschadensersatz teilweise Zielen dient, die mit der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland vereinbar sind (BVerfGE, a.a.O., 343 f., BGH, a.a.O., 340); das BVerfG hat betont, dass eine auf *punitive damages* gerichtete US-amerikanische Schadensersatzklage aus deutscher Sicht nicht gegen „unverzichtbare Grundsätze eines freiheitlichen Rechtsstaats“ verstößt (a.a.O.).

18 Siehe aus Deutschland im Kontext des Kartellrechts etwa *Monopolkommission*, Sondergutachten 41, Rz. 75-83.

zuletzt die Diskussion zu der im Grünbuch der Kommission aufgezeigten rechtspolitischen Option des doppelten Schadensersatzes verdeutlicht¹⁹.

Der vorrangig kompensatorische Grundansatz war in der Auslegung des Primärrechts durch den Gerichtshof keineswegs zwingend vorgegeben. Zwar hat der Gerichtshof entsprechend dem Kompensationsgedanken hervorgehoben, dass „jeder-mann“, der durch den Verstoß gegen Art. 81 EG (jetzt Art. 101 AEUV) geschädigt wurde, einen Anspruch auf Ersatz haben muss²⁰. Gleichzeitig betont er aber auch die präventiven Wirkungen, indem er festgestellt, dass Schadensersatzansprüche die „Durchsetzungskraft der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln [erhöhen] und geeignet [sind], von – oft verschleierten – Vereinbarungen oder Verhaltensweisen abzuhalten, die den Wettbewerb beschränken oder verfälschen können“. Schadensersatzklagen können daher „wesentlich zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs in der Gemeinschaft beitragen“²¹. Eine klare Rangfolge der rechtspolitischen Ziele Kompensation und Prävention hat der Gerichtshof in der *Manfredi*-Entscheidung allerdings nicht vorgegeben²². Bemerkenswert ist, dass der Gerichtshof auch pönale Elemente nicht von der Hand gewiesen hat. Er sah anscheinend keine im gemeinschaftsrechtlichen *ordre public* gründenden Bedenken gegen Strafschadensersatz (oder andere besondere Formen von „Schadensersatz“²³), wenn er es als Ausfluss des Äquivalenzgrundsatzes für gemeinschaftsrechtlich geboten hielt, dass Mitgliedstaaten, die Strafschadensersatz bei Verstößen gegen nationales Kartellrecht vorsehen, diesen auch bei Verstößen gegen Art. 81 und 82 EG (jetzt Art. 101 und 102 AEUV) zur Anwendung bringen müssen²⁴. Auf den *ne bis in idem*-Grundsatz, der für pönalen Schadensersatz bei Folgeklagen zu beachten ist, ist der Gerichtshof indes nicht eingegangen.

3. Verhältnis von Kompensation und Prävention im Weißbuch und US-amerikanischen Kartellrecht

Es ist indes keineswegs so, dass es der Kommission einzig um Kompensation ginge. Jede zivilrechtliche Haftungsnorm entfaltet verhaltenssteuernde Wirkungen, und

19 Siehe die Stellungnahmen zum Grünbuch unter <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/>

20 Siehe unten B II 1.

21 EuGH, Rs. C-295-298/04 – *Manfredi*, Slg. 2006 I-6619, Tz. 91, EuGH, Rs. C-453/99 – *Courage Ltd/Crehan*, Slg. 2001 I-6297, Tz. 27.

22 Siehe die Analyse der Rechtsprechung bei *Nebbia*, *E.L.Rev.* 2008, 35 f., für die beim EuGH die Kompensationsfunktion im Vordergrund steht. Dagegen *Drexel*, FS Canaris, 1339 ff., für den beim EuGH der Präventionsgedanke im Vordergrund steht.

23 Siehe etwa die englischen *restitutionary damages* (dazu etwa *Cook*, *Competition Policy International* 2008, 47 ff.); in gewisser Weise vergleichbar hiermit sind Abschöpfungsansprüche. Die vom EuGH ebenfalls erwähnten *exemplary damages* sind mit dem Strafschadensersatz verwandt.

24 EuGH, *Manfredi*, Tz. 93.

zwar sowohl general- als auch spezialpräventive. Dies betont die Kommission im Weißbuch ausdrücklich²⁵. Vollständiger Schadensausgleich durch den Rechtsverletzer bedeutet zwangsläufig eine Abschöpfung der rechtswidrigen Kartellrendite²⁶. Dies fließt in die Kosten-Nutzen-Kalkulation von potentiellen Kartellrechtsverletzern ein. Die resultierende zivilrechtliche Abschreckung stellt aus der Sicht des Weißbuchs einen begrüßten inhärenten Effekt dar²⁷. Die Kommission erkennt dem kartellrechtlichen Schadensersatz also durchaus eine Präventivfunktion zu, indes keine inhaltlich dominierende. Verstärktes *private enforcement* soll die Abschreckung durch öffentlichrechtliche Sanktionierung ergänzen, wenngleich es diese weder ersetzen kann noch soll²⁸. Diese Ergänzungsfunktion hat im Gemeinschaftsrecht eine besondere Tradition. Bereits in der Grundsatzentscheidung *Van Gend en Loos* betonte der Gerichtshof:

„Die Wachsamkeit der an der Wahrung ihrer Rechte interessierten Einzelnen stellt eine wirksame Kontrolle dar, welche die durch die Kommission und die Mitgliedstaaten [...] ausgeübte Kontrolle ergänzt“.²⁹

Der große Unterschied indes zwischen dem Funktionsverständnis von Schadensersatz in den USA und im Weißbuch liegt darin, dass bei einem Konflikt der Ziele Kompensation und Prävention das Weißbuch der Ausgleichsfunktion den Vorrang gegenüber der Abschreckungsfunktion einräumt. Schadensausgleich, also die Wiedergutmachung von rechtswidrig zugefügten Nachteilen durch den Schädiger, ist das dominierende und ausschlaggebende Ziel, der „policy driver“³⁰. Wenn in Einzelfragen das Ziel der Prävention eine andere Regelung nahe legen würde als das der Kompensation, so gibt das Weißbuch jener Lösung den Vorzug, die dem Ausgleichgedanken näher steht. Der Präventivfunktion kann also nur dann eigenständige Bedeutung zukommen, soweit sie nicht mit dem Ziel der Kompensation in Konflikt tritt. In den USA dominiert hingegen eindeutig der Abschreckungsgedanke. Dies zeigen etwa der Mehrfachschadensersatz, der zum „Ersatz“ von Schäden führen kann, die in der Höhe gar nicht entstanden sind, und die Regelung der Anspruchsbe-

25 Siehe Abschnitt 1.2 des Weißbuchs: „Wirksamere Entschädigungsmechanismen würden auch bedeuten, dass die Kosten der Wettbewerbsverstöße von den Rechtsverletzern getragen werden [...]. Wirksame Rechtsschutzinstrumente zur privaten Rechtsdurchsetzung erhöhen auch die Wahrscheinlichkeit, dass eine größere Anzahl rechtswidriger Wettbewerbsbeschränkungen aufgedeckt wird und die Rechtsverletzer zur Verantwortung gezogen werden. Verbesserungen bei der Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen würden somit zwangsläufig auch positive Effekte dahingehend entfalten, dass eine stärkere Abschreckungswirkung eintritt und dass die EG-Wettbewerbsvorschriften besser befolgt werden.“

26 Die Summe der von den Geschädigten auf der Marktgegenseite erlittenen Beeinträchtigungen übersteigt den erzielten Gewinn des Rechtsverletzers in der Regel deutlich.

27 Siehe etwa Weißbuch Abschnitt 1.2 sowie Impact Assessment Report, Tz. 61.

28 Weißbuch, a.a.O., „weiterhin starke behördliche Durchsetzung der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag durch die Kommission und die einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden.“

29 EuGH, 5.2.1963, Rs. 26-62 – *van Gend en Loos*, S. 26.

30 Siehe *Dekeyser / Becker / Calisti*, vor Punkt I.

rechtfertigung. Hierauf und auf weitere Beispiele wird im Folgenden näher eingegangen.

II. Anspruchsberechtigung und *passing-on*

1. Judikatur von EuGH und *US Supreme Court*

Aus der Feststellung des EuGH, dass „*jedermann* Ersatz des ihm entstandenen Schadens verlangen [kann], wenn zwischen dem Schaden und einem nach Artikel 81 EG (jetzt Art. 101 AEUV) verbotenen [...] Verhalten ein ursächlicher Zusammenhang besteht“³¹ folgt, dass innerstaatliches Recht nicht von vornherein ganzen Gruppen von potentiell massiv Geschädigten die Anspruchsberechtigung verweigern kann. Insbesondere Folgeabnehmer können, wenn die unmittelbaren Abnehmer die kartellrechtswidrigen Preisaufschläge abwälzen, einzeln oder als Gruppe ganz erhebliche Schäden erleiden, womit Kartellanten rechnen müssen. Mitgliedstaatliche Regeln hingegen, die eine Haftung unter normativen Kausalitäts-/Zurechnungsgesichtspunkten begrenzen, beispielsweise in Fällen unvorhersehbarer Kausalketten, sollten indes keinen Bedenken begegnen, soweit die Grenzen insbesondere des Effektivitätsgrundsatzes beachtet bleiben.³² Zum Einwand der Schadensabwälzung im *Kartellrecht* hat der EuGH bislang keine Aussage getroffen und auch aus seinen Bemerkungen zu der Thematik in anderem Zusammenhang lassen sich kaum zwingende Schlüsse ableiten³³.

In den USA hingegen verweigert bekanntlich das Bundesrecht Folgeabnehmern die Anspruchsberechtigung, versagt Kartellanten den Einwand der Schadensabwälzung (*passing-on defence*) und konzentriert so Klagen auf der Ebene der direkten Vertragspartner³⁴. Dies erklärt sich insbesondere aus dem Bestreben, durch mög-

31 EuGH, *Manfredi*, Tz. 61. (Hervorh. d.Verf.).

32 Vgl. *Becker / Bessot / De Smijter*, CPN 2008, Nr. 2, 6, Fn. 11. Der Gerichtshof verweist ausdrücklich auf das Verständnis und die Auslegung des Begriffs „ursächlicher Zusammenhang“ nach innerstaatlichem Recht EuGH, *Manfredi*, Tz. 64, womit auch normative Kausalitätsbegriffe gemeint sind, nicht nur die rein naturwissenschaftliche Kausalität (die ja nicht zwischen den Mitgliedstaaten divergiert). Einschränkungen der naturwissenschaftlichen Kausalität sind auch dem Gemeinschaftsrecht im Bereich der Staats- und Gemeinschaftshaftung wohlbekannt, ausführlich zum Ganzen m.w.Nachw. *Bulst* in diesem Band (unter C III) sowie ZEuP 2008, 192.

33 Zur Berücksichtigung der Abwälzung in Fällen der Erstattung von rechtswidrig erhobenen Abgaben („keine ungerechtfertigte Bereicherung“) siehe zuletzt EuGH, Rs. C-147/01 – *Weber's Wine World*, Slg. 2003, I-11365, Tz. 94 ff., Überblick dazu bei *Bulst* in diesem Band unter C III.

34 Zur fehlenden Anspruchsberechtigung von Folgeabnehmern nach Bundesrecht siehe *US Supreme Court*, Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 U.S. 720, 728–29 (1977). Zum Ausschluss der passing-on defence nach Bundesrecht siehe *US Supreme Court*, Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Mach. Corp., 392 U.S. 481, 494 (1968). Auf Ebene der US-Bundesstaaten sind als „Antwort“ auf die Leitentscheidungen des *Supreme Court* zahlreiche „Illinois Brick repealer

lichst viele erfolgreiche Klagen Abschreckungswirkung zu erzielen, was der US *Supreme Court* auf der Erstabnehmerebene für am wahrscheinlichsten hielt³⁵. Einen Grund hierfür sah das Gericht in der Vielzahl der Folgeabnehmer, der geringeren Anreize in Folge niedrigerer individueller Schadensbeträge und der Schwierigkeit und des Aufwands für sie nachzuweisen, dass und in welchem Umfang der Erstabnehmer einen aus dem Kartellverstoß resultierenden Preisaufschlag auf seine Kunden abgewälzt hat und inwieweit ein oder mehrere Zwischenabnehmer dies ihrerseits auch taten³⁶.

2. Der Vorschlag des Weißbuchs

Dementsprechend zeigt sich auch im Weißbuch die rechtspolitische Ausrichtung, nämlich die vorrangig kompensatorische Zielsetzung, deutlich in den Vorschlägen zur Anspruchsberechtigung und *passing-on defence*. Dem vorrangig kompensatorischen Ansatz des Weißbuchs entspricht es, den Schaden dort zu ersetzen, wo er – wirtschaftlich – letztlich besteht. Wenn also eine Abwälzung des Preisaufschlags auf Folgeabnehmer stattgefunden hat, darf diesem nicht die Möglichkeit verwehrt sein, Wiedergutmachung dieses Schadens zu erlangen.

Entsprechend will das Weißbuch Schädigern auch den Einwand der *passing-on defence* zubilligen³⁷, denn wenn der Erstabnehmer nach einer Abwälzung des Schadens auf seine Kunden letztlich keinen wirtschaftlichen Nachteil mehr trägt, besteht aus der vorrangig kompensatorischen Zielsetzung des Weißbuchs und unter Erwägungen der ausgleichenden Gerechtigkeit kein Bedürfnis mehr für einen Anspruch

statutes“ ergangenen, die für Verstöße gegen das state antitrust-Recht Folgeabnehmer als anspruchsberechtigt ansehen. Folge ist, dass Erstabnehmer nach Bundesrecht und Folgeabnehmer nach *state law* wegen eines Kartellverstoßes Klage erheben und Folgeabnehmer Ersatz für denselben rechtswidrigen Preisaufschlag vor föderalen Gerichten fordern können, was in der Praxis anscheinend nicht häufig vorkommt. Dazu *Bulst*, Schadensersatzansprüche, S. 329-331 sowie *Antitrust Modernization Commission* (AMC), Report, S. 268 ff. (mit dem Vorschlag, die Regeln aus *Illinois Brick* und *Hanover Shoe* partiell aufzuheben und eine Zusammenführung von Erst- und Folgeabnehmerklagen vor Bundesgerichten zuzulassen, Recommendation 47: „Overrule *Illinois Brick* and *Hanover Shoe* to the extent necessary to allow both direct and indirect purchasers to sue to recover for actual damages from violations of federal antitrust law. Damages in such actions could not exceed the overcharges (trebled) incurred by direct purchasers. Damages should be apportioned among all purchaser plaintiffs – both direct and indirect – in full satisfaction of their claims in accordance with the evidence as to the extent of the actual damages they suffered. [...] Allow consolidation of all direct and indirect purchaser actions in a single federal forum for both pre-trial and trial proceedings. [...].“).

35 Dies mag vielfach zutreffen, ist aber keineswegs immer der Fall. Nicht selten werden Erstabnehmer aus Rücksicht auf bestehende Geschäftsbeziehungen oder wirtschaftliche Abhängigkeit von einer Geltendmachung von Schadensersatz absehen.

36 *US Supreme Court*, *Illinois Brick*, a.a.O., 730-745.

37 Weißbuch Abschnitt 2.6.

auf Schadensersatz für den Preisaufschlag³⁸. Es ist indes höchst unwahrscheinlich, dass ein Erstabnehmer selbst bei vollständiger Abwälzung des Preisaufschlags auf Folgeabnehmer gar keinen wirtschaftlichen Nachteil erlitten hat³⁹. Denn die Anhebung der eigenen Verkaufspreise in Höhe des abgewälzten Preisaufschlags wird für den Erstabnehmer einen Absatzrückgang und Gewinneinbußen nach sich ziehen⁴⁰, die ihrerseits ersatzfähig sind. Der Schwierigkeit des anspruchsbegründenden Nachweises einer Schadensabwälzung durch Folgeabnehmer (möglicherweise über etliche nachgelagerte Marktstufen hinweg) berücksichtigt das Weißbuch bekanntlich auch, allerdings anders als das US-Bundesrecht mit einer deutlichen Beweiserleichterung zugunsten der Folgeabnehmer.

III. Art des zu gewährenden Schadensersatzes

1. *Treble damages* des US-amerikanischen Kartellrechts

In den USA sieht *Section 4* des *Clayton Act* (wie zuvor der *Sherman Act*) vor, dass für sämtliche Formen von Verstößen gegen das Antitrust-Recht automatisch das Dreifache des Schadens zu ersetzen ist⁴¹. Belaufen sich beispielsweise die ersatzfähigen Schadensposten auf \$1000, erhält der Geschädigte also \$3000. *Treble damages* sind eine Haupttriebkraft des *private enforcement* im US-amerikanischen Kartellrecht⁴². Mehrfachschadensersatz soll der Schwierigkeit von Zivilklagen Rech-

- 38 Bei einer vorrangigen Kompensationslogik drängt sich diese Folgerung auf. Wer Kompensation mit einer Stärkung der Abschreckungsfunktion kombinieren und etwaige Nachteile einer Beachtlichkeit des Abwälzungseinwands auf die prozessuale Situation von Direktabnehmern (Offenlegung ihrer Preiskalkulation) vermeiden möchte, mag erwägen, die Anspruchsberechnigung von Folgeabnehmern anzuerkennen und die *passing-on defence* gegenüber Direktabnehmern grundsätzlich auszuschließen, vgl. *Bulst*, Schadensersatzansprüche, S. 321 f.; *ders.*, *Bucerius Law Journal* 2008, 86 sowie in diesem Band.
- 39 Dies betont zutreffend EuGH, *Weber's Wine World*, Tz. 96 ff. Das Bild der „Abwälzung“ des Schadens hat daher eine gewisse Unschärfe, suggeriert es doch, dass ein Erstabnehmer sich seines Schadens durch Erhöhung der eigenen Preise entledigen könnte. Die kartellbedingte Erhöhung seiner Einkaufspreise wird immer entweder einen für ihn negativen Preiseffekt oder Mengeneffekt (oder beides) haben. Vgl. *Hellwig*, Private Damage Claims, S. 124 f.; *Beschorner / Hüschelrath*, in diesem Band, S. 6 f.; Arbeitspapier Weißbuch Tz. 102.
- 40 Die kartellbedingte Erhöhung seiner Einkaufspreise wird immer entweder einen für ihn negativen Preiseffekt oder Mengeneffekt (oder beides) haben. Vgl. *Hellwig*, Private Damage Claims, S. 124 f.; *Beschorner / Hüschelrath*, in diesem Band, S. 6 f.; Arbeitspapier Weißbuch Tz. 102.
- 41 15 U.S.C. § 15. Zu den sehr begrenzten Ausnahmen der automatischen Verdreifachung (in Kronzeugenfällen) siehe *AMC*, Report, S. 245. Der Dreifachschadensersatz des Sherman Act geht auf das englische Statute of Monopolies von 1623 (aufgehoben 1969) zurück, das für erfolgreiche Schadensersatzkläger *treble damages* und auch eine doppelte Erstattung der Prozesskosten vorsah, näher *Baker*, 16 Loyola Consumer Law Review (2004), 379-408.
- 42 Siehe *AMC*, Report: „The vitality of private antitrust enforcement in the United States is largely attributed to two factors: (1) the availability of treble damages plus costs and attorney fees.“

nung tragen und Geschädigten hinreichende Anreize geben, Klage zu erheben und damit als „private attorneys general“ tätig zu werden⁴³. *Treble damages* dienen sicherlich auch dem Ziel, Geschädigten verbesserte Kompensationsmöglichkeiten einzuräumen, sie verfolgen aber nach fast einhelligem Verständnis in erster Linie den Zweck, erhöhte Anreize zur Klage zu setzen und potentielle Rechtsverletzer abzuschrecken⁴⁴. Wenn vorrangiges Ziel von Schadensersatz die Spezial- und Generalprävention sein soll, sprechen relativ niedrige Aufdeckungsquoten, insbesondere von geheimen Horizontalabsprachen, in der Tat für Mehrfachschadensersatz: Bei einer Kartellrendite zum Beispiel von \$1000 und einer angenommenen Entdeckungswahrscheinlichkeit von 20%⁴⁵ besteht – unter Ausblendung behördlicher Sanktionierung – ein ökonomischer Anreiz zur Rechtstreue nur, wenn eine Schadensersatzpflicht von mindestens \$5001 droht, denn ansonsten ist der Ertrag durch das Kartellverhalten höher als die durchschnittlich erwartete Schadensersatzpflicht. Falls sich die Summe der ersatzfähigen Schadensposten auf mindestens \$5001 belaufen sollte⁴⁶ und die Schädiger auch mit einer entsprechenden Inanspruchnahme rechnen müssen, bestünde auch bei einfacherem Schadensersatz ein Anreiz, nicht gegen Kartellrecht zu verstößen. Ist die erwartete Schadensersatzpflicht niedriger, bedarf es eines Mehrfachschadensersatzes, um allein auf zivilrechtlichem Wege eine Abschreckungswirkung zu erzielen.

2. Grünbuch und Weißbuch der Kommission

Das Grünbuch der Kommission hatte noch für horizontale Kartelle einen Schadenersatz in doppelter Höhe erwogen, um einen deutlichen Anreiz für Zivilklagen zu setzen⁴⁷. Im Weißbuch finden sich derlei Erwägungen nicht mehr. Die Kommission

neys' fees, and (2) the U.S. class action mechanism, which allows plaintiffs to sue on behalf of both themselves and similarly situated, absent plaintiffs“ (S. 241); „central feature of private antitrust remedies is its provision for treble damage“ (S. 243).

- 43 Vgl. *AMC, Report*, S. 245 m.w.Nachw.
- 44 Die Diskussion der fünf Funktionen von *treble damages* durch die *AMC, Report*, S. 246, lässt deutlich werden, welche zentrale Rolle dem Abschreckungsgedanken zugemessen wird: bei den ersten drei und dem letzten der fünf diskutierten Ziele geht es zumindest teilweise um Abschreckung: „1. Deterrence. 2. Punishment. 3. Disgorgement of gains. 4. Compensation to victims. 5. Creating incentives for 'private attorneys general'.“
- 45 Diese Annahme (für die Zwecke des vorliegenden Beispiels) dürfte für Kartelle noch zu hoch sein, insbesondere angesichts der in Europa schwächer ausgeprägten Ermittlungskompetenzen, vgl. die Übersicht zu Studien zur Entdeckungswahrscheinlichkeit in *Renda et al., Antitrust damages actions*, S. 73 m.w.Nachw.
- 46 Der entstandene Schaden muss sich insbesondere angesichts des möglichen gemeinsamen Auftretens von Preiseffekten (Preisaufschlag) und Mengeneffekten (entgangene Gewinne bei Abwälzung des Aufschlags) keineswegs mit der Kartellrendite decken. Eine Differenz von 500% erscheint aber äußerst unwahrscheinlich.
- 47 Grünbuch Option 16, Arbeitspapier Grünbuch Tz. 150.

hat sich für rein kompensatorisch konzipierten Schadensersatz ausgesprochen⁴⁸, obwohl die Judikatur des EuGH in der Rechtssache *Manfredi* eine Einführung von Mehrfachschadensersatz wohl nicht ausgeschlossen hätte⁴⁹. Das Weißbuch enthält damit keinen Anreiz zur Klage, wie er mit den *punitive damages* in den USA vergleichbar wäre⁵⁰, die in die Taschen des erfolgreichen Klägers (und seiner Anwälte) fließen. Schadensersatz umfasst nach dem Weißbuch den vollständigen Ersatz aller erlittenen Einbußen und entgangenen Gewinne sowie die Zahlung von Zinsen ab Schadenseintritt⁵¹. Sanktionierung und Abschreckung sind nach der Vorstellung des Weißbuchs primär Aufgabe staatlicher Behörden, für die dieser durch hoheitliche Ermittlungsbefugnisse, die Verpflichtung zu gemeinwohlorientiertem Handeln und Setzen von Prioritäten, die Bindung an das Legalitätsprinzip und seine Spezialisierungsvorteile im Vergleich zu *private attorneys general* besonders gut geeignet ist. Abschreckung durch zivilrechtliche Rechtsfolgen ist nach dem Verständnis des Weißbuchs aber nicht die Hauptfunktion der zivilrechtlichen Haftungsregeln.

IV. Kostentragung und Anwaltshonorare

1. US-amerikanisches Recht

Auch in den US-amerikanischen Regeln zur Kostentragung zeigt sich deutlich die rechtspolitische Ausrichtung des dortigen Kartelldeliktsrechts, das vor allem eine Abschreckungsfunktion erfüllen soll. Section 4 Clayton Act bestimmt eine klägerprivilegierende Ausnahme von der allgemeinen US-amerikanischen Regel, dass die Gerichtskosten von der unterliegenden Partei und die außergerichtlichen Kosten von jeder Partei selbst getragen werden. Im Kartelldeliktsrecht gilt nach dieser Ausnahme, dass dem Kläger im Obsiegensfalle seine angemessenen Anwaltskosten zuersetzen sind, während der Beklagte diese nach den allgemeinen Regeln selbst tragen muss, auch wenn er den Rechtsstreit gewinnt (sog. *one-way fee-shifting*). Der angestrebte Anreiz für *private attorneys general* zur Klage ist unverkennbar⁵².

48 Weißbuch Abschnitte 1.2. und 2.5.

49 Siehe oben B I 2.

50 Ein Vergleich lässt sich indes sicherlich nicht eins zu eins durchführen, u.a. weil in der US-Rechtswirklichkeit zugesprochener Schadensersatz auch der Begleichung der Anwaltskosten dient und weil keine *pre-judgment* Zinsen zugesprochen werden. Zu letzterem Aspekt siehe Lovell, Are Treble Damages Double Damages?, Journal of Economics and Business 1982, 263.

51 Weißbuch Abschnitt 2.5 unter Verweis auf EuGH, *Manfredi*, Tz. 97.

52 Diese Anreize mögen sekundär sein zu Erwägungen des *access to justice*, zur *ratio legis* zählen sie jedoch unverkennbar, vgl. Cavanagh, 57 Fordham L. Rev. (1988), 52. Zur Kritik an der Wirkung dieser Anreize („encourages the filing of frivolous antitrust cases“) siehe etwa AMC, Report, S. 243, die gleichwohl von einer Änderungsempfehlung abgesehen hat (vgl. Recommendation 45).

Das verbleibende Kostenrisiko im Unterliegensfall wird für Kläger zumeist dadurch minimiert oder eliminiert, dass hinsichtlich des Anwaltshonorars *quota litis*-Vereinbarungen zulässig und weit verbreitet sind (*contingency fees*). Aufgrund solcher Absprachen wird der Anwalt prozentual am Erfolg des Rechtsstreits beteiligt (häufig zu ca. einem Drittel), bei Misserfolg erhält er kein Honorar.

Schon nach allgemeinen Regeln bestehen in US-amerikanischen Zivilprozessen also sehr viel klägerfreundliche Anreizstrukturen als bei Rechtsstreitigkeiten in Europa. Denn in den USA droht es einem Kläger nicht, im Unterliegensfall die außergerichtlichen Kosten (sie machen den Löwenanteil der Prozesskosten aus) der obsiegenden Partei zu tragen, und eigene Anwaltskosten fallen bei den üblichen *contingency fee*-Absprachen nicht an. Dies mag den Zugang zum Rechtsschutz erleichtern, es verzichtet aber auf die „gesunde“ Filterfunktion, die eine *loser-pays*-Regel in Bezug auf spekulative oder mutwillige Klagen ausübt. Diese klagestimulierende Wirkung wird im US-Kartellrecht noch dadurch verstärkt, dass der Kläger im Obsiegensfall seine angemessenen außergerichtlichen Kosten erstattet erhält, während nach allgemeinen Regeln diese aus dem zugesprochenen Schadensersatz zu begleichen gewesen wären.

2. EU-Mitgliedstaaten sowie Weißbuch und Grünbuch

In den Mitgliedstaaten der EU gilt grundsätzlich weder eine Pflicht zur Selbststragung der Prozesskosten noch die einseitige Kostenerstattung für den Kläger im Obsiegensfall. Es ist vielmehr der Grundsatz vorherrschend, dass die unterlegene Partei die vollständigen erstattungsfähigen Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat, und zwar sowohl in Bezug auf Gerichts- als auch auf angemessene Anwaltskosten⁵³. Das Weißbuch der Kommission betont die positive Wirkung dieses *loser pays*-Prinzips als Filter gegenüber unbegründeten und spekulativen Klagen⁵⁴. Auch in EU-Rechtsakten ist die *loser pays*-Regel als Grundsatz verankert, nämlich in Artikel 14 der bereits erwähnten Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums und in Artikel 16 der Verordnung (EG) Nr. 861/2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen⁵⁵.

Im Grünbuch hatte die Kommission noch erwogen, dass erfolglose Kläger nur dann die Kosten zu tragen haben, wenn die Klage offensichtlich „mutwillig“ war⁵⁶. Das Weißbuch ist dem nicht gefolgt. Die Kommission erwähnt dort lediglich, dass die geltenden Kostentragungsvorschriften Geschädigte in bestimmten Situationen

53 Siehe die Länderberichte in *Waelbroeck / Slater / Even-Shoshan*, Study, jeweils unter Punkt I (ii)-(v).

54 Arbeitspapier Weißbuch, Tz. 252 ff.

55 ABl. 2007, L 199/1.

56 Option 27: „Einführung einer Regel, dass erfolglose Kläger nur dann die Kosten zu tragen haben, wenn die Rechtsverfolgung offensichtlich mutwillig ist. Außerdem könnte erwogen werden, dem Gericht die Möglichkeit zu geben, zu Beginn einer Gerichtsverhandlung zu verfügen, dass der Kläger selbst bei erfolgloser Klage keinerlei Kosten zu tragen hat.“

auch von einer Geltendmachung begründeter Ansprüche abhalten können, weshalb möglicherweise begründete Ausnahmen von dem Grundsatz zu erwägen sind. Die Kommission weist insoweit auf die in einigen Mitgliedstaaten bereits bestehenden Regelungen hin, wie etwa die Streitwertbegrenzung gemäß § 89 a GWB⁵⁷. Sie regt an, dass die übrigen Mitgliedstaaten ihre geltenden Kostentragungsvorschriften mit Blick auf derartige Ausnahmeregeln prüfen⁵⁸. Konkrete Vorschläge oder gar Vorgaben plant die Kommission hierzu allerdings nicht.

Noch zurückhaltender ist die Kommission im übrigen bei der Frage der Anwalts honorare, die sie im Weißbuch nur einmal kurz erwähnt, jedoch nicht näher diskutiert hat, und für die sie offensichtlich keinen Handlungsbedarf auf europäischer Ebene sieht⁵⁹. Das Europäische Parlament hat dies ausdrücklich begrüßt⁶⁰. Zwar gibt es in den Mitgliedstaaten eine Tendenz zu stärker erfolgsorientierten Anwaltshonoraren. *Quota litis*-Vereinbarungen⁶¹ sind allerdings in den meisten Mitgliedstaaten entweder gänzlich unzulässig oder nur unter engen Voraussetzungen⁶² oder nur in begrenztem Umfang erlaubt⁶³. Die für grenzüberschreitende Rechtsstreitigkeiten mittlerweile in vielen europäischen Ländern verbindlichen „Berufsregeln der europäischen Rechtsanwälte“ bestimmen in ihrem Artikel 3.3.1., dass ein Rechtsanwalt hinsichtlich seines Honorars keine *quota-litis*-Vereinbarung abschließen darf⁶⁴. Begründet wird dies mit der Gefahr von Spekulationen und Missbrauch⁶⁵.

C. Relevante allgemeine Regelungen des US-amerikanischen Zivilprozesses

I. Kollektiver Rechtsschutz

Deutliche Unterschiede zwischen der Rechtslage in den USA und den Vorschlägen des Weißbuchs bestehen auch im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes, der –

57 Arbeitspapier Weißbuch, Tz. 255 ff.

58 Weißbuch Abschnitt 2.8; Arbeitspapier Weißbuch, Tz. 261.

59 Arbeitspapier Weißbuch, Tz. 244.

60 Resolution Weißbuch, Tz. 20.

61 Hierbei handelt es sich um Erfolgshonorare in der Form einer Streitanteilsvergütung, weniger Bedenken begegnen und verbreiteter sind Honorare, die anderweitig berechnet (etwa als ausgehandelter Festbetrag oder auf Basis von Stundensätzen) und vom erfolgreichen Ausgang des Mandats abhängig gemacht worden sind. So sind etwa in England *contingency fee agreements (pacta de quota litis)* untersagt, *conditional fee agreements* (Vereinbarungen, wonach das Honorar nur bei erfolgreichem Prozessausgang geschuldet ist) hingegen zulässig.

62 Etwa in Deutschland, siehe § 4a (1) RVG.

63 Siehe *Stadler*, Sammelklage, S. 11, m.w.Nachw.

64 Berufsregeln der europäischen Rechtsanwälte vom 19. Mai 2006, erarbeitet vom Rat der Europäischen Anwaltschaften (CCBE).

65 Kommentar der CCBE zu Artikel 3.3.: „Die Bestimmungen in diesem Artikel sind Ausdruck des in allen Mitgliedstaaten vertretenen Standpunktes, dass eine ungeregelte Vereinbarung von Erfolgshonoraren (*pactum de quota litis*) der ordentlichen Rechtspflege widerspricht, da sie der Spekulation förderlich ist und Missbrauch getrieben werden könnte.“

zumindest für Schadensersatzklagen – in vielen Mitgliedstaaten bislang wenig entwickelt ist⁶⁶. Wenn alle, die durch den Kartellverstoß oder Marktmachtmisbrauch einen (hinreichend kausalen) Schaden erlitten haben, eine realistische Chance auf Wiedergutmachung dieses Schadens haben sollen, bedarf das Phänomen der Massenschäden einer wie auch immer gearteten effektiven Lösung⁶⁷. Die Schäden von Marktteilnehmern auf nachgelagerten Marktstufen und insbesondere von Endverbrauchern belaufen sich in der Summe regelmäßig auf hohe Beträge. Die individuellen Schadensforderungen der einzelnen Geschädigten haben aber oftmals im Verhältnis zu dem durch hohe Kosten (aufwendige Sachverhaltsermittlung und -analyse, Gutachten usw.) und Rechtsunsicherheit besonders ausgeprägten Prozessrisiko einen zu geringen Wert, als dass den Betroffenen eine individuelle Geltendmachung dieser Ersatzansprüche wirtschaftlich sinnvoll erschiene. Eine Vielzahl von Einzelklagen mit weitgehend gleichgelagertem Gegenstand (man denke beispielsweise an die Millionen Geschädigten des französischen Mobilfunkkartells⁶⁸) wäre im Übrigen nicht nur aus Klägersicht, sondern auch für den Beklagten und vor allem auch für das Justizwesen alles andere als effizient.

1. *Opt-out class actions* des amerikanischen Rechts

Das US-Prozessrecht⁶⁹ kennt mit den *opt-out class actions* eine sehr weitreichende Form des kollektiven Rechtsschutzes. Dabei kann ein einziger *plaintiff* aus dem (u.U. sehr großen) Kreis der Geschädigten die gesamte Gruppe (*class*) repräsentieren und sowohl eigene als auch Schadensersatzansprüche für alle Mitglieder der Gruppe („non-present plaintiffs“) klageweise geltend machen. Voraussetzung ist unter anderem, dass es sich um gleichartige Sachverhalte und Ansprüche handelt. Sofern die *non-present plaintiffs* sich nicht von der Klage distanzieren (*opting-out*), spricht das Gericht Schadensersatz für die von der gesamten Gruppe erlittenen Nachteile zu (bei Kartellrechtsverstößen automatisch verdreifacht). Auch Vergleiche entfalten, vorbehaltlich des *opting-out*, Rechtskraft für die gesamte Gruppe.

66 Siehe den vergleichenden Überblick bei *Stuyck et al.*, Analysis and evaluation, S. 250 ff.; siehe auch *Stadler*, JZ 2009, 121 ff.

67 Vgl. auch Roth, Sammelklagen, S. 114 ff., sowie den Beitrag von *Hempel* in diesem Band sowie *Fiedler*, Class Actions, Teil 1 C I.

68 *Conseil de la concurrence*, Entscheidung 05-D-65 vom 30.11.2005, Tz. 338.

69 § 23 Federal Rules of Civil Procedure.

2. Der Lösungsvorschlag des Weißbuchs: *opt-in* Gruppenklagen und Verbandsklagen

Das Weißbuch beschreitet mit zwei weniger radikalen und einander ergänzenden kollektiven Rechtsschutzmechanismen einen anderen Weg⁷⁰. Die Kommission steht einer kaum kontrollierten Repräsentanz durch einen beliebigen Privaten (und seine Anwälte) wie bei US-Sammelklagen skeptisch gegenüber. Das Weißbuch sieht die Möglichkeit von Gruppenklagen zwar vor, aber nur, wenn und soweit sie von allen Mitgliedern der privat organisierten Gruppe getragen werden (sog. *opt-in* Gruppenklage)⁷¹. Dieser Vorschlag ist weitgehend unumstritten⁷². Eine Repräsentanz will das Weißbuch nur zulassen im Wege der Verbandsklage durch sorgfältig ausgewählte und fortlaufend kontrollierte Einrichtungen. Hierbei kann es sich um staatliche Einrichtungen wie Ombudsmänner, Bürgerbeauftragte oder Verbraucheranwälte⁷³ oder um anerkannte Verbraucherschutzorganisationen und Wirtschaftsverbände handeln, die gesetzlich oder durch ihre Statuten mit der Wahrung der Interessen bestimmter Gruppen betraut sind.

Das Rechtsinstitut der Verbandsklagen existiert bereits seit langem in einigen Mitgliedstaaten⁷⁴ und ist auch dem EU-Recht durch die Richtlinie 1998/27/EG über Unterlassungsklagen zum Schutz von Verbraucherinteressen „durch qualifizierte Einrichtungen“ bekannt⁷⁵. An diese Richtlinie will auch das Europäische Parlament anknüpfen. Es betont, dass eine Betrauung solcher Einrichtungen zur Vermeidung missbräuchlicher Streitigkeiten beiträgt⁷⁶. Im Gegensatz zur Richtlinie 1998/27/EG sollen nach dem Weißbuch allerdings strenge Anforderungen an die Auswahl von klagebefugten Einrichtungen gelten. Die Mitgliedsstaaten sollten auch zur Anwendung strenger Maßstäbe bei der fortlaufenden Kontrolle der Verbände und ihrer Prozesstätigkeit verpflichtet sein. Es spricht ferner einiges dafür, die Klagebefugnis nur für solche Verbände zuzulassen, die nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtet sind, damit Verbände Klagen nicht aus eigenem Profitstreben betreiben und dadurch möglicherweise in Interessenkonflikte geraten.

Die Kommission präzisiert (wenn auch im Weißbuch mit knappen Worten), dass die vertretene Gruppe so klar beschrieben sein muss, dass die einzelnen Geschädig-

70 Siehe etwa *Hempel* in diesem Band.

71 Siehe Weißbuch Abschnitt 2.1., Arbeitspapier Weißbuch Tz. 57 ff.

72 Siehe *Roth*, Sammelklagen, S. 131 f. die Stellungnahmen zum Weißbuch, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/>.

73 Vgl. die Pläne in Großbritannien, einen Consumer Advocate mit der Klagebefugnis in einer als „opt-out / opt-in hybrid“ bezeichneten Klage zugunsten von Verbrauchern auszustatten, siehe *UK Government*, Consultation, Tz. 67 – 72.

74 Siehe *Fiedler*, Class Actions, Teil 2 A II.

75 Siehe Artikel 3 der in allen Mitgliedstaaten umgesetzten Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, ABl. 1998 L 166/51. Zu Verbandsklagen in den Mitgliedstaaten siehe die Darstellungen in *Jules Stuyck et al.*, Study.

76 Resolution Weißbuch, Tz. 9.

ten zumindest identifizierbar sind⁷⁷. Dies ist für eine angemessene Verteidigung durch den Beklagten ebenso unerlässlich wie für die angemessene Information der betroffenen Geschädigten, die die grundrechtlich geschützte⁷⁸ Möglichkeit haben müssen, von einer Geltendmachung ihrer Ansprüche durch die qualifizierte Einrichtung zu verzichten, etwa um diese individuell (oder auch gar nicht) zu betreiben. Bestimmbarkeit der Geschädigten ist weiterhin erforderlich, um anwendbaren nationalen Vorschriften zur Quantifizierung der entstandenen Schäden genügen zu können, die oft eine individuelle Schadensberechnung verlangen und die vom Weißbuch nicht in Frage gestellt werden, soweit sie nicht mit dem Effektivitätsgrundsatz in Konflikt treten.

Mit der Option einer Verbandsklage neben der *opt-in* Gruppenklage will die Kommission dem Umstand Rechnung tragen, dass, wenn Hunderttausende oder Millionen von Personen durch einen Kartellverstoß oder Missbrauchsfall geschädigt sind, die Organisation einer Gruppenklage mit aktiver Partizipation aller Geschädigten häufig zu kompliziert und kostenaufwendig sein wird. Selbst bei einer Verbandsklage besteht die Gefahr, dass überhohe Anforderungen an die aktive Mitwirkung der Geschädigten diese Klageform in der Praxis unattraktiv und ineffektiv machen⁷⁹.

3. Unterschiede zwischen Weißbuch und der Rechtslage in den USA

Der Unterschied des Weißbuchs zur Situation in den USA liegt zu einem darin, dass Gruppenklagen auf das *opt-in* Modell beschränkt und Verbandsklagen in der EU nur durch ausgewählte Einrichtungen möglich sein sollen. Zwar bietet die Begrenzung auf einige staatlich mandatierte Einrichtungen allein noch keine sichere Gewähr gegen mutwillige Klagen⁸⁰, sie ist aber eine erste und zentrale Weichenstellung, die durch strenge Anforderungen an die sorgfältige Auswahl und fortlaufende Überwachung weiter konkretisiert wird. Der Ansatz, nur eine überschaubare Gruppe von qualifizierten Einrichtungen mit der Verbandsklagebefugnis zu „beleihen“ steht in deutlichem Kontrast zur Rechtslage in den USA⁸¹, wo jeder beliebige Angehörige der Gruppe, bisweilen von seinen Anwälten instrumentalisiert⁸², als Repräsentant

77 Siehe Weißbuch Abschnitt 2.1., Arbeitspapier Weißbuch Tz. 52.

78 Artikel 6 Abs. 1 EMRK, ausführlich hierzu *Fiedler, Class Actions*, Teil 3 E I 1.

79 Dies zeigt etwa das Beispiel der Schadensersatzklage der englischen Verbraucherschutzorganisation WHICH? im Fußballtrikot-Fall, näher *Civic Consulting / Oxford Economics, Evaluation*, S. 36.

80 *Wagner-von Papp*, EWS 2009, 450, spricht insoweit von einem „naiven“ Glauben. Ähnlich *Hess, Tendenzen*, S. 146, allerdings auf Grundlage der nicht zutreffenden Annahme, die Kommission würde die „Mandatierung“ von qualifizierten Einrichtungen im Kartellrecht ohne inhaltliche Nachprüfung anstreben. Deutlich weniger skeptisch *Roth, Sammelklagen*, S. 128.

81 Vgl. *Fiedler, Class Actions*, Teil 3 B III.

82 Siehe etwa *Stadler, Sammelklage*, S. 7 m.w.Nachw.

von Hunderttausenden oder Millionen von Gruppenmitgliedern agieren darf. In Europa sollen zudem grundverschiedene Anreize auf Verbandskläger wirken, die einer missbräuchlichen oder spekulativen Klageerhebung entgegensteuern⁸³. Dazu zählt nicht nur die von der Kommission vorgesehene Pflicht der Mitgliedstaaten, etwaigen „schwarzen Schafen“ die Klagebefugnis zu entziehen⁸⁴. Auch will die Kommission von vornherein sicherstellen, dass klagebefugte Einrichtungen nicht zum Zwecke eigener Gewinnerzielung Verbandsklagen erheben können. Vor allem aber der abschreckenden Wirkung der in Europa vorherrschenden Kostenerstattungspflicht (*loser pays*-Regel) wird eine wichtige Rolle bei der Verhinderung von mutwilligen und unbegründeten Klagen zukommen. Ohnehin ist es auch in den USA keineswegs isoliert der Mechanismus der *opt-out*-Gruppenklage, sondern vor allem sein Zusammenspiel mit anderen Besonderheiten des US-amerikanischen Kartellprozesses, das zu den bisweilen beklagten Missständen führt⁸⁵. Diese Besonderheiten fehlen im europäischen Kontext allesamt (näher hierzu unter D.).

II. Zugang zu Beweismitteln

Der Zugang zu den relevanten Beweismitten ist angesichts des in Kartell- und Missbrauchsfällen zumeist bestehenden Informationsgefälles eine der Haupthürden für Geschädigte bei der Geltendmachung und Durchsetzung ihrer Ersatzansprüche⁸⁶. Viele der für den Beweis einer (geheimen) Zu widerhandlung oder für die Bezifferung eines Schadens und den Nachweis seiner Kausalität nötigen Unterlagen sind

83 Für Verbandsklagen wird in Europa vielmehr ein Mangel an Anreizen zur Erhebung von Klagen befürchtet, vgl. *Hempel*, in diesem Band, C 3 a.E.: „Regelungsansatz des deutschen Gesetzgebers bei § 34a GWB und die Pläne der Kommission zu Verbandsschadensersatzklagen leiden allerdings an dem inneren Widerspruch, dass die Verbandsklage zwar gewollt wird, die Verbände aber – aus der Furcht vor missbräuchlichen Klagen oder vor einem dramatischen Anstieg der Zahl der Verfahren (?) – nicht ausreichend motiviert werden. Der Gesetzgeber der 7. GWB-Novelle und jetzt die Kommission wollen die private Rechtsdurchsetzung durch Verbände, gehen aber offensichtlich davon aus, die Verbände erledigten die ihnen zugedachte Aufgabe umsonst.“ Das geringere Maß unternehmerischen Strebens nach eigenem Gewinn durch den Repräsentanten ist von der Kommission gerade gewollt; gesetzliche oder satzungsmäßige Pflichten zur Wahrung der Interessen bestimmter Gruppen, ggf. ausdrücklich auf die Erhebung von Verbandsklagen bezogen, sollten zur Motivation ausreichen – zumindest bei der Befugnis zu Klagen auf Schadensersatz, deren Ertrag an die Geschädigten ausgeschüttet werden darf (und grundsätzlich muss).

84 Siehe etwa *Roth*, Sammelklagen, S. 128.

85 Vgl. *Hempel*, in diesem Band, der ebenfalls darauf hinweist, dass es „keine dem kollektiven Rechtsschutz inhärente Missbrauchsgefahr gibt, sondern sich eine solche erst aus der Kombination mit anderen Mitteln der Anreizsetzung für Kläger ergibt“.

86 Siehe etwa *Kersting*, ZWeR 2008, 252, unter V 1 sowie *Hempel*, WuW 2004, 362. Informationsgefälle und Schwierigkeiten von Geschädigten, einen Verstoß, quantifizierten Schaden und Kausalität nachzuweisen, bestehen keineswegs nur bei „Hardcore-Kartellen“ (so aber *Ritter*, WuW 2008, 768), sondern durchaus auch bei anderen Verstößen wie etwa Missbrauchsfällen, siehe die Beispiele in Arbeitspapier Weißbuch Tz. 88-89.

typischerweise im Besitz der des Verstoßes verdächtigen Partei. Dies wirkt besonders schwerwiegend, weil kartellrechtliche Schadensersatzfälle oftmals die Beurteilung komplexer wirtschaftlicher Zusammenhänge erfordern und daher sehr faktenintensiv sein können, selbst wenn der Verstoß bereits aufgrund einer vorherigen Behördenentscheidung feststeht. Es erscheint ein berechtigtes rechtspolitisches Anliegen, dass Geschädigte nicht allein deshalb von der Geltendmachung von bestehenden Ansprüchen absehen oder im Prozess unterliegen sollen, weil die für ihren Anspruch maßgeblichen Beweismittel ihnen nicht zugänglich sind.

1. *Pre-trial discovery* und Klageanforderungen des US-amerikanischen Rechts

In den USA bestehen mit den allgemeinen Regeln zur *pre-trial discovery* äußerst weitreichende und kostenintensive Verpflichtungen zum Austausch von Beweismitteln zwischen den Parteien⁸⁷. Dieser Prozess der Sachverhaltsaufklärung, Beweisermittlung und -sicherung ist als eigener Verfahrensteil der mündlichen Verhandlung vorgeschaltet. Er folgt auf die Klageerhebung, bei der an den Tatsachenvortrag keine sehr hohen Anforderungen gestellt werden. Traditionell genügt in den USA ein einfaches *notice pleading*⁸⁸, das den Beklagten in groben Zügen über den Streitgegenstand zu informieren hat („to give fair notice“). Die *discovery*-Phase dient erst dazu, die Voraussetzungen für einen substantiierten Tatsachenvortrag (*fact pleading*) zu schaffen, wie er nach kontinentaleuropäischem Recht bereits für die Klageerhebung erforderlich ist.

Pre-trial discovery findet weitgehend ohne richterliche Mitwirkung und unter quasi-alleiniger Verantwortung der Parteien und ihrer Anwälte statt. Beide Parteien können von der Gegenseite die Offenlegung aller potentiell für die Klage und die Verteidigung dagegen relevanten Beweismittel zu erzwingen⁸⁹. Vorzulegen sind nicht nur Dokumente, sondern auch andere Beweismittel und die Personendaten von Unternehmensmitarbeitern, die dann von den Anwälten der Gegenseite in umfassenden „depositions“ unter Eid vernommen werden können⁹⁰. *Pre-trial discovery* kann ausgesprochen umfangreich und derart zeit- und kostenintensiv sein, dass sich aus europäischer Sicht oftmals die Frage der Verhältnismäßigkeit stellt. Angesichts der durch den Umfang der *discovery* potentiell sehr hohen Belastungen sehen sich bisweilen Beklagte (und manchmal auch Kläger) veranlasst, selbst bei Zweifeln an dem

87 Die Offenlegungsverpflichtungen hinsichtlich besonders relevanter Beweismittel bestehen seit Reformen in den 1990er Jahren *ipso iure* (initial discovery), bedürfen also keines gesonderten Antrags, vgl. § 26(a) *Federal Rules of Civil Procedure*.

88 § 8(a)(2) *Federal Rules of Civil Procedure*: “a short and plain statement of the claim showing that the pleader is entitled to relief”; die Leitentscheidung zum *notice pleading* nach dieser Norm war *US Supreme Court*, *Conley v. Gibson*, 355 U.S. 41 (1957) 47. Siehe sogleich zu den Entwicklungen seit der *Supreme Court*-Entscheidung in Sachen *Twombly*.

89 Zur *ipso iure*-Verpflichtung zur Offenlegung im Rahmen der *initial discovery* siehe oben Fn. 87.

90 § 30 *Federal Rules of Civil Procedure*.

materiellrechtlichen Vorbringen der Gegenseite lieber einem zeitnahen Vergleich zuzustimmen, als auf die mündliche Verhandlung und ein Urteil zu vertrauen – was durchaus einer Strategie der gegnerischen Anwälte entsprechen kann⁹¹.

2007 hat der *US Supreme Court* die Voraussetzungen in der *pleading*-Phase und damit die Schwelle für *discovery*-Begehren erhöht⁹². Einfachstes *notice pleading* soll jedenfalls dann nicht mehr genügen, wenn der Klägervortrag an Plausibilitätsmängeln leidet. So hat der *Supreme Court* in der Leitentscheidung in Sachen *Twombly* es nicht genügen lassen, dass der Kläger zur Begründung eines Verdachts der Marktaufteilung lediglich auf ein beobachtetes Parallelverhalten der des Verstoßes Bezichtigen, nämlich den Nichteintritt in die jeweils anderen lokalen Märkte verwies. Dies konnte in der Tat schwerlich als zwingender Anhaltspunkt für eine rechtswidrige Absprache gelten, war doch im konkreten Fall der Markteintritt wirtschaftlich schwierig. Erschwerend wirkte auch der Umstand, dass eine Untersuchung der entsprechenden Vorwürfe durch die US-Kartellbehörden ergebnislos geblieben war⁹³. Die konkreten Auswirkungen der Kurskorrektur des *Supreme Court* sind im Detail schwer abzusehen, es kann jedoch wohl als gesichert gelten, dass der *pleading standard* nach US-amerikanischen Recht auch in Zukunft noch deutlich niedriger⁹⁴ sein wird als die Anforderungen an eine schlüssige und substantiierte Klage auf dem europäischen Kontinent. Unabhängig davon bleibt es dabei, dass das US-amerikanische System der *discovery*, wenn einmal eröffnet, aufgrund seines kaum begrenzten Umfangs zu den bekannten „Materialschlachten“ mit oftmals immensen Kosten- und Zeitbelastungen für die betroffenen Parteien und Dritte führen kann und Missbrauchspotential trägt⁹⁵.

2. Offenlegung von Beweisstücken nach dem Weißbuch

Das Weißbuch distanziert sich klar von *discovery* nach amerikanischer Prägung und bloßem *notice pleading*⁹⁶. Die Kommission will zwar die Beweisnot von Kartell- und Missbrauchsgeschädigten mildern, verwirft aber die noch im Grünbuch diskutierte Option einer umfassenden Offenlegungspflicht der Parteien ohne gerichtliche Beteiligung⁹⁷. Das Weißbuch schlägt stattdessen vor, dass nach plausibler An-

91 Näher hierzu unten D IV.

92 Siehe insbesondere die neue Leitentscheidung zu, *pleading standard* in Antitrust-Fällen *US Supreme Court*, *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 2007 WL 141046 (U.S., May 21, 2007). Ausführlich hierzu mit erster Zwischenbilanz und umf. Nachw. *Epstein*, Global Competition Policy, 2009, Heft 2, 2; sowie *Bone*, 94 Iowa L. Rev. (2009) 874.

93 Siehe *Epstein*, Global Competition Policy, 2009, Heft 2, 6 f. m.w.Nachw.

94 Siehe *Epstein*, a.a.O., m.w.Nachw.

95 Näher hierzu unten D IV.

96 Arbeitspapier Weißbuch Tz. 93 ff.

97 Kommission, Grünbuch, Option 3: „Vorbehaltlich des „fact pleading“ sollte jede Partei verpflichtet sein, den anderen Prozessparteien ein Verzeichnis der in ihrem Besitz befindlichen relevanten Dokumente, auf die sie Zugriff haben, zur Verfügung zu stellen.“

spruchsbegründung und Vortrag aller zugänglichen Tatsachen der Kläger eine Offenlegung von Beweismitteln per Gerichtsbeschluss begehen kann, sofern das Gericht von der Erheblichkeit und Erforderlichkeit der Beweismittel sowie der Verhältnismäßigkeit i.e.S. der Offenlegung überzeugt ist⁹⁸. Aus den Voraussetzungen der Erheblichkeit und Erforderlichkeit folgt, dass die Offenlegung nach dem Weißbuch nur eine *ultima ratio* sein kann, die nur dann eingreift, wenn für den Geschädigten keine andere Möglichkeit besteht, seinen Anspruch zu beweisen. Verhältnismäßigkeit setzt unter anderem voraus, dass der Geschädigte die begehrten Beweismittel so genau bezeichnet und eingegrenzt hat, wie es ihm unter den Umständen des Einzelfalls objektiv möglich ist⁹⁹. Im Rahmen der gebotenen Abwägung hat das Gericht insbesondere die Belastungen für die verpflichtete Partei zu berücksichtigen, auch in Bezug auf etwaig bestehende Geschäftsgeheimnisse¹⁰⁰. Insgesamt misst das Weißbuch den Gerichten beim Zugang zu den Beweismitteln einen beträchtlichen Beurteilungsspielraum¹⁰¹ und damit eine überaus wichtige Rolle bei der Durchführung und Führung des Verfahrens zu. Diese aktive Rolle und Kontrollfunktion des Richters ist nicht nur der Tradition des kontinentaleuropäischen Zivilprozesses geschuldet, sondern vor allem auch dem Umstand, dass für die Vielfalt der möglichen Fallkonstellationen und Abwägungsgesichtspunkte sich nun einmal die im Einzelfall sach- und interessengerechte Lösung nicht abstrakt vorgeben lässt. Unbestimmte Rechtsbegriffe sind daher im Recht des Zugangs zu Beweismitteln in den EU Mitgliedstaaten nichts Ungewöhnliches¹⁰².

Außerhalb des Kartelldeliktsrechts hat der EuGH bereits in der Rechtssache *Laboratoire Boiron* mit Blick auf das Effektivitätsprinzip klargestellt, dass „[wenn der Beweis] ... Daten betrifft, über die ein ... [Unternehmen] nicht verfügen kann, [ein nationaler Richter] alle ihm nach dem nationalen Recht zu Gebote stehenden Verfahrensmaßnahmen ausschöpfen [muss], darunter die *Anordnung* der erforderlichen Beweiserhebungen, einschließlich der Vorlage von Urkunden oder Schriftstü-

98 Siehe Weißbuch Abschnitt 2.2., Arbeitspapier Weißbuch Tz. 93 ff.

99 Gegebenenfalls durch Beschreibung von so genau wie möglich bestimmten Kategorien von Beweismitteln, wie etwa „Mitschriften von Treffen im Sommer 1997 zwischen Mitarbeitern der Vertriebsabteilungen in den Unternehmen X und Y betreffend das Produkt Z“, „Verträge der X-GmbH und ihrer in Mitgliedstaat M tätigen Tochterunternehmen mit Zulieferern Z1, Z2 und Z3 über das Produkt P in der Zeit zwischen Juni 2005 und Mai 2008“ oder „Rechnungen des Unternehmens A an seinen Kunden B im Jahr 2009 betreffend die Dienstleistung C“.

100 Arbeitspapier Weißbuch Tz. 112 ff.

101 *Wilhelmi*, in diesem Band unter H., weist kritisch auf den resultierenden Verlust an Rechtssicherheit hin (was indes nur bis zum Zeitpunkt der Konkretisierung durch die richterliche Offenlegungsanordnung gelten dürfte). Dies sei „umso gravierender, als die hier diskutierten Offenlegungspflichten mit einschneidenden Folgen für die Betroffenen verbunden sind, insbesondere bezüglich regelmäßig berührter Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse“.

102 Siehe *Waelbroeck / Slater / Even-Shoshan*, Study, S. 1-62 ff., sowie *Wilhelmi* in diesem Band, der allerdings kritisch darauf hinweist, dass etwa bei § 142 ZPO zumindest der Gegenstand der Offenlegungspflichten näher konkretisiert sein muss (konkrete Benennung der relevanten Gegenstände).

*cken durch eine Partei oder einen Dritten.*¹⁰³ Das Weißbuch will einen Schritt weiter gehen und sicherstellen, dass in den Rechtsordnungen aller Mitgliedstaaten ein Mindestmaß an geeigneten „Verfahrensmaßnahmen“ zur Verfügung steht. Dabei baut das Weißbuch auf dem Modell der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums auf, die gemeinschaftsweit einen – wenngleich nicht sehr detailliert formulierten – Mindeststandard zur Offenlegung von Beweismitteln eingeführt hat¹⁰⁴.

Der bisweilen geäußerte Einwand, eine richterlich angeordnete Offenlegung von Beweismitteln durch die Gegenpartei, wie sie im Weißbuch vorgeschlagen wird, sei von vorneherein mit den meisten kontinentaleuropäischen Zivilprozessordnungen unvereinbar¹⁰⁵, trifft nicht zu. Auch abgesehen von den Umsetzungsmaßnahmen zur Richtlinie 2004/48/EG kennen alle Mitgliedstaaten in der einen oder anderen Form Ausnahmen von der grundsätzlich bestehenden (und nicht in Frage gestellten¹⁰⁶) Pflicht, dass jede Partei den Beweis für ihr Vorbringen selbst beizubringen hat¹⁰⁷. Bei funktionaler Betrachtung mag man zu diesen Ausnahmen auch den in Deutschland unter Billigkeitsgesichtspunkten (§ 242 BGB) entwickelten materiellrechtlichen Auskunftsanspruch zählen¹⁰⁸. Die Vorschläge des Weißbuchs sind keineswegs dem angloamerikanischen Recht nachempfunden, sondern verstehen sich als Fortentwicklung bestehender Ansätze des Zivilprozesses auf dem Kontinent. Von den Behörden und Gerichten der (kontinental-europäischen) Mitgliedstaaten, die zum Weißbuch Stellung genommen haben, sahen die meisten keine Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit der Vorschläge des Weißbuchs mit ihren Rechtsordnungen¹⁰⁹.

103 C-526/04, Hervorhebung hinzugefügt.

104 Siehe Artikel 6 der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. 2004 L 195/16.

105 E. Wagner / Kleine / Liebach, EWS 2008, 318.

106 Die Kommission hat im Weißbuch eine allgemeine Beweislastumkehr ausdrücklich verworfen, Arbeitspapier Weißbuch Tz. 91-92.

107 Dies gilt selbst für insoweit restriktive Mitgliedstaaten wie Deutschland, siehe m.w.Nachw. Wagner-von Papp, EWS 2009, 452; Stürner, Duties of disclosure, S. 171 ff. Zu § 142 ZPO siehe die umfassende Diskussion bei G. Wagner, JZ 2007, 706.

108 Die Vorschläge des Weißbuchs sind prozessual konzipiert. Ob sich die angestrebten Ergebnisse auch materiellrechtlich erzielen lassen (vgl. die deutsche Umsetzung der Richtlinie 2004/48/EG durch das Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums, in Kraft ab dem 1. September 2008, BGBI. I 2008, 1191) erscheint zweifelhaft, ausführlich hierzu Wilhelmi in diesem Band.

109 Siehe etwa die Stellungnahmen der italienischen *Corte Suprema di Cassazione* (differenzierter die italienische Regierung und Wettbewerbsbehörde), des dänischen Wirtschaftsministeriums, der polnischen Regierung, der französischen Regierung und Wettbewerbsbehörden sowie der portugiesischen spanischen, tschechischen, belgischen und rumänischen Kartellbehörden. Anders diestellungnehmenden deutschen und (Teile der) österreichischen Ministerien und Kartellbehörden. Die niederländische Regierung verweist auf die Untersuchungen einer zur Problematik des Zugangs zu Beweismitteln eingesetzten Expertenkommission, die für die Niederlande beweisrechtliche Offenlegungspflichten vorschlägt (siehe www.minjus.nl/images/Advies%20inz%20disclosure_tcm34-131954.pdf), die deutlich über die Vorstellungen des Weißbuchs hinaus gehen. Letztere lassen sich aus Sicht niederländischer Richter (*Nederlandse Raad voor de rechtspraak*) bereits *de lege lata* im niederländischen Recht zur

III. *Jury-Prozesse*

In den USA kann in kartellrechtlichen Verfahren erster Instanz die Hauptverhandlung auf Antrag vor einer *jury* durchgeführt werden¹¹⁰. Dieser Antrag wird von Klägern regelmäßig gestellt. Der Ausgang eines Verfahrens vor einer aus Laien bestehenden *jury* ist oftmals schwer vorhersehbar, hängt er doch nicht nur von rechtlichen, sondern auch psychologischen Faktoren ab. Anwälte beider Parteien bemühen sich, dies zu berücksichtigen und ggf. auszunutzen, die Klägerseite etwa mit Hinweis auf die wirtschaftliche Stärke, finanzielle Ausstattung oder die umfassende Haftpflichtversicherung des Beklagten. Zwar gelangen nur relativ wenige kartellrechtliche Schadensersatzklagen in die Phase der mündlichen Verhandlung vor einer *jury*, weil Berufsrichter zuvor auf Antrag im Wege des *summary judgment* entschieden oder weil sich die Parteien zuvor vergleichen. Es ist aber häufig gerade auch die Sorge vor der Unberechenbarkeit einer *jury*, die Parteien bei der Stellung eines Antrags auf *summary judgment* oder bei dem Entschluss zum Vergleich beeinflusst.

Diese zivilverfahrensrechtliche Besonderheit der USA hat keine Entsprechung im Weißbuch und in den Mitgliedstaaten der EU. Hier sind kartellrechtliche Zivilverfahren mit *jury*-Beteiligung unbekannt.

D. Zusammenspiel der verschiedenen Regelungen: Anreize und Wirkungen im US-Recht und Gegenüberstellung mit dem Weißbuch

Bereits die kurSORische Gegenüberstellung einiger Eckpunkte des Weißbuchs mit zentralen Merkmalen des US-amerikanischen Zivilprozesses in Kartellsachen hat grundlegende Unterschiede hervortreten lassen. Im Weißbuch (und in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten) fehlt es an den zentralen Faktoren, die einzeln und insbesondere durch ihr Zusammenspiel den amerikanischen Kartellzivilprozess charakterisieren. Betrachtet man das Zusammenspiel der verschiedenen Regelungen und die dadurch entstehenden Anreize und Wirkungsmechanismen näher, so treten einige Merkmale von US-amerikanischen Kartellzivilprozessen hervor, die wohl gemeint sein dürften, wenn auf die viel beschworenen „amerikanischen Verhältnisse“ verwiesen wird. Dabei handelt es sich, erstens, um eine höhere Bereitschaft zur Klageerhebung, selbst wenn es sich um unsichere Ansprüche handelt (*litigation culture*). Erheblich sind, zweitens, auch die deutlich höheren Kosten und personellen Belastungen der Parteien durch das Zivilverfahren. Hinzukommen, drittens, die viel-

Anwendung bringen. Auch die *Association of European Competition Law Judges* wies in ihrer Stellungnahme zum Weißbuch auf die Beweisschwierigkeiten von kartellrechtlich Geschädigten bei der Geltendmachung ihrer Rechte hin und sah in der Richtlinie 2004/48/EG ein geeignetes Modell für die Offenlegung von Beweisen im Kartelldeliktsrecht. Die Stellungnahmen sind abrufbar unter <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsda mages/>.

¹¹⁰ § 38 *Federal Rules of Civil Procedure*, welche die verfassungsrechtliche Garantie eines “trial by jury” in Rechtsstreitigkeiten *at common law* umsetzt.

fach sehr hohen Summen in den USA, die als Schadensersatz im Urteil zugesprochen werden oder Gegenstand eines Vergleichs sind. Viertens ist in den USA ein starker Druck unverkennbar, selbst bei materiellrechtlich schwachen Ansprüchen bzw. Einwendungen den Rechtsstreit außergerichtlich beizulegen (Missbrauchs- und Erpressungspotential).

I. Hohe Bereitschaft zur Erhebung von (auch spekulativen) Klagen (*litigation culture*)

Ein augenfälliger Unterschied zwischen (nicht nur kartellrechtlichen) Zivilverfahren in den USA und Europa ist die größere Bereitschaft von potentiell Geschädigten in den USA, den Rechtsweg zu beschreiten, und dies selbst wenn unsicher ist, ob die Ansprüche materiellrechtlich begründet sind oder sie sich beweisen lassen¹¹¹. In den USA sind spekulative Klagen, insbesondere auch im Kartellrecht, deutlich verbreiter als in Europa. Die Gründe hierfür dürften vor allem im Fehlen einer Kostenerstattungspflicht im Unterliegensfall (*loser pays*-Regel) zu suchen sein, die den Gang zu Gericht für den Kläger weitgehend risikolos macht, muss er doch auch bei Unterliegen weder die Kosten des Beklagten noch den eigenen Anwalt bezahlen, da dieser üblicherweise gänzlich erfolgsbasiert abrechnet. Für US-Anwälte mögen angesichts der Verdrafachung der Schadenssumme und der Möglichkeit, in *class actions* die Ansprüche großer Gruppen „einzusammeln“, manchmal auch unsichere Klagen attraktiv sein, da die Aussicht auf höheren Gewinn im Wege der *quota litis* das größere Risiko ausgleicht. Auch für den Geschädigten stellt der Dreifachschadensersatz einen wie gesehen gezielt gesetzten Anreiz zur Klageerhebung dar. Gleicher gilt etwa auch für den Ausschluss der *passing-on defence* und das *one-way fee shifting*. Neben diesen kartellrechtsspezifischen Anreizen ist das US-amerikanische Prozessrechtssystem zudem insgesamt vergleichsweise klägerfreundlich ausgestaltet. So bestehen in den USA traditionell niedrigere Hürden für die Klageerhebung, die auch nach der jüngeren *Supreme Court*-Judikatur nicht an die Hürden des Schlüssigkeitserfordernisses und des *fact pleading* auf dem europäischen Kontinent heranreichen dürften. Sobald die *discovery*-Phase einmal eröffnet ist, können auch materiellrechtlich schwache Klagen im Angesicht der drohenden Kosten einer ausufernden und richterlich kaum kontrollierten *discovery* sowie schwer berechenbarer *jury*-Entscheidung zu einem „erfolgreichen“ Vergleich führen (siehe auch unter IV).

Die vorgenannten Anreize und Wirkungsmechanismen fehlen in den allermeisten Mitgliedstaaten der EU. Wie berichtet schlägt die Kommission im Weißbuch keinen davon vor, sondern hat angesichts einer unterschiedlichen rechtspolitischen Zielsetzung bewusst darauf verzichtet, spezifische Anreize zur Klageerhebung zu setzen. Insbesondere die mit der *loser pays*-Regel verbundene negative Anreizwirkung bietet in Europa einen wirksamen Filter gegenüber mutwilligen oder spekulativen

111 Vgl. *McCarthy / Maltas / Bay / Ruiz-Calzado*, Antitrust Review of the Americas 2007, 38 f.

Klagen, auch im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes, wo die Kommission zudem noch diverse weitere Kontrollmechanismen vorsehen will. Die Verbesserung der Rechtsschutzbedingungen für Geschädigte durch die im Weißbuch vorgeschlagenen Maßnahmen dürfte (und sollte) zu einer höheren Zahl an erfolgreichen Kompensationsfällen führen, sei es außergerichtlich oder im Klagewege. Das Auftreten einer Klageflut und Prozesskultur amerikanischen Ausmaßes und insbesondere eine erhöhte Zahl an mutwilligen Klagen stehen jedoch angesichts der grundverschiedenen Anreizstruktur in Europa nicht zu erwarten.

II. Hohe Kosten und personelle Belastungen der Parteien durch das Zivilverfahren, insbesondere in der *pre-trial discovery*

Höhere Verfahrenskosten werden in den USA in erster Linie durch die in komplexeren Kartellrechtsfällen zumeist äußerst umfangreiche *pre-trial discovery* verursacht. Es bestehen in den USA inhaltlich derart weit gefasste Offenlegungspflichten, dass sie auch im angloamerikanischen Rechtsraum einzigartig sind. Die Durchführung der Offenlegung, einschließlich der Vernehmung von Mitarbeitern der anderen Partei (etwa Entscheidungsträgern der Beklagten) und die Aufnahme ihrer *depositions* liegen weitgehend in den Händen der beteiligten Anwälte. Dies lässt sowohl bei den Anwälten als auch bei den Mitarbeitern der Parteien einen oft enormen zeitlichen, personellen und materiellen Aufwand und damit Kosten anfallen¹¹². Der durch *treble damages* vervielfachte Streitwert wirkt hier noch verstärkend, lässt er doch für Kläger einen höheren Aufwand lohnen und veranlasst die von ihm ausgehende finanzielle „Bedrohung“ den Beklagten oftmals zu einer besonders umfassenden und teuren Verteidigung.

In der EU sind derartig weitreichende und kostenträchtige *discovery*-Verpflichtungen unbekannt. Selbst im englischen Recht findet die dort vorgesehene *disclosure* in deutlich geringerem Umfang statt als in den USA, insbesondere aufgrund stärkerer richterlicher Kontrolle, aber auch wegen inhaltlicher Begrenzungen und des Ausschlusses anwaltlicher Vernehmungen und *depositions*. Das Weißbuch plädiert, wie gesehen, für eine Offenlegung von Beweismitteln nur unter strengen Voraussetzungen und nach Anordnung durch ein Gericht. Vom Umfang her kann sich ein Offenlegungsantrag nach dem Weißbuch zwar auch auf Kategorien von Dokumenten beziehen¹¹³. Einem solchen Antrag darf das Gericht aber nur stattgeben, wenn es zu der Überzeugung gelangt ist, dass dies der einzige Weg ist, auf dem der Kläger seinen plausibel begründeten und mit dem Vortrag aller zugänglichen Tatsachen untermauerten Anspruch beweisen kann. Zusätzlich hat das Gericht eine Verhältnismäßigkeitskontrolle vorzunehmen. Auch will das Weißbuch nicht die besonders belastenden Vernehmungen von Personen durch Anwälte einführen; die

112 Siehe mit dem Versuch, Daten über die *discovery*-Kosten in den USA zusammenzutragen, *Renda et al.*, Antitrust Damages Actions, S. 376 f. und 379 ff.

113 Kritisch hierzu *Wilhelmi*, in diesem Band, unter H.

Kommission verweist zu den zulässigen Beweismitteln auf die bestehenden Regeln der Mitgliedstaaten¹¹⁴. Die Vorschläge des Weißbuchs würden in einigen Mitgliedstaaten wohl zu einer weitergehenden Offenlegung von Beweisstücken führen als nach bisheriger Rechtslage¹¹⁵. Durch die höhere Schwelle bei Klageerhebung, die vorgesehene striktere richterliche Kontrolle, den enger gefassten Umfang und den Verzicht auf außergerichtliche Befragungen der Parteien durch Anwälte sind die Vorschläge jedoch von der Rechtslage in den USA und den dadurch bedingten Kosten und personellen Belastungen weit entfernt. Dazu trägt auch bei, dass das Risiko einer Erstattungspflicht der gesamten außergerichtlichen Kosten (*loser pays*-Regel) mutwilligen kostenträchtigen Prozessstrategien zumeist entgegensteuert.

III. Hohe Schadensersatzsummen

Die Gründe für die im Vergleich zu europäischen Ländern höheren Schadensersatzsummen in den USA liegen vor allem in der Verdreifachung durch *treble damages*¹¹⁶, der Unberechenbarkeit von *jury trials* und der Bündelungswirkung von *opt-out class actions*¹¹⁷. Mehrfachschadensersatz ist im Weißbuch ausdrücklich abgelehnt worden. In den Mitgliedstaaten, in denen er theoretisch möglich ist, kommt er praktisch nicht oder nur äußerst selten zur Anwendung¹¹⁸; der englische *High Court* hat *exemplary* oder *punitive damages* für Folgeklagen gänzlich ausgeschlossen¹¹⁹.

Entscheidungen mit *jury*-Beteiligung sind im kartellrechtlichen Zivilprozess keines EU-Mitgliedstaates möglich. Auch *opt-out*-Gruppenklagen sieht das Weißbuch nicht vor; es erlaubt jedoch, dass bestimmte Einrichtungen im Wege der Verbandsklage die Ansprüche großer Gruppen von Geschädigten gebündelt geltend machen. Dabei kann es sicherlich auch zu hohen Streitwerten kommen, wozu bei langer Dau-

114 Arbeitspapier Weißbuch, Tz. 110.

115 A.A., für Deutschland, *Wagner-von Papp*, EWS 2009, 452, der die Vorschläge des Weißbuchs im Einklang mit einem richtig verstandenen § 142 ZPO sieht. Siehe auch oben Fn. 109.

116 Bei einem Vergleich mit den Mitgliedstaaten der EU ist freilich zu berücksichtigen, dass in den USA keine *pre-judgment interests* zuerkannt werden, was den zu verdreifachenden Betrag niedriger ausfallen lässt; siehe m.Nachw. oben Fn. 50. *Bork*, Comments, fand gleichwohl im Zusammenhang mit Dreifachschadensersatz deutliche Worte: "Trebling attracts bad lawsuits, lawyers interested only in the enormous cash awards, and compels even innocent businesses to settle rather than risk trial with potentially catastrophic damages. Compensatory damages, without tripling, are entirely adequate to the enforcement of the antitrust laws." Siehe auch *Cavanagh*, 61 Tul. L. Rev. (1987), 777.

117 Jedenfalls soweit sich die höheren Summen nicht durch längere Erfahrungen mit der Berechnung kartellrechtlicher Schäden und die Bevölkerungszahl der USA (im Vergleich zur der Bevölkerung einzelner EU-Mitgliedstaaten) erklären lassen.

118 *Exemplary* bzw. *punitive damages* existieren, soweit ersichtlich, lediglich in Großbritannien, Irland und Zypern; im Kartelldeliktsrecht sind sie auch dort nur selten (Irland) bzw. noch gar nicht (Großbritannien) zur Anwendung gelangt.

119 *High Court*, Devenish Nutrition Limited & Others vs. Sanofi-Aventis SA (France) [2007] EWHC 2394 (Ch).

er oder später Aufdeckung von Verstößen auch die vom Gerichtshof betonte EU-rechtliche Pflicht zur Zahlung von Zinsen beitragen kann. Hohe Klagesummen an sich sind indes noch nicht bedenklich: Wenn ein Kartellant Schäden in Millionenhöhe zugefügt hat, spricht grundsätzlich nichts dagegen, dass er sich auch der Geltendmachung von diesbezüglichen Ersatzansprüchen in voller Höhe ausgesetzt sieht. Die umfassende Wiedergutmachung aller entstandenen Schäden (Totalreparation) ist schließlich der Grundsatz und das materiellrechtliche Ziel aller Rechtsordnungen in der EU. Fehlender oder unvollständiger Schadensausgleich ist unter *Gerechtigkeitsgesichtspunkten*¹²⁰ insbesondere dann unbefriedigend, wenn der Schaden in einem Vermögenstransfer vom Geschädigten zum Schädiger liegt und letzterer einen unrechtmäßigen Gewinn behält. Missbrauchsgefahr besteht bei US *class actions* mit hohen Streitwerten insbesondere aufgrund der (in der EU wie gezeigt so nicht zu erwartenden) Bereitschaft zur Erhebung spekulativer Klagen und dem Druck auf Beklagte zur außergerichtlichen Streitbeilegung (hierzu sogleich). Abgesehen davon könnten Verbandsklagen mit hohen Streitwerten dann problematisch werden, wenn klagebefugte Einrichtungen den Hebel hoher Klagesummen und Prozesskosten missbräuchlich im Eigeninteresse einsetzen könnten¹²¹. Daher will die Kommission nur einen begrenzten Kreis an staatlichen oder staatlich ernannten Einrichtungen mit der Verbandsklagebefugnis betrauen und lediglich solche Einrichtungen hierfür in Frage kommen lassen, von denen eine sorgfältige, uneigennützige und missbrauchs-freie Besorgung ihrer Aufgabe erwartet werden darf; dies soll fortlaufend kontrolliert werden.

IV. Druck zur außergerichtlichen Streitbeilegung, Missbrauchspotential

Die geschilderten hohen außergerichtlichen Kosten und Belastungen durch die US-amerikanische *discovery* und die fehlende Kostenerstattung im Obsiegensfall, die drohende Verdreifachung der Schadenssumme sowie das Risiko der Entscheidung durch eine schwer vorhersehbare Jury können selbst bei materiellrechtlich schwachen Klagen den Beklagten dazu bewegen, den Rechtsstreit im Vergleichswege beizulegen. Dieser Druck zum Vergleich wird gezielt verstärkt durch eine spezifische Regel des US-Kartellrechts, wonach der Regress eines gesamtschuldnerisch in Anspruch genommenen Kartellanten gegen seine Mitschuldner ausgeschlossen ist¹²². Hierdurch soll die Abschreckungswirkung von kartellrechtlichen Schadensersatzklagen und die Aussicht der Geschädigten auf schnelle Vergleiche erhöht werden, denn wer sich früh vergleicht, muss keine Inanspruchnahme mehr durch die Geschädigten

120 Dies gilt natürlich umso mehr unter Präventionsgesichtspunkten.

121 Etwa durch Eingehen von Vergleichen, die stärker dem eigenen finanziellen Interesse der Einrichtung dienen als den Interesse der „vertretenen“ Geschädigten.

122 Näher m.w.Nachw. *AMC*, Report, 251 ff., siehe auch Stellungnahme der *American Bar Association* zum Grünbuch, S. 67 f.

auf den vollen Betrag der Gesamtschuld und auch keinen Regress seiner Mitschuldner mehr fürchten.

Derartiger Druck zum Vergleich lässt sich missbrauchen, etwa durch spekulative oder unbegründete Klagen (sog. *strike* oder *hold-up suits*), die allein in der Hoffnung erhoben werden, dass Beklagte angesichts der genannten Risiken und Kosten das Verfahren lieber durch einen schnellen Vergleich beenden, als auf eine materiell-rechtliche Klärung im Urteil zu setzen. Anwälte betreiben eine derartige Strategie bisweilen aus finanziellem Eigeninteresse (mit Blick auf ihre *quota litis* bzw. eine separate Vergleichsabsprache über Anwaltskosten), was insbesondere in *class action*-Fällen mit verdreifachtem Schadensersatz lukrativ erscheinen mag. Wird in oder vor Vergleichsgesprächen für den Fall des Scheiterns mit sehr teuren oder personell belastenden *discovery*-Maßnahmen gedroht (etwa einer umfassenden Vernehmung des Vorstandsvorsitzenden), spricht man von *discovery blackmail*. Eine solche Strategie kann nicht nur der Kläger, sondern durchaus auch der Beklagte anwenden, etwa wenn finanziell schwächer aufgestellte Kläger mit kostentreibender *discovery* zur Aufgabe des Verfahrens oder zu einem für den Beklagten äußerst günstigen Vergleichen bewegt werden sollen.

Zwar dürften auch in Europa die allgemeinen Anreize zu einem Vergleich häufig vorliegen (etwa der Wunsch nach möglichst zügiger Beendigung des Rechtsstreits, auch mit Blick auf mögliche Reputationsschäden bei langwierigen Prozessen). Im Weißbuch und in den EU-Mitgliedstaaten fehlt es aber an den sonstigen Ursachen für den besonderen Druck zur außergerichtlichen Streitbeilegung wie er in den USA besteht; Beklagte können sich gegen unbegründete Klagen erfolgreich verteidigen. Das liegt zum einen an der *loser pays*-Regel. Sie bewirkt, dass mutwillig oder missbräuchlich herbeigeführte Kosten der anderen Seite im Unterliegensfall zu erstatten sind. Vor allem aber stellt sie in Europa einen Filter dar, der spekulative oder anderweitig zweifelhafte Klagen von vornherein von den Gerichten fernhält. Diese negative Anreizwirkung wird verstärkt durch das Fehlen von Mehrfachschadensersatz oder anderen spezifischen klagestimulierenden Regeln wie sie in den USA vorgesehen sind. Insbesondere gibt es in keinem Mitgliedstaat eine Regel, wonach ein vergleichsbereiter Kartellant aus seiner gesamtschuldnerischen Haftung entlassen und vor einem Regress der anderen Kartellanten geschützt wird. Im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes kann es zwar durch die Bündelungswirkung zu hohen Klagevolumina kommen. Besonders im Vergleich zu den USA begrenzt hier die Missbrauchsgefahr zusätzlich, dass nicht unkontrolliert ein beliebiger Kläger und sein Anwalt für die gesamte Gruppe der Geschädigten agieren können, sondern nur von den Mitgliedstaaten sorgfältig ausgewählte und kontinuierlich überwachte Einrichtungen dazu befugt sein sollen. Wird eine solche Einrichtung durch dubiose Praktiken oder Prozessstrategien auffällig, hat der betreffende Mitgliedstaat einen Widerruf der Klagebefugnis zu prüfen. Zum anderen kommt insbesondere auch bei Verbandsklagen die Filterfunktion der *loser pays*-Regel eine wichtige Funktion zu.

Oftmals sind es in den USA die Belastungen der *pre-trial discovery*, die Beklagte selbst bei zweifelhaften Klagen zu einem den Rechtsstreit früh abschließenden Vergleich bewegen. Eine Offenlegungsanordnung nach dem Weißbuch setzt, wie ge-

schildert, einen plausiblen Tatsachenvortrag sowie strenge richterliche Kontrolle der Erforderlichkeit der Offenlegung sowie der Verhältnismäßigkeit ihres Umfangs voraus, was Kosten und Belastungen (und damit ein Druckpotential) amerikanischen Ausmaßes verhindert. Zudem erwägt die Kommission eine gesonderte Sanktionsmöglichkeit durch das Gericht, sollte dieses einer Missbrauchsstrategie oder Zweckentfremdung des Zugangs zu Beweismitteln gewahr werden. Insgesamt dürfte die im Vergleich zu den USA aktivere Rolle des Richters in Europa (einschließlich England) eine große Bedeutung für die angemessene Prozessführung spielen.

E. Fazit

Die Sorge, dass die Vorschläge im Weißbuch amerikanische Verhältnisse bezeichten¹²³ oder sie herbeiführen würden, kann also als unbegründet gelten. Dies hat sich bereits daran gezeigt, dass sämtliche der einzelnen Regelungen des Weißbuchs sich entscheidend von ihren vermeintlichen Entsprechungen im US-Recht unterscheiden. Das Bestreben der Kommission ist unverkennbar, auf Rechtsfiguren und –mechanismen zurückgreifen¹²⁴, wie sie in den Rechtsordnungen zahlreicher Mitgliedsstaaten bekannt sind und Anwendung finden¹²⁵. Insbesondere hat das Weißbuch, im Gegensatz zu einigen Optionen des Grünbuchs, bewusst von gezielten Anreizen zur Erhebung von Schadensersatzklagen abgesehen. Denn rechtpolitisch geht es der Kom-

- 123 Siehe in diesem Zusammenhang auch die Erwägung von *Stadler*, Sammelklage, S. 12: „Der bisweilen zu vernehmende ausdrückliche oder unterschwellige Vorwurf aus der Wirtschaft, die Versicherungen aus Brüssel und Berlin, man wolle keine amerikanischen Verhältnisse, seien bloßes Lippenbekenntnis, geht schon deshalb fehl, weil es keinerlei sachliche Gründe gibt, das Gegenteil zu wollen. Das Beispiel der USA zeigt gerade, dass class actions ihre abschreckende Wirkung und ihre Funktion, Marktverhalten zu steuern, letztlich verlieren, wenn begründete wie unbegründete Ansprüche durch „legal blackmailing“ gleichermaßen zum klägerischen Erfolg (durch Vergleiche) führen.“
- 124 Beispiele hierfür sind nicht zuletzt die Offenlegung von Beweismitteln nach *fact pleading* und strikter richterlicher Kontrolle bei anders nicht vermeidbarer Beweisnot (siehe oben C IV) und die Verbandsklage (siehe oben C III) sowie (hier nicht näher diskutiert) die Beweislastumkehr hinsichtlich des Verschuldens nach erfolgreichem Nachweis eines Verstoßes gegen Artikel 101 oder 102 (siehe Arbeitspapier Weißbuch Tz. 176 ff.; vgl. auch *Milutinović, Enforcement*, S. 183 ff.) und die Bindungswirkung von bestandskräftigen Entscheidungen nationaler Kartellbehörden im Schadensersatzprozess vor Zivilgerichten (siehe etwa § 33 Abs. 4 GWB, die in Fußnote 65 des Arbeitspapiers Weißbuch genannten Regelungen in Großbritannien und Ungarn sowie beispielsweise Art. 104 Abs. 4 des zum 1.12.2008 novellierten bulgarischen Gesetzes zum Schutz von Wettbewerb und Artikel 135 der tschechischen Zivilprozessordnung; zum Vorschlag der Kommission siehe nur die umfassende Diskussion bei *Grünberger* in diesem Band).
- 125 A.A. *Niemeier*, WuW 2008, 927: „Transplantation“, „Klauben aus dem Baukasten der class actions“. Zustimmend hingegen *Wagner-von Papp*, EWS 2009, 453. Vgl. auch *Cook*, GCP 2008, 63: „The White Paper can be viewed as an effort by the Commission to set achievable goals based on relatively conservative measures that have a realistic chance of being widely adopted.“

mission nicht darum, möglichst viele *private attorneys general* zu schaffen; sie will vielmehr in erster Linie den gegenwärtig in den Mitgliedstaaten bestehenden erheblichen Kompensationsdefiziten entgegenwirken und dadurch den vom Gerichtshof wiederholt aufgezeigten Vorgaben der Artikel 101 und 102 AEU-Vertrag gerecht werden¹²⁶.

Vor allem aber die Betrachtung des Zusammenspiels der verschiedenen Regelungen hat deutlich gemacht, dass die Vorschläge des Weißbuchs nicht zu den Wirkungsmechanismen des US-Rechts führen werden. Es stehen keine Kosten und Belastungen der Parteien zu erwarten, die mit amerikanischen Ausmaßen vergleichbar wären. Der bei kartellrechtlichen Schadensersatzprozessen in den USA beobachtete Druck zu außergerichtlichen Vergleichen selbst bei materiellrechtlich schwachen Ansprüchen und das daraus resultierende Missbrauchspotential sind in Europa ebenfalls nicht zu befürchten. Eine hohe Bereitschaft zur Erhebung von kartellrechtlichen Schadensersatzklagen wie in der US-amerikanischen *litigation culture* erscheint angesichts starker gegensteuernder Negativanreize (insbesondere der *loser pays*-Regel), der niedrigeren Positivanreize und der verbleibenden Schwierigkeiten für Kläger bei der Rechtsdurchsetzung sehr unwahrscheinlich. Zwar dürfte bei einer Umsetzung der Vorschläge des Weißbuchs auch in der EU die Zahl der Schadensersatzklagen steigen. Dies an sich kann angesichts der gegenwärtigen Kompensationsdefizite jedoch schwerlich als bedenklich angesehen werden. Im Gegenteil, verbesserte gerichtliche Rechtsschutzmöglichkeiten und deren Nutzung setzen wichtige Anreize zur außergerichtlichen Einigung und freiwilligen Wiedergutmachung der durch Kartellverstöße und Marktmachtmissbrauch zugefügten Schäden. Verbesserter gerichtlicher Rechtsschutz ist daher zur wirksamen Durchsetzung begründeter Schadensersatzansprüche unumgänglich und ein Gebot der materiellen Gerechtigkeit.

126 Siehe zu den zugrundeliegenden Erwägungen der Europäischen Kommission das Weißbuch Abschnitt 1.1 und 1.2 sowie den Folgenabschätzungsbericht Weißbuch Tz. 37 („deficit in terms of corrective justice“).

Literaturverzeichnis

- Abere, Andrew E., Trends in Private Antitrust Litigation: 2004–2007, abrufbar unter http://www.econgroup.com/peg_news_view.asp?newid=28&pageo=1.
- American Bar Association, Section of Antitrust Law and the Section of International Law, Comments in Response to the Request for Public Comment of the Commission of the European Communities On Damage Actions for Breaches of EU Antitrust Rules April 2006, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/>.
- Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations, 2007, abrufbar unter <http://www.amc.gov>.
- Baker, Donald I., Revisiting History – What Have We Learned About Private Antitrust Enforcement That We Would Recommend To Others?, 16 Loyola Consumer Law Review (2004), 379-408.
- Becker, Rainer / Bessot, Nicolas / De Smijter, Eddy, The White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, Competition Policy Newsletter 2008, Nr. 2, 4.
- Bone, Robert G., Twombly, Pleading Rules, and the Regulation of Court Access, 94 Iowa L. Rev. (2009) 874.
- Bork, Robert H., Comments to the Antitrust Modernization Commission on the Status of the Antitrust Laws, abrufbar unter: <http://govinfo.library.unt.edu/amc/comments/bork.pdf>
- Bulst, Friedrich Wenzel, Of arms and armour: The European Commission's White Paper on damages actions for breach of EC antitrust law, Bucerius Law Journal 2008, 81.
- Bulst, Friedrich Wenzel, Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht, 2006.
- Bulst, Friedrich Wenzel, Zum Manfredi-Urteil des EuGH. Schadensersatz im Kartellrecht, ZEuP 2008, 178.
- Calisti, Daniele / Kubik, Filip / Vollrath, Christian, Taking compensation seriously as part of an effective antitrust enforcement: The White Paper and beyond, OZK 2008, 203.
- Cavanagh, Edward D., Attorneys' Fees in Antitrust Litigation: Making the System Fairer, 57 Fordham L. Rev. (1988), 51.
- Cavanagh, Edward D., Detrebling Antitrust Damages: An Idea Whose Time Has Come?, 61 Tul. L. Rev. (1987), 777.
- Civic Consulting / Oxford Economics, Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union, Country report United Kingdom, S. 36, abrufbar unter http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/uk-country-report-final.pdf.
- Cook, Christopher J., Private enforcement of EU competition law in Members State Courts: Experience to date and the path ahead, Competition Policy International 2008, Nr. 2, 3-64.
- Dekeyser, Kris / Becker, Rainer / Calisti, Daniele, Impacts of public enforcement on antitrust damages actions. Some Likely Effects of Settlements and Commitments on Private Actions for Damages, in: Ehlermann, Claus-Dieter / Marquis, Mel (Hrsg.), European Competition Law Annual 2008 - Antitrust Settlements under EC Competition Law, 2009.
- Drexl, Josef, Zur Schadensersatzberechtigung unmittelbarer und mittelbarer Abnehmer im europäisierten Kartelldeliktsrecht, in: Heldrich et al. (ed.), Festschrift Canaris, 2007, 1339.
- Eilmansberger, Thomas, The Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules and Beyond: Reflections on the Utility and Feasibility of Stimulating Private Enforcement through Legislative Action" CMLRev. 2007, 431.

- Epstein, Richard, Twombly, After Two Years: The Procedural Revolution in Antitrust That Wasn't, Global Competition Policy, 2009, Heft 2, 2 (abrufbar unter <http://www.globalcompetitionpolicy.org/>).
- Europäische Kommission, Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen zum Weißbuch Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, Staff Working Paper SEC(2008) 404.
- Europäische Kommission, Folgenabschätzungsbericht zum Weißbuch Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, Impact Assessment Report, SEC(2008) 405.
- Europäische Kommission, Grünbuch Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM(2005) 672 endg.
- Europäische Kommission, Weißbuch Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM(2008) 165 endg. 2.4.2008.
- Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss, Stellungnahme zum Weißbuch „Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts“ KOM(2008) 165 endg. (AmtsBl. 2009/C 228/06).
- Europäisches Parlament, Entschließung vom 26. März 2009 zu dem Weißbuch: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts (2008/2154(INI)).
- Fiedler, Lilly, Class Actions zur Durchsetzung des europäischen Kartellrechts, Tübingen 2010 (im Erscheinen) (Diss. Konstanz 2009).
- Hellwig, Martin, Private Damage Claims and the Passing-On Defense in Horizontal Price-Fixing Cases: An Economist's Perspective, in: Jürgen Basedow (Hrsg.), Private Enforcement of EC Competition Law, 2007, S. 121.
- Hempel, Rolf, Privater Rechtsschutz im deutschen Kartellrecht nach der 7. GWB-Novelle, WuW 2004, 362.
- Hess, Burkhard, Aktuelle Tendenzen in der Prozessrechtsentwicklung in Europa, in: Casper, Matthias / Janssen, André / Pohlmann, Petra / Schulze, Reiner (Hrsg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, S. 135.
- Jansen, Nils, Die Struktur des Haftungsrechts. Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz, 2003.
- Kersting, Christian, Perspektiven der privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht, ZWeR 2008, 252.
- Komninos, Assimakis P., EC Private Antitrust Enforcement: Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts, 2008.
- Komninos, Assimakis P., The White Paper for damages actions: A first appraisal. Concurrences 2-2008, 1.
- Lehne, Kaus-Heiner, „Amerikanische Verhältnisse“, JUVE Rechtsmarkt 12/2009, 79.
- Lovell, M.C., Are Treble Damages Double Damages?, Journal of Economics and Business 1982, 263.
- McCarthy, Eric / Maltas, Allyson / Bay, Matteo / Ruiz-Calzado, Javier, Litigation culture versus enforcement culture. A comparison of US and EU plaintiff recovery actions in antitrust cases, The Antitrust Review of the Americas 2007, 38.
- Milutinović, Veljko, Enforcement of Articles 81 and 82 EC before National Courts Post-Courage: Enhancing a Community Policy or Shifting a Community Law Paradigm?, Diss. EHI Florenz 2008.

- Monopolkommission, Sondergutachten 41 zur 7. GWB-Novelle (Allg. WettbR), Baden-Baden 2004.
- Nebbia, Paolisa, Damages actions for the infringement of EC competition law: Compensation or Deterrence, E.L.Rev. 2008, 23.
- Niemeier, Wilhelm, Das Weißbuch – eine Abkehr von „amerikanischen Verhältnissen“?, WuW 2008, 927.
- Renda, Andrea, *et al.*, Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios, Final Report for the European Commission, DG COMP/2006/A3/012, 2007, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/>.
- Ritter, Jan-Stephan, Private Durchsetzung des Kartellrechts. Vorschläge des Weißbuchs der Europäischen Kommission, WuW 2008, 762.
- Roth, Wulf-Henning, Sammelklagen im Bereich des Kartellrechts, in: Casper, Matthias / Janssen, André / Pohlmann, Petra / Schulze, Reiner (Hrsg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, S. 109.
- Stadler, Astrid, Die Sammelklage nach US-amerikanischem Vorbild – Ein Modell für Europa? Vortrag auf der Tagung des Verbraucherzentrale Bundesverbandes „Gemeinsam stark – Neue Klagerichte für Verbraucher“ am 17. Juni 2008 Berlin, abrufbar unter http://www.vzbv.de/me_diapics/sammelklage_us_vorbild_astrid_stadler_17_06_2008.pdf.
- Stadler, Astrid, Grenzüberschreitender kollektiver Rechtsschutz in Europa, JZ 2009, 121.
- Stürner, Rolf, Duties of disclosure and burden of proof in the private enforcement of European Competition Law, in: Basedow, Jürgen (Hrsg.), Private Enforcement of EC Competition Law, 2007, S. 163.
- Stuyck, Jules et al., An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings („Leuven Study“), 2007, abrufbar unter http://ec.europa.eu/consumers/redress/reports_studies/comparative_report_en.pdf.
- Waelbroeck, Denis / Slater, Donald / Even-Shoshan, Gil, Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules. Comparative Report, 2004.
- Wagner, Eckart / Kleine, Maxim / Liebach, Ingo, Kartellrechtliche Schadensersatzklagen – Bewertung der Vorschläge der Europäischen Kommission im Weißbuch, EWS 2008, 318.
- Wagner, Gerhard, Urkundenedition durch Prozeßparteien – Auskunftspflicht und Weigerungsrechte, JZ 2007, 706.
- Wagner-von Papp, Florian, Der Richtlinienentwurf zu kartellrechtlichen Schadensersatzklagen, EWS 2009, 445.
- Weidenbach, Georg / Saller, Michael, Das Weißbuch der Europäischen Kommission zu kartellrechtlichen Schadensersatzklagen, BB 2008, 1020.
- Wils, Wouter, The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages, World Competition 2009, 3.

Kollektiver Rechtschutz im Kartellrecht

Rolf Hempel

A.	Einführung	73
I.	Begriff und Abgrenzungen	73
II.	Funktionen des kollektiven Rechtsschutzes im Kartellrecht	73
	1. Funktionen des kollektiven Rechtsschutzes	73
	2. Funktionen des privaten Rechtsschutzes im Kartellrecht	75
B.	Bestandsaufnahme zum kollektiven Rechtsschutz im Kartellrecht	77
I.	Kollektiver Rechtsschutz im deutschen Kartellrecht	77
	1. Kartellrechtliche Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes	77
	2. Allgemeine Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes	78
II.	Kollektiver Rechtsschutz im EG-Kartellrecht	79
	1. Aktuelle Rechtslage im EG-Kartellrecht	79
	2. Laufende Initiativen der Europäischen Kommission	79
III.	Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht der Vereinigten Staaten von Amerika	83
	1. Parens patriae-Klage nach Sections 4C bis 4H Clayton Act	83
	2. Class action nach Rule 23 der Federal Rules of Civil Procedure	84
C.	Bewertung der Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes	85
I.	Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes mit freiwilliger Bündelung von Klagen / Ansprüchen	86
II.	Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes mit unfreiwilliger Bündelung / Stellvertreterklagen	88
	1. Opt-out-Gruppenklage / class action	88
	2. Staat als Vertreter der durch einen Kartellrechtsverstoß Geschädigten	92
	3. Verbandsschadensersatzklage	93
D.	Fazit	95

Der private Rechtsschutz im Kartellrecht ist seit einigen Jahren en vogue. Oder präziser und anders gefasst: Das Thema der privaten Schadensersatzklage gerade bei Kartellen¹ ist eines der wichtigsten und spannendsten in der aktuellen Kartellrechtsentwicklung geworden: Der deutsche Gesetzgeber hat das Thema mit der 7. GWB-Novelle aufgegriffen. Die Kommission verfolgt seit einigen Jahren eine Initiative zur Stärkung der privaten Schadensersatzklagen im Kartellrecht.² Die Wissenschaft hat sich des Themas angenommen.³ In der Praxis hat der private Rechtsschutz gerade bei Verstößen gegen das Kartellverbot zunehmende Bedeutung erlangt. Dass sich die zunehmende Bedeutung des privaten Rechtsschutzes noch nicht in einem beobachtbaren Anstieg der Anzahl an Gerichtsentscheidungen über private Schadensersatzklagen abzeichnet, steht dieser Feststellung nicht im Wege. Rechtsstreite können ohne streitige Entscheidung beendet werden.⁴ Ein das Zementkartell betreffendes Großverfahren, dem einige Signalwirkung zukommt, ist noch nicht abgeschlossen.⁵ Schließlich gibt es Fälle im Vorfeld der Klageerhebung.⁶

Im Folgenden soll mit dem kollektiven Rechtsschutz ein Ausschnitt des privaten Rechtsschutzes im Kartellrecht näher betrachtet werden. Der kollektive Rechtsschutz im Kartellrecht zielt gerade auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen bei Kartellen.⁷ Dabei soll zunächst eine Klärung der hier verwendeten Begrifflichkeiten und eine Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands sowie eine kurze Prüfung der Funktionen des kollektiven Rechtsschutzes im Kartellrecht im Besonderen und des privaten Rechtsschutzes im Kartellrecht im Allgemeinen erfolgen (unter A.). Daran schließt sich eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme zum kollektiven Rechtsschutz im Kartellrecht an: In diese werden die Bundesrepublik Deutschland, die Europäische Gemeinschaft und schließlich die Vereinigten Staaten von Amerika einbezogen (unter B.). Es folgt eine Bewertung der verschiedenen, in der Bestandsaufnahme identifizierten Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im Kartellrecht (unter C.) und ein kurzes Fazit (unter D.).

- 1 Die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche bei Verstößen gegen die Verbote für marktbeherrschende Unternehmen, auch im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes, hat Tradition in Deutschland. Hierum geht es vorliegend nicht vorrangig.
- 2 Siehe näher unter B. II.
- 3 Vgl. an dieser Stelle nur: kritisch zur privaten Kartellrechtsdurchsetzung: *Möschen*, WuW 2007, 483 ff.
- 4 Z.B. durch Vergleichsschluss, vgl. den Fall des LG Dortmund v. 01.04.2004, 13 O 55/02 Kart – Vitaminpreise, WuW/E DE-R 1352.
- 5 Klage der belgischen Cartel Damages Claims SA gegen Mitglieder des Zementkartells: LG Düsseldorf v. 21.02.2007 – 34 O (Kart) 147/05 – Zementkartell, WuW/E DE-R 1948 (Zwischenurteil); OLG Düsseldorf v. 14.05.2008 – VI-U (Kart) 14/07 – Belgisches Kartellklageunternehmen, WuW/E DE-R 2311; BGH v. 07.04.2009 – KZR 42/08.
- 6 Z.B. Verhandlungen über Verjährungsverzichtserklärungen v.a. wegen Unklarheiten über die Anwendbarkeit des § 33 Abs. 5 GWB.
- 7 Und in Ausnahmefällen bei Verstößen gegen die Verbote für marktbeherrschende Unternehmen (Art. 82 EG = Art. 102 AEUV, §§ 19, 20 GWB).

A. Einführung

I. Begriff und Abgrenzungen

Die Begrifflichkeiten und die Festlegung des Untersuchungsgegenstands sind auf den ersten Blick schnell geklärt. Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht wird hier als kollektive Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen Privater wegen Verstößen gegen das Kartellrecht verstanden.⁸ Abzugrenzen ist der Begriff und der Untersuchungsgegenstand von Schadensersatzklagen Einzelner wegen eines Kartellrechtsverstoßes. Es wird sich allerdings zeigen, ob es sich hierbei wirklich um ein Gegensatzpaar handelt. Nicht Gegenstand der vorliegenden Abhandlung ist die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen, auch wenn es schon bisher Formen des kollektiven Rechtsschutzes gibt, die allein Unterlassungsansprüche betreffen.⁹ Nicht Gegenstand der Abhandlung ist weiterhin die behördliche Kartellrechtsdurchsetzung. Auch insoweit gilt allerdings, dass die Abgrenzung selbst auf dem Prüfstand stehen muss, da es Formen der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung gibt, die als kollektiver Rechtsschutz angesehen werden können und auch typische Funktionen der privaten Kartellrechtsdurchsetzung wahrnehmen.

II. Funktionen des kollektiven Rechtsschutzes im Kartellrecht

Die Funktionen des kollektiven Rechtsschutzes im Kartellrecht sind – bei der hier zum Ausgangspunkt genommenen Begrenzung des Untersuchungsgegenstands – die der privaten Kartellrechtsdurchsetzung, ergänzt um die besonderen Funktionen gerade des kollektiven Rechtsschutzes. Auf beide, die besonderen Funktionen des kollektiven Rechtsschutzes zum einen und die Funktionen des privaten Rechtsschutzes im Kartellrecht zum anderen, sei hier ein kurzer Blick geworfen.

1. Funktionen des kollektiven Rechtsschutzes

Der Ansatzpunkt des kollektiven Rechtsschutzes liegt darin, dass den einzelnen Betroffenen eines Kartellrechtsverstoßes bei geringfügigen Schäden, z.B. den Verbrauchern als unmittelbare oder mittelbare Abnehmer eines Preiskartells, der Anreiz fehlt, den Aufwand und die Risiken eines Rechtsstreits zur Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen des Kartellrechtsverstoßes auf sich zu nehmen. Mit dem Aufwand sind hier die Kosten für die Durchsetzung, also typischerweise die Rechtsverfolgungskosten (Gerichts- und Anwaltskosten), aber weitergehend auch

8 Dass die Umschreibung als „gemeinsame Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen“ den Kern des kollektiven Rechtsschutzes nicht trifft, wird sich zeigen (siehe unter C.).

9 Vgl. § 33 Abs. 2 GWB.

der übrige Aufwand, wie z.B. Investitionen in die Aufdeckung des Kartellrechtsverstoßes, in die Schadensermittlung und in die Vorbereitung der Rechtsverfolgung gemeint. Man kann diese Situation, in der die Geltendmachung von Ansprüchen unterbleibt, weil sich typischerweise ein geringfügiger Schaden auf der einen Seite und ein den Schaden übersteigender Aufwand und ein Kostenrisiko auf der anderen Seite gegenüberstehen, „Streuschadensproblematik“ nennen.¹⁰ Ökonomen sprechen von „rationaler Apathie“.¹¹ Die Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes dienen – noch ganz neutral formuliert – dazu, auch bei dem Vorliegen von Streuschäden eine Rechtsdurchsetzung zu erreichen.¹² Aufwand und Risiko für die Geschädigten und potentiellen Kläger können auch anderweitig beeinflusst werden als durch die Einführung von Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes. Übliche Ansatzpunkte für eine solche Beeinflussung sind die Prozesskostentragungs- und –erstattungsregelungen¹³, die Regelungen über die Honorierung der Anwälte und – auf der vorgelagerten Ebene der Prozesskostenrisikobeeinflussung – die Regelungen zur Darlegungs- und Beweislast für Kartellrechtsverstöße. Für solche Regelungen gibt es Grenzen, da mit der Erhöhung der Klageanreize auch die Gefahr des Missbrauchs der Schadensersatzklage einhergeht.¹⁴ Der kollektive Rechtsschutz dient also dazu, Anreize zur Geltendmachung von Schadensersatzklagen bei Streuschäden zu schaffen. Eine andere Form der Anreizsetzung ist die Vervielfachung des Schadensersatzes, wie es bei den treble damages nach Section 4(a) Clayton Act geschieht.¹⁵

Ein zweiter Zweck des kollektiven Rechtsschutzes liegt in der Reduzierung der Rechtsdurchsetzungskosten im Vergleich zu einzeln und womöglich auch noch vor verschiedenen Gerichten erhobenen Klagen.¹⁶

Schließlich soll der kollektive Rechtsschutz auch der Bildung von Gegenmacht zu den Schädigern dienen und damit die Position der Geschädigten bei außergerichtli-

10 Vgl. hier nur *Kommission*, Weißbuch Schadensersatzklagen, KOM(2008) 165 endg. (nachfolgend: „Weißbuch“), S. 4, *Bundesregierung*, Begründung Entwurf 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 36.

11 „Rational apathy“, vgl. *Schäfer*, 9 (3) Eur. J. Law & Econ. (2000), 183, 185; *CEPS / EUR / LUISS*, Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios, Report for the European Commission, Final Report, 2007, 277 f. (nachfolgend: „Impact Report“).

12 Die sich anschließende Frage, welcher Zweck damit verfolgt wird, zielt auf die Funktionen des privaten Rechtsschutzes im Kartellrecht selbst (hierzu sogleich).

13 Einschließlich der Regelungen über den Umfang der erstattungsfähigen Kosten.

14 Vgl. zu den Zusammenhängen: *Hempel*, Privater Rechtsschutz, 2002, S. 324, 328. Theoretisch denkbar, wenn auch offensichtlich unsinnig wäre z.B. eine völlige Freistellung des Klägers vom Prozessrisiko durch eine Regelung, nach der der Beklagte immer – d.h. unabhängig vom Prozessergebnis – alle Kosten des Klägers zu erstatten hat.

15 Vgl. zur Anreizsetzung durch eine solche Vervielfachung: *Hempel*, Privater Rechtsschutz, 2002, S. 281 f. und 294 ff.

16 Für die class action des US-Rechts: *Hempel*, Privater Rechtsschutz, 2002, S. 216. Allg. für den kollektiven Rechtsschutz: *Kommission*, Weißbuch, S. 4; vgl. auch *CEPS / EUR / LUISS*, Impact Report (Fn. 11), 277.

chen und vor Gericht stattfindenden Verhandlungen zwischen Geschädigten und Schädigern über die Schadensersatzansprüche stärken.¹⁷

2. Funktionen des privaten Rechtsschutzes im Kartellrecht

Die Funktionen des privaten Rechtsschutzes im Kartellrecht sind vielfältig. Sie reichen von der Abschreckung von Kartellrechtsverstößen über den Schadensausgleich, die Ergänzung der notwendigerweise lückenhaften behördlichen Durchsetzung und der Nutzbarmachung privaten Sachverstands und privater Sachnähe bis hin zur Selbsthilfe.¹⁸

Immer wieder wird die Frage nach dem Zweck des privaten Rechtsschutzes im Kartellrecht und insbesondere der privaten Schadensersatzklage im Kartellrecht zugespielt auf die Frage nach einem Vorrangverhältnis zwischen dem Schadensausgleich und der Abschreckung von Kartellrechtsverstößen. Diese Funktionen der privaten Schadensersatzklage im Kartellrecht haben für die Entscheidung für oder gegen ein bestimmtes Instrument des kollektiven Rechtsschutzes oder eine bestimmte nähere Ausgestaltung Bedeutung. Auf sie wird im Folgenden immer wieder zurückzukommen sein. Zunächst sei aber der Frage nachgegangen, ob sich ein Vorrangverhältnis zwischen dem Ausgleichsziel und dem Abschreckungsziel der privaten Schadensersatzklage im Kartellrecht feststellen lässt:

Der deutsche Gesetzgeber, der mit der 7. GWB-Novelle den privaten Rechtsschutz im Kartellrecht erheblich ausgebaut hat, wollte damit ausweislich der Regierungsbegründung ein effektives zivilrechtliches Sanktionssystem schaffen, von dem eine zusätzliche Abschreckungswirkung ausgeht. Gerade der Schadensersatzanspruch wurde aufgewertet, um einen wirksamen Ausgleich für die durch einen Kartellrechtsverstoß Geschädigten sicherzustellen und zugleich den abschreckenden Effekt verstärken.¹⁹ Ganz maßgeblich ging es dem Gesetzgeber also um eine Verbesserung der Abschreckung. Dies galt bereits für die Ursprungsfassung des GWB: Damals wählte der Gesetzgeber die Vorschrift des § 823 Abs. 2 BGB als Vorbild für die spezielle Regelung zum kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch.²⁰ Diese Vorschrift belegt aber sehr deutlich die Funktion des Deliktsrechts als Mittel zur Verhaltenssteuerung durch Prävention. Anders als bei dem Rechtsgüterschutz nach

17 Vgl. nur *Kommission*, Staff Working Paper Damages actions, SEC(2005) 1732, Tz. 193; Vgl. schon zur Verbandsklage im GWB 1958: *Bundestag*, Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik, zu BT-Drucks. 2/644, 31; zur class action: *Hempel*, Privater Rechtsschutz, 2002, S. 231 m.w.N.; die Gegenmachtfunktion steht auch im Zusammenhang mit der sog. Gefahr von Gegenschlägen, vgl. hierzu nur *K. Schmidt*, Leistungsgrenzen, 1978, S. 104 f.

18 Vgl. hier nur die Zusammenstellung bei *Hempel*, Privater Rechtsschutz, 2002, S. 235 ff. mit vielen weiteren Nachweisen auch zu vergleichbaren Zusammenstellungen.

19 *Bundesregierung*, Begründung Entwurf 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 35.

20 Im Entwurf § 28 GWB; später § 35 GWB; *Bundesregierung*, Begründung GWB, BT-Drucks. 2/1158, 44.

§ 823 Abs. 1 BGB setzen Ansprüche nach § 823 Abs. 2 BGB die Verletzung eines Schutzgesetzes voraus. Durch die Definition von Schutzgesetzen, die der Gesetzgeber den Gerichten überlassen hat, erfolgt auf diese Weise ausnahmsweise ein Schutz des Vermögens. Das Vermögen stellt als solches kein geschütztes Rechtsgut im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB dar. Beeinträchtigungen des Vermögens führen mithin nicht zu Schadensersatzansprüchen nach dieser Vorschrift. Daraus kann man aber schließen, dass der begrenzte Vermögensschutz durch § 823 Abs. 2 BGB nicht um seiner selbst willen, sondern zur Durchsetzung des Schutzgesetzes erfolgt und damit zur Verhaltenssteuerung durch Abschreckung.²¹

Auch die Kommission sah in der Abschreckung einen tragenden Grund für ihr Bekenntnis zum privaten Rechtsschutz.²² Aktuellere Verlautbarungen der Kommission deuten darauf hin, dass sie in der Abschreckung jetzt nur noch eine zwangsläufige, allerdings durchaus erwünschte Nebenfolge der Schadensersatzklage sieht. Der Hauptzweck der privaten Schadensersatzklage soll der Schadensausgleich sein.²³ Man mag sich fragen, ob die Kommission nur die Formulierung geändert hat, z.B. um Bedenken aus den Mitgliedstaaten gegen ein „private enforcement US-style“ auszuräumen oder ob die Kommission ihre Ansicht zum privaten Rechtsschutz grundlegend geändert hat.

Für das Kartellrecht der Vereinigten Staaten von Amerika ist durch den U.S. Supreme Court anerkannt, dass die private Schadensersatzklage Abschreckungsfunktion hat. Sie hat auch Ausgleichsfunktion. In einigen Punkten wie z.B. bei der Anspruchsberechtigung und bei dem sog. pass-on tritt diese aber hinter die Abschreckungsfunktion zurück.²⁴

Aus ökonomischer Sicht fällt die Antwort nach einem Vorrang eindeutig aus: Dem Schadensausgleich kommt als solchem keine eigenständige Bedeutung zu. Im Ergebnis wird der Schadensausgleich aber von vielen Vertretern der ökonomischen Analyse des Rechts dennoch als erforderlich angesehen, da er einen Anreiz für potentielle Opfer schafft, von ineffizienten Schadensvermeidungsmaßnahmen abzusehen.²⁵

21 Mit anderen Worten: Der Gesetzgeber schaffte keinen Schadensersatzanspruch zur Verteidigung eines Rechtsguts, sondern definiert ausnahmsweise einen Schutz des Vermögens, um an dessen Beeinträchtigung durch Verstoß gegen das den Schutz bestimmende Gesetz Schadensersatzansprüche knüpfen zu können. Vgl. in diese Richtung wohl K. Schmidt, Leistungsgrenzen, 1978, S. 17 f.

22 Siehe *Kommission*, Bekanntmachung über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 85 und 86 des EWG-Vertrags, ABl. Nr. C 39 vom 13.02.1993, S. 6, Tz. 16: Die Kommission betont dort gerade die Abschreckungswirkung der Schadensersatzklage und nicht so sehr, dass ein Schadensausgleich erreicht wird; vgl. auch Monti, ERA-Forum I-2001, 3: „from an enforcement point of view“; zu weiteren Nachweisen: Hempel, Privater Rechtsschutz, 2002, S. 244.

23 Vgl. näher unten B. II.

24 Vgl. hier nur Hempel, Privater Rechtsschutz, 2002, S. 238, 243 f. m.w.N.

25 Mehr als ein Anschneiden dieser Frage kann hier nicht erfolgen. Vgl. zum ganzen Hempel, Privater Rechtsschutz, 2002, S. 256 ff., und zur Bedeutung des Schadensausgleichs anschaulich: Easterbrook, 28 J. Law & Econ. 445, 450 (1989).

B. Bestandsaufnahme zum kollektiven Rechtsschutz im Kartellrecht

I. Kollektiver Rechtsschutz im deutschen Kartellrecht

Das deutsche Recht sieht Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes vor und zwar sowohl spezifisch kartellrechtliche Instrumente (unter 1.) wie auch allgemeine Instrumente (unter 2.).

1. Kartellrechtliche Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes

Die Verstärkung des privaten Rechtsschutzes im deutschen Kartellrecht durch den Gesetzgeber der 7. GWB-Novelle betraf auch den kollektiven Rechtsschutz. Die Unterlassungsklage durch Verbände nach § 33 Abs. 2 GWB bleibt hier außen vor, da sie – wie eingangs dargelegt – außerhalb des Untersuchungsgegenstands liegt. Ihre kurze Erwähnung ist aber erforderlich. Der Gesetzgeber der 7. GWB-Novelle hielt an diesem überkommenen Instrument fest. Er sah dabei erstens von einer Ausdehnung der Anspruchsberechtigung auf Verbraucherschutzverbände²⁶ und zweitens – was hier noch wichtiger ist – von der Einführung von Verbandsschadensersatzklagen ab.²⁷ Neu eingeführt wurde 2005 eine Vorteilsabschöpfung durch Verbände (§ 34 a GWB). Gesetzgeberischer Zweck war der jeder Regelung zum kollektiven Rechtsschutz im Kartellrecht – die Lösung der Streuschadensproblematik.²⁸ Das Instrument der Vorteilsabschöpfung durch die Verbände dient nach der Vorstellung des Gesetzgebers rein präventiven Zwecken.²⁹ Es wurde durch den Gesetzgeber allerdings sehr restriktiv ausgestaltet: Die Vorteilsabschöpfung durch Verbände kommt nur subsidiär zur behördlichen Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB zur Anwendung und ist von weiteren Beschränkungen des Anwendungsbereichs geprägt: Sie ist – anders als vorrangige Vorteilsabschöpfung durch die Behörde – nur bei vorsätzlichen Kartellrechtsverstößen möglich. Der Kartellrechtsverstoß muss zulasten einer Vielzahl von Abnehmern oder Anbietern gegangen sein. Das Merkmal spiegelt das Ziel wieder, die Streuschadensproblematik zu erfassen. Schließlich ist auch die Anspruchsberechtigung beschränkt. Anspruchsberechtigt sind nur recht-

26 Anders noch der Referentenentwurf, dazu *Hempel*, WuW 2004, 362, 372, und der Regierungsentwurf, *Bundesregierung*, Begründung Entwurf 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 35, mit der Begründung, der Wettbewerb diene immer auch dem Verbraucher. Erst im Vermittlungsausschuss wurde die Ausdehnung wieder gestrichen: vgl. *Vermittlungsausschuss*, Beschlussempfehlung Entwurf 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/5735, Ziff. 8.

27 Vgl. zu früheren Vorschlägen für Verbandsschadensersatzklagen: *Steindorff*, ZHR 138 (1974), 504, 516 f.; *K. Schmidt*, Leistungsgrenzen, 1978, S. 35 ff. und 44 f.; zur Bewertung *Hempel*, Privater Rechtsschutz, 2002, S. 320 f.

28 *Bundesregierung*, Begründung Entwurf 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 36.

29 In der Gesetzesbegründung wird es explizit als subsidiär geltende zivilrechtliche Sanktionsmöglichkeit bezeichnet: *Bundesregierung*, Begründung Entwurf 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 36.

fähige Verbände zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen, die auch die weiteren Anforderungen des § 33 Abs. 2 GWB an die Mitgliederzahl, an die Gleichartigkeit der Mitglieder, an die Finanzkraft und an den Satzungszweck erfüllen. Verbraucherschutzverbände sind nicht anspruchsberechtigt. Der abgeschöpfte Vorteil ist an den Staat abzuführen. Es findet keine Verteilung an die Geschädigten bzw. Verbandsmitglieder statt. Hierdurch wird belegt, dass dieses Instrument des kollektiven Rechtsschutzes ausschließlich der Abschreckung und nicht dem Schadensausgleich dient. Nach der Gesetzesbegründung soll durch die Abführung der abgeschöpften Mehrerlöse an den Staat verhindert werden, dass die Geltendmachung des Anspruchs durch die Verbände zu Einnahmezwecken erfolgt.³⁰ Die Vorschrift des § 34a GWB sieht weiterhin eine komplizierte Anrechnungs- und Erstattungslösung für den Fall der parallelen Geltendmachung individueller Schadensersatzansprüche von Geschädigten vor. Vorbild für die Vorschrift über die Vorteilsabschöpfung war die vergleichbare, allerdings dort auch für Verbraucherschutzverbände geltende Regelung in § 10 UWG. Das kartellrechtliche Instrument der Vorteilsabschöpfung durch Verbände hat bislang keine praktische Bedeutung erlangt.³¹ Das war vorhersehbar.³²

2. Allgemeine Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes

Im deutschen Recht bestehen im Übrigen allgemeine Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes. Hierbei kann zwischen prozessualen und materiellrechtlichen Instrumenten unterschieden werden: Das Zivilprozessrecht erlaubt mit der Streitgenossenschaft nach §§ 59 ff. ZPO eine gewisse Bündelung von Klagen. Eine weitere prozessuale Lösung für die Bündelung von Einzelklagen zu einer kollektiven Klage bietet das Institut der gewillkürten Prozessstandschaft.³³ Eine allgemeine Regelung für Musterprozesse gibt es im deutschen Zivilprozessrecht nicht.³⁴ Daneben ist als materiellrechtliches Instrument die Bündelung von Ansprüchen beim Kläger durch Forderungsabtretung möglich. Diese Lösung wurde von der Cartel Damages Claims SA (CDC) im Zementkartellverfahren³⁵ und jetzt auch im Bleichmittelkartell gewählt. Bei der CDC handelt es sich um eine Gesellschaft belgischen Rechts, die Schadensersatzansprüche durch Abtretung bündelt und im Ergebnis an dem Erstrit-

30 Bzw. „missbraucht“ wird, so *Bundesregierung*, Begründung Entwurf 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 36.

31 In der Öffentlichkeit ist nichts über Verfahren nach § 34a GWB bekannt, in Juris sind keine Entscheidungen zu dieser Vorschrift nachgewiesen (Stand: 19.09.2009).

32 Vgl. zur Bewertung näher unter C.

33 Mögliche prozessuale Probleme im Zusammenhang mit diesem Instrument sollen hier nicht thematisiert werden.

34 Bereichsspezifische Ausnahmen gibt es z.B. nach dem zeitlich befristeten Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz. Auch das Verwaltungsprozessrecht sieht mit §93a VwGO Musterverfahren vor.

35 Vgl. die Nachweise oben bei Fn. 5.

tenen im Sinne einer quota litis partizipiert. Weitere Klagen der CDC, die auf solchen Abtretungslösungen beruhen, sind nach Darstellung der CDC geplant.³⁶ Auf einer Bündelung von Ansprüchen durch Abtretung und einer Beteiligung am Erstrittenen beruhen auch die Geschäftsmodelle von ACDA – Association for Cartel Damages Actions – und von Talionis.³⁷

II. Kollektiver Rechtsschutz im EG-Kartellrecht

Zunächst sei kurz auf die Rechtslage im Jahre 2009 eingegangen (unter 1.), bevor die aktuellen Pläne und Initiativen der Europäischen Kommission im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes dargestellt werden (unter 2.).

1. Aktuelle Rechtslage im EG-Kartellrecht

Bislang gibt es im EG-Kartellrecht keine Regelungen zur kollektiven privaten Kartellrechtsdurchsetzung. Die privatrechtlichen Rechtsfolgen von Verstößen gegen das EG-Kartellrecht richten sich, von der direkten Anordnung in Art. 81 Abs. 2 EG (jetzt Art. 101 Abs. 2 AEUC) abgesehen³⁸, nach dem Recht der Mitgliedstaaten. Diese sind bei der Ausgestaltung allerdings an EG-rechtliche Vorgaben gebunden.³⁹ Schon vor den aktuellen Plänen der Kommission für eine Verstärkung des privaten Rechtsschutzes im EG-Kartellrecht durch neue Regelungen des Gemeinschaftsrechts hat es Vorschläge hierfür gegeben. Verwiesen sei an dieser Stelle insbesondere auf die konkreten Vorschläge des früheren Generalanwalts *van Gerven*, die auch die Einführung einer Verbandsschadensersatzklage umfassten.⁴⁰

2. Laufende Initiativen der Europäischen Kommission

Bei der Kommission sind gegenwärtig zwei Generaldirektionen mit dem kollektiven Rechtsschutz befasst. Die Generaldirektion Wettbewerb strebt eine generelle Förderung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung an. Der Ausbau des kollektiven Rechts-

36 Wirtschaftswoche Nr. 18 v. 27.04.2009, S. 52 f.

37 Vgl. www.kartellschadensersatz.de (11.10.2009), www.talionis.de (11.10.2009).

38 Ebenfalls abgesehen von Art. 7 Abs. 4 FKVO: Das fusionskontrollrechtliche Vollzugsverbot und dessen zivilrechtliche Sanktionierung kann durchaus Gegenstand privater Rechtsstreitigkeiten auch mit nicht am Zusammenschluss Beteiligten sein.

39 Vgl. hierzu zuletzt: EuGH v. 20.09.2001, Rs. C-453/99 – *Courage*, Slg. I-6297 und EuGH v. 13.07.2006, verb. Rs. C-295/04 - C-298/04 – *Manfredi*, Slg. 2006, I-6619. Die Entscheidungen haben eine Diskussion darüber ausgelöst, ob sich der Schadensersatzanspruch bei Verstößen gegen das EG-Kartellrecht direkt aus dem EG-Recht ergibt.

40 *Van Gerven*, in Ehlermann / Atanasiu, European Competition Law Annual 2001, 2003, 53 ff.

schutzes ist nur ein Baustein einer breiter angelegten Initiative (dazu unter a)). Die Generaldirektion für Gesundheit und Verbraucher befasst sich mit dem Thema des kollektiven Rechtsschutzes unter dem Blickwinkel des Verbraucherschutzes (dazu kurz unter b)).

a) Pläne für den kollektiven Rechtsschutz im EG-Kartellrecht

Die Pläne der Kommission für eine Förderung des privaten Rechtsschutzes im Kartellrecht sind mittlerweile weit fortgeschritten und haben den (gesicherten) Stand des Weißbuchs erreicht. Seit April 2009 kursieren auch inoffizielle Entwürfe eines Vorschlags der Kommission für eine auf dem Weißbuch aufbauende Richtlinie. Die Kommission hat aber bislang keinen Entwurf einer solchen Richtlinie offiziell bekannt gemacht.⁴¹

Die Kommission schlägt die Einführung von zwei Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes vor, einer Verbandsschadensersatzklage und einer opt-in-Gruppenklage. Bereits im Grünbuch von 2005⁴² hatte die Kommission diese Instrumente zur öffentlichen Diskussion gestellt. Die spätere opt-in-Gruppenklage bezeichnete sie damals noch als „Sammelklage für Zwischenabnehmer“.⁴³ Während die Kommission im Grünbuch⁴⁴ Schadensausgleich und Abschreckung noch als gleichrangige Zwecke des privaten Rechtsschutzes im Kartellrecht darstellt, geht sie im Weißbuch von 2008 von einem Vorrangverhältnis des Ausgleichsziels aus. In der erhöhten Abschreckung sieht sie nur noch einen zwangsläufig eintretenden positiven Effekt.⁴⁵

Die Verbandsschadensersatzklage soll nach den Vorstellungen der Kommission von „qualifizierten Einrichtungen“ erhoben werden können. Die Kommission versteht im Weißbuch und im ausführlicheren „Commission Staff Working Paper“ zum Weißbuch⁴⁶ hierunter beispielsweise Verbraucherverbände, staatliche Institutionen oder berufsständische Organisationen. Für diese qualifizierten Einrichtungen soll in den Mitgliedstaaten ein Zulassungsverfahren bestehen, das der Verhinderung missbräuchlicher Klagen dienen soll. Bei den qualifizierten Einrichtungen unterscheidet die Kommission zwischen im Vorhinein zugelassenen Interessenverbänden und solchen, die ad hoc im Hinblick auf einen bestimmten Kartellrechtsverstoß zugelassen werden, um die Verbandsklage einzureichen. Während die im Vorhinein zugelassenen Interessenverbände für eine abstrakt definierte Gruppe von Geschädigten

41 Die diversen Entwürfe haben mithin nur anekdotischen Wert. Die Entwürfe von April und Juni werden im Folgenden beispielhaft dafür gewürdigt, wie die im Weißbuch vorgeschlagenen Instrumente konkret ausgestaltet werden könnten.

42 *Kommission*, Grünbuch Schadensersatzklagen, KOM(2005) 672 endg. (im Folgenden: „Grünbuch“), S. 10.

43 Dass es sich um eine opt-in-Klage handeln soll, ergibt sich nicht aus dem Grünbuch, sondern nur aus dem Staff Working Paper Damages actions, SEC(2005) 1732, Tz. 201.

44 *Kommission*, Grünbuch, S. 3.

45 *Kommission*, Weißbuch, S. 3.

46 SEC(2008) 404, dort zum folgenden Tz. 38 ff.

Klage erheben dürfen, die nicht notwendigerweise deckungsgleich mit den Mitgliedern des Verbands ist, erstreckt sich die Klagebefugnis der ad hoc zugelassenen Verbände nur auf die Ansprüche ihrer Mitglieder oder eines Teils ihrer Mitglieder. Das von dem Verband Erstrittene soll nach den Vorstellungen der Kommission zur Entschädigung der Vertretenen verwendet werden und nur in Ausnahmefällen anderweitig für Verbandszwecke verwendet werden. Die Kommission macht deutlich, dass Missbräuche der Verbandsklage u.a. durch geeignete Zulassungskriterien verhindert werden sollen. Die Zulassung von ad hoc-Verbänden will sie auf solche beschränken, deren Hauptziel die Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder und nicht gerade die Erhebung von Schadensersatzklagen ist.

Im inoffiziellen Richtlinienentwurf von April 2009 hat die Kommission ihre im Weißbuch erläuterten Vorschläge in die Form von Rechtsvorschriften gegossen.⁴⁷ Die Zulassungskriterien für die qualifizierten Einrichtungen sollen danach von den Mitgliedstaaten so gefasst werden, dass sichergestellt ist, dass der fragliche Verband auch tatsächlich in der Lage ist, Verbandsklagen zu erheben, und dass er auch im Interesse der durch ihn Vertretenen handelt. Von den Mitgliedstaaten wird eine wirksame Überwachung der Einhaltung der Zulassungskriterien verlangt und die Einführung von wirksamen Verfahren, um den Verbänden die Zulassung im Falle von Missbräuchen wieder zu entziehen. Über die Zulassung von Verbänden und die Entziehung der Zulassung ist die Kommission von den Mitgliedstaaten zu informieren. Sie führt ein öffentliches Verzeichnis der zugelassenen Verbände. Die Verbände sollen die von ihnen vertretenen Geschädigten abstrakt definieren. Sie sollen die Klageerhebung den Interessierten in geeigneter Form bekannt geben und das Gericht hierüber informieren, das weitere Bekanntgabemaßnahmen verlangen kann. Die einzelnen Geschädigten können das Recht ausüben, sich nicht von dem klagenden Verband vertreten zu lassen. Das Urteil des Gerichts über die Verbandsklage ist für alle Geschädigten, die durch den fraglichen Verband vertreten werden, bindend. Das von dem Verband für die Vertretenen Erstrittene ist weitestgehend an die Geschädigten zu verteilen. Ein Teil des Erstrittenen soll zur Deckung der Kosten des Verbands im Zusammenhang mit der Verbandsklage einbehalten werden dürfen. Wirksame Möglichkeiten für eine vergleichsweise Streitbeilegung sollen geschaffen werden.

Der inoffizielle Richtlinienentwurf von Juni 2009 verschärft die Anforderungen an die nicht staatlichen qualifizierten Einrichtungen, die zur Erhebung einer Verbandsklage befugt sein sollen, und ergänzt und präzisiert die Regelungen über die Verbandsschadensersatzklage.⁴⁸ Klagebefugte, nicht staatliche qualifizierte Einrichtungen sind nur noch solche, die nicht auf Gewinnerzielung ausgelegt sind und deren Hauptzweck darin liegt, die Interessen einer Gruppe von natürlichen oder juristischen Personen anders als durch die gewerbliche Rechtsberatung und Vertretung vor Gericht wahrzunehmen.⁴⁹ Die Anforderungen an die Erhebung und Führung der

47 Art. 5 und 6 des Richtlinienentwurfs April 2009.

48 Art. 6 und 7 des Richtlinienentwurfs Juni 2009.

49 Ziff. 8 der Präambel nennt – wie schon im Richtlinienentwurf April 2009 – neben den staatlichen Institutionen Verbraucher- und Wirtschaftsverbände. Durch die Verschärfung soll offen-

Verbandsklage werden ebenfalls verschärft: Der Verband hat die vertretene Gruppe durch Bezugnahme auf den in Frage stehenden Kartellrechtsverstoß und den entstandenen Schaden zu definieren. Diese Bestimmung der vertretenen Gruppe soll von dem angerufenen Gericht überprüft werden, das auf unzureichende Gruppendeditionen mit der Klageabweisung reagieren können soll. Diese Möglichkeit soll das Gericht auch in den Fällen haben, in denen der Verband den Aufforderungen des Gerichts nicht nachkommt, bei der Bekanntmachung der Klageerhebung nachzubessern. Genauer geregelt wird die Verteilung des Erstrittenen. Die Mitgliedstaaten sollen geeignete Verteilungsmechanismen sicherstellen, die dafür sorgen, dass das Erstrittene auch in den Taschen der Geschädigten landet. Diese Mechanismen umfassen eine Bestimmung desjenigen, der die Verteilung vorzunehmen hat, wirksame Verfahren zur Bekanntgabe der Verteilung und ausreichend Zeit für die Anmeldung der einzelnen Geschädigten, dass sie einen Teil des Erstrittenen für sich beanspruchen. Ausdrücklich festgehalten wird, dass die Kosten für die Verteilung von dem Beklagten zu tragen sind.

Das zweite Instrument, die opt-in-Gruppenklage, soll Lücken schließen, die das Instrument der Verbandsschadensersatzklage lässt. Solche Lücken werden gesehen, wenn ein Verband wegen Interessenkonflikten nicht gegen bestimmte Schädiger vorgehen kann, weil diese selbst Mitglieder des Verbands sind, wenn der Wille einiger Geschädigter dahin geht, sich nicht von ihrem Verband vertreten zu lassen oder wenn die Geschädigten noch nicht in Verbänden organisiert sind.⁵⁰ Per definitionem beruht die opt-in-Gruppenklage auf einem ausdrücklichen Zusammenschluss der Geschädigten. Weitere Konkretisierungen enthalten das Weißbuch und das Arbeitspapier zur opt-in-Gruppenklage nicht. Im inoffiziellen Richtlinienentwurf von April 2009 ist nur vorgesehen, dass die Gruppenklage von zwei oder mehr Klägern, die durch denselben Verstoß geschädigt wurden, erhoben und als einheitliche Klage behandelt wird und dass weitere Geschädigte sich der Klage anschließen können.⁵¹ Der inoffizielle Richtlinienentwurf von Juni 2009 lässt den Formulierungsvorschlag für die opt-in-Gruppenklage unverändert.⁵² In der Präambel wird festgehalten, dass die Gruppenklage insbesondere im Hinblick auf die Kosten und die Verwendung von Beweismitteln als eine Klage behandelt werden soll.⁵³

sichtlich jede Form der Einnahmenerzielung durch die Verbandsklage ausgeschlossen werden.

50 Zum Vorstehenden: *Kommission*, Weißbuch, S. 5, und Staff Working Paper Damages actions, SEC(2008) 404, Tz. 57 ff., 60.

51 Art. 4 des Richtlinienentwurfs April 2009.

52 Art. 5 des Richtlinienentwurfs Juni 2009.

53 Ziff. 7 der Präambel, Richtlinienentwurf Juni 2009.

b) Pläne für den kollektiven Rechtsschutz im Bereich des Verbraucherschutzes

Die parallel verlaufende Initiative der Generaldirektion Gesundheit und Verbraucher hat noch nicht den Stand erreicht hat, den die Pläne der Generaldirektion Wettbewerb für den kollektiven Rechtsschutz im Kartellrecht erreicht haben.

In ihrem Grünbuch über kollektive Rechtsdurchsetzungsverfahren für Verbraucher vom 27.11.2008⁵⁴ stellt die Kommission noch kein fertiges Instrument des kollektiven Rechtsschutzes vor, sondern benennt nur die bei Einführung eines konkreten Instruments zu entscheidenden Fragen. Die nach Auffassung der Generaldirektion bestehende Missbrauchsgefahr bei Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes soll nach den Vorstellungen der Kommission durch drei Umstände eingedämmt werden: eine erhöhte richterliche Aufsicht, die Zulassung von Verbänden, die die Kollektivklage erheben sollen, und – die in Europa sowieso vorherrschende – Unterliegens-haftung für die Prozesskosten. Opt-out-Lösungen werden einer angeblichen Neigung zu einer Prozessflut und wegen der Kosten der Verteilung des Erstrittenen schon bei dieser noch recht offenen und abstrakten Betrachtung der Optionen skeptisch beurteilt.⁵⁵

III. Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht der Vereinigten Staaten von Amerika

Der Inbegriff des kollektiven Rechtsschutzes im US-Kartellrecht und zugleich Vorbild, Maßstab oder abschreckendes Beispiel für Gesetzgeber in diesem Bereich ist selbstverständlich die class action nach Rule 23 der Federal Rules of Civil Procedure. Zunächst sei zur Abgrenzung der Blick aber auf ein anderes Instrument des kollektiven Rechtsschutzes im US-Kartellrecht gerichtet – die auf dreifachen Schadensersatz gerichtete parens patriae-Klage nach Sections 4C bis 4H Clayton Act.

1. Parens patriae-Klage nach Sections 4C bis 4H Clayton Act

Wie § 34 GWB ist die parens patriae-Klage, die von den Attorneys General der US-Bundesstaaten erhoben werden kann und auf Ersatz des dreifachen Schadens gerichtet ist, nach den oben gewählten Abgrenzungen der behördlichen Durchsetzung zuzuordnen.

Das Regelungsziel der parens patriae-Klage ist aber das gleiche wie das des kollektiven privaten Rechtsschutzes. Sie soll Schadensersatz für Verbraucher ermöglichen, selbst wenn sich für diese eine eigene Klage angesichts der geringen Beträge

54 KOM(2008) 794 endg.

55 Kommission, Grünbuch über kollektive Rechtsdurchsetzungsverfahren für Verbraucher, KOM(2008) 794 endg. Tz. 48 ff., zur Missbrauchsgefahr Tz. 52, zum opt-out: Tz. 56.

für den einzelnen Geschädigten nicht lohnt.⁵⁶ Tatsächlich führen parens patriae-Klagen allerdings selten zu Ersatzleistungen an die Geschädigten. Die sogenannte „fluid recovery“, also eine nicht schadensorientierte Verteilung des Erstrittenen, steht ganz im Vordergrund.⁵⁷

2. Class action nach Rule 23 der Federal Rules of Civil Procedure

Der class action werden im US-Schrifttum individuelle Funktionen wie die der Ermöglichung eines Schadensausgleichs bei nur geringen individuellen Vermögensschäden und überindividuelle wie die Erhöhung der Abschreckung zuerkannt.⁵⁸

Die Erhebung einer class action setzt zunächst voraus, dass die durch den Kläger⁵⁹ vertretene Klasse so groß ist, dass eine Streitgenossenschaft unpraktisch ist, dass eine allen Klassenmitgliedern gemeinsame Rechts- oder Tatsachenfrage vorliegt, dass der Anspruch des die Klasse vertretenden Klägers typisch für die Ansprüche der Klassenmitglieder ist und schließlich, dass der die Klasse vertretende Kläger die Interessen der Klasse fair und angemessen wahrnehmen wird.⁶⁰ Das Gesetz kennt verschiedene Typen von zulässigen class actions, von denen bei der kollektiven Geltendmachung von kartellrechtlichen Schadenersatzansprüchen der dritte Typ einschlägig ist.⁶¹ Bei diesem Typ der class action wird für die Zulässigkeit weiter vorausgesetzt, dass den Klassenmitgliedern gemeinsame Rechts- oder Tatsachenfragen vorliegen, die so bedeutsam sind, dass sie gegenüber möglicherweise für die einzelnen Klassenmitglieder unterschiedlichen Einzelfragen überwiegen, und dass die class action anderen verfügbaren Mitteln einer fairen und effizienten Erledigung des Rechtsstreits überlegen ist. Das Gericht berücksichtigt bei der Prüfung dieser Zulässigkeitsvoraussetzung das Interesse der Klassenmitglieder daran, ihre Ansprüche allein und unabhängig zu verfolgen, das Ausmaß und die Eigenheit bereits anhängiger Verfahren, die die Klasse betreffende Rechtsstreitigkeiten zum Gegenstand haben, das Bedürfnis, den Rechtsstreit vor einem bestimmten Gericht zu bündeln und schließlich die Schwierigkeiten bei der Handhabung der class action.⁶² Liegen die Voraussetzungen für eine class action vor, genehmigt das Gericht diese. In der Genehmigungsentscheidung wird die Klasse definiert und der Anwalt der Klasse bestellt. Für letztere Anordnung sieht Rule 23 (g) detaillierte Vorgaben, insbesondere auch für die Anwaltsvergütung, vor. Das Gericht ordnet außerdem die Informati-

56 Vgl. dazu *Hempel*, Privater Rechtsschutz, 2002, S. 183 m.w.N.

57 Näher *Hempel*, Privater Rechtsschutz, 2002, S. 320 m.w.N., zur fluid recovery: S. 219 m.w.N.

58 *Calkins*, 39 Ariz. L. Rev. 413, 440 ff. (1997).

59 Auch class actions mit class auf Beklagtenseite sind von Rule 23 erfasst. Für den hier betrachteten kollektiven Rechtsschutz im Kartellrecht kommt es auf die class action der Geschädigten als Kläger an.

60 Rule 23 (a) (1) bis (4).

61 Rule 23 (b) (1) bis (3); vgl. dazu *Hempel*, Privater Rechtsschutz, 2002, S. 218 m.w.N.

62 Rule 23 (b) (3) (A) bis (D).

on der Klassenmitglieder über die class action, die Bindungswirkung des Urteils über die class action nach Rule 23 (c) (3) (B) und die opt-out-Möglichkeit an.⁶³ Wichtigste Rechtsfolge der genehmigten class action ist die eben genannte Bindungswirkung. Rule 23 (d) und (e) sehen schließlich Steuerungsmöglichkeiten des Gerichts für die class action und eine Zustimmungsvorbehalt für das Gericht bei Vergleichen vor. Ziel letzteren ist zu verhindern, dass sich der die Klasse vertretene Kläger die Klage von den Beklagten zu für die Klasse ungünstigen Bedingungen abkaufen lässt. Auch bei class action ist eine „fluid recovery“ möglich und kommt in der Praxis auch vor.⁶⁴ Die class action ist in den USA keineswegs unumstritten.⁶⁵

C. Bewertung der Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes

Die Frage der Zulässigkeit einzelner Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes soll hier nicht thematisiert werden. Es handelt sich um eine verfassungsrechtliche Frage. Es soll der Hinweis ausreichen, dass gegen opt-out-Instrumente, also solche, bei denen die Geschädigten durch ein Tätigwerden ihre Bindung an die ergehende Gerichtsentscheidung verhindern müssen, wie es – wie gezeigt – bei der class action des US-amerikanischen Rechts der Fall ist, verfassungsrechtliche Bedenken erhoben werden.⁶⁶ Hier soll es allein um die Zweckmäßigkeit der Wahl bestimmter Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im Kartellrecht gehen.

Als Ausgangspunkt für die Bewertung einzelner Instrumente wird auf die Funktionen des kollektiven Rechtsschutzes rekurriert, so wie sie eingangs beschrieben wurde. Die entscheidende Frage ist also, ob das fragliche Instrument die Streuschadensproblematik löst oder – in die Worte der Ökonomen gefasst – die rationale Apathie der Geschädigten überwindet. Bei der Beurteilung können Erkenntnisse der ökonomischen Analyse des Rechts herangezogen werden. Die ökonomische Analyse des Rechts kann Probleme, die auf Fehlanreizen beruhen, sehr anschaulich herausarbeiten. An dieser Stelle wird allerdings keine Beurteilung der Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes anhand eines ökonomischen Modells des kartellrechtlichen Kollektivprozesses oder weitergehend eines Modell nach der Theorie der optimalen Rechtsdurchsetzung erfolgen.⁶⁷ Vielmehr dienen die Erkenntnisse der ökonomischen Analyse allein der Bestätigung intuitiver Argumente.

Die Streuschadensproblematik bzw. das Problem der rationalen Apathie soll nach Auffassung mancher auch noch ein Trittbrettfahrerproblem bergen.⁶⁸ Der Anreiz,

63 Rule 23 (c) (2) (B).

64 Calkins, 39 Ariz. L. Rev. 413, 438, 442 (1997) m.w.N.

65 Hempel, Privater Rechtsschutz, 2002, S. 312 m.w.N.

66 Vgl. mit vielen Nachweisen: Hempel, Privater Rechtsschutz, 2002, S. 315 f.

67 Vgl. weiterführend zur ökonomischen Analyse des Zivilprozesses: grundlegend Posner, 2. J. Leg. Studies 399 (1973), zur Theorie der optimalen Rechtsdurchsetzung grundlegend: Becker, 76 J. Pol. Econ. 169 ff. (1968); und zur Unmöglichkeit eines allumfassenden Modells: Hempel, Privater Rechtsschutz, 2002, S. 284 f. m.w.N.

68 So wohl CEPS / EUR / LUISS, Impact Report (Fn. 11) 29, 321.

den nur geringen individuellen Schaden gegen den Schädiger geltend zu machen, soll also dadurch weiter verringert werden, dass derjenige, der sich auf den steinigen Weg der Rechtsdurchsetzung begibt, Geld und Zeit investiert und nachher obsiegt, zusehen müsste, wie andere in der gleichen Ausgangssituation von der Investition absehen und einfach abwarten, um dann von der Initiative des einen zu profitieren. In der Erwartung, dass andere sich so verhalten werden, also einen „free ride“ unternehmen wollen, unterbleibt das Tätigwerden. Zwar mag man die Klärung von Rechtsfragen als öffentliches Gut ansehen können. Der vor Gericht klagende Geschädigte führt die gerichtliche Klärung der Rechtsfragen jedoch nicht um derer selbst willen durch, sondern weil er die Schadensersatzzahlung erstrebt. Das spricht dafür, dass das Trittbrettfahrerproblem nicht so gravierend ist bzw. das bestehende Problem der rationalen Apathie nicht wesentlich verstärkt. Anders ist dies, wenn man gerade die kollektive Rechtsdurchsetzung als öffentliches Gut ansieht. Hier liegt ein gewichtiges Trittbrettfahrerproblem vor: Der einzelne Geschädigte hat keinen Anreiz, gerade die für ein Instrument des kollektiven Rechtsschutzes erforderlichen (Zusatz-) Kosten auf sich zu nehmen.⁶⁹

Ganz grundsätzlich können die verschiedenen Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes danach unterschieden werden, ob das kollektive Vorgehen, also die Bündelung von Klagen bzw. Ansprüchen freiwillig oder durch einen Stellvertreter und damit für die einzelnen Geschädigten (zunächst) unfreiwillig erfolgt.

I. Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes mit freiwilliger Bündelung von Klagen / Ansprüchen

In die erste Kategorie der Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes fallen die typischen prozessualen und materiellrechtlichen Wege einer Bündelung von Klagen oder Ansprüchen wie die Streitgenossenschaft nach §§ 59 ZPO, die Abtretung von Schadensersatzansprüchen durch die Geschädigten an eine ausgewählte Person oder die Erteilung von Einziehungsermächtigungen an die ausgewählte Person durch die Geschädigten. Auch die von der Kommission im Weißbuch vorgeschlagene opt-in-Gruppenklage fällt in diese Kategorie.⁷⁰

Diesen Instrumenten ist gemein, dass die Geschädigten sich selbst organisieren und selbst die Initiative ergreifen (müssen). Zwar kann auch hier ein Einzelner die Initiative ergreifen. Seine Initiative ist aber darauf angewiesen, dass sich andere aus eigenem Antrieb anschließen. Damit ist zugleich das Kernproblem der Instrumente

69 So wohl *Coffee*, 86 Colum. L. Rev. 669, 679 (1986); vgl. auch *Schäfer*, 9 (3) Eur. J. Law & Econ. (2000), 183, 186 u. 192, der allerdings darauf hinweist, dass das Trittbrettfahrerproblem wegen des Risikos für den Trittbrettfahrer abgemildert wird, dass die US-class action zu einem Vergleich und nicht zu einer gerichtlichen Entscheidung mit Klärung von Rechts- und Tatsachenfragen führt.

70 Nach *Ritter*, WuW 2008, 762, 767, handelt es sich um nicht mehr als eine Streitgenossenschaft.

dieser Kategorie beschrieben. Sie mögen zwar tendenziell zu economies of scale führen und die Rechtsdurchsetzungskosten senken, lösen aber das Problem der rationalen Apathie nicht.

Zum Teil wird für Gruppenklagen zwar davon ausgegangen, dass die rationale Apathie infolge der möglichen Kosteneinsparungen verringert werde.⁷¹ Sofern sich solche Kosteneinsparungen bei den Klägern, z.B. in der Form geringerer Gerichts- und Anwaltskosten⁷² oder – bei ganz enger Zusammenarbeit der Kläger – beispielsweise bei den Aufwendungen für die Schadensberechnung auswirken und nicht nur bei den Gerichten, dürften sie durch die Transaktionskosten, in diesem Fall die Kosten für die Organisation und Koordination, wieder aufgezehrt werden.⁷³ Auf das sich hieraus ergebende Trittbrettfahrerproblem war schon hingewiesen worden.⁷⁴ Kosten einsparungen, allerdings nur im Vergleich zu den Instrumenten der sogleich zu behandelnden anderen Kategorie, ergeben sich bei der Verteilung des Schadensersatzes an die Kläger / Geschädigten. So entstehen z.B. keine Kosten für eine Bekanntmachung des Urteils über die Gruppenklage oder die verbundenen Klagen.⁷⁵ Auch muss nicht zu von einer Auszahlung des Schadensersatzbetrages an die Geschädigten abweichenden Konzepten wie der fluid recovery gegriffen werden.⁷⁶ Das Ziel des Schadensausgleichs wird nicht beeinträchtigt.

Im Ergebnis spricht viel dagegen, dass durch Kartellrechtsverstöße Geschädigte zu den genannten Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes greifen. Die Empirie bestätigt diese theoretisch abgeleiteten Erkenntnisse: Selbst nach der Verstärkung des privaten Rechtsschutzes durch die 7. GWB-Novelle, also der Erhöhung der Anreize für private Kläger, sind diese nicht vermehrt als Streitgenossen vor die Gerichte gezogen oder haben in Eigeninitiative ihre Schadensersatzansprüche durch Abtretung oder Erteilung von Einziehungsermächtigungen gebündelt. Auch der von der Kommission im Weißbuch vorgeschlagenen opt-in-Gruppenklage dürfte daher – von atypischen Fällen abgesehen – kein großer Erfolg beschieden sein. Es ist nicht damit zu rechnen, dass die geschädigten Zwischenabnehmer, für die die Kommission die opt-in-Gruppenklage als „Lückenschließer“ einführen möchte, den Aufwand der Koordinierung auf sich nehmen, um ihre Schadensersatzansprüche im Kollektiv geltend zu machen.

71 *CEPS / EUR / LUISS*, Impact Report (Fn. 11), 301.

72 Wegen einer Gebührendegression wie nach GKG und RVG.

73 Für Klagebündelungen (joinder), also Instrumente, wie Streitgenossenschaft und Abtretung, sieht auch *CEPS / EUR / LUISS*, Impact Report (Fn. 11), 329, in den Transaktionskosten ein Hindernis.

74 Für die opt-in-Klage: *CEPS / EUR / LUISS*, Impact Report (Fn. 11), 302.

75 Es war aber auf die Transaktionskosten hingewiesen worden, die z.B. den Aufwand für eine Bekanntmachung der Absicht, eine opt-in-Gruppenklage durchzuführen, um andere zum Beitritt zu motivieren, oder die Kosten für ein öffentlich zugängliches Gruppenklagenregister umfassen können.

76 Zu diesem Unterschied zwischen opt-in- und opt-out-Klagen: *CEPS / EUR / LUISS*, Impact Report (Fn. 11), 286 ff.

An dieser Stelle ist noch einmal kurz auf das Modell der CDC zurückzukommen: Wie oben ausgeführt, liegt dem Geschäftsmodell der CDC eine Abtretungslösung zugrunde. Die Zahl der partizipierenden geschädigten Unternehmen ist überschaubar, die individuellen Schäden sehr hoch. Die CDC wird auf der Basis einer Erfolgsbeteiligung tätig. Treibende Kraft sind nicht die Unternehmen, sondern die CDC, die auch die Rechtsdurchsetzung vorfinanziert. Der Grund dafür, dass im Falle der CDC die freiwillige Bündelung der Schadensersatzansprüche – entgegen der theoretischen Erkenntnisse und der beobachtbaren Praxis – funktionierte, dürfte in der Risikobereitschaft und in dem besonderen Know-how der Träger der CDC liegen, die ihrerseits die Finanziers der Gesellschaft von ihrem Modell gerade wegen ihrer besonderen Kenntnisse überzeugen konnten. Ein Modell für die Geltendmachung von Ansprüchen einer Vielzahl von durch einen Kartellrechtsverstoß Geschädigten, z.B. der indirekt geschädigten Endverbraucher bei einem Preiskartell auf Herstellerebene, bei dem der Schaden weitergewälzt wurde, ist das nicht.⁷⁷

II. Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes mit unfreiwilliger Bündelung / Stellvertreterklagen

Bei der zweiten Kategorie, den Stellvertreterklagen, bei denen die Bündelung der Klagen / Ansprüche ohne Mitwirkung der einzelnen Geschädigten erfolgt, kann weiter danach unterschieden werden, wer stellvertretend für die Geschädigten und ohne besondere Koordination durch die Geschädigten deren Ansprüche geltend macht.⁷⁸ Dies kann der Staat sein, einer der Geschädigten selbst oder dessen Anwalt oder auch ein Verband. In diese Kategorie fallen opt-out-Instrumente wie die US-amerikanische class action, die US-amerikanische parens patriae-Klage, die Vorteilsabschöpfung durch die deutschen Kartellbehörden nach § 34 GWB und schließlich Verbandsschadensersatzklagen bzw. eine Vorteilsabschöpfung durch Verbände, wie z.B. in § 34a GWB geregelt.

1. Opt-out-Gruppenklage / class action

Wichtig für die Bewertung von Opt-out-Instrumenten wie der class action ist zunächst die Erkenntnis, dass bei der class action im US-Kartellrecht der Anwalt als unternehmerische Rechtsdurchsetzungsinstanz tätig wird. Der Ansatzpunkt dieses

77 So auch die Selbsteinschätzung der CDC, vgl. Wirtschaftswoche Nr. 18 v. 27.04.2009, S. 52, 53; dasselbe gilt für die Angebote von ACDA und Talionis (vgl. oben Fn. 37).

78 Deswegen hier als unfreiwillige Bündelung bezeichnet. Bei dieser Kategorie wird die rationale Apathie der Geschädigten nicht direkt überwunden. Vielmehr wird ein Einzelner, ja sogar ein nicht von dem Kartellrechtsverstoß betroffener Dritter, motiviert.

Instruments des kollektiven Rechtsschutzes liegt gerade in der Lösung der Bindung zwischen Anwalt und Mandant.⁷⁹

Die Rechtsökonomie hat sich auch der class action schon vielfach angenommen. Das Verhältnis zwischen Anwalt und Mandant stellt eine sogenannte agency-Situation dar, in der ein Beteiligter, hier der Mandant, ein Gut, seinen Schadensersatzanspruch, in die Obhut eines anderen, nämlich in die des Anwalts, gibt. In einer solchen Situation können Fehlanreize bestehen, die verhindern, dass Anwalt und Mandant sich so verhalten, dass der gemeinsame Nutzen optimiert wird. Man nennt dies dann principal-agent-Problem. Ein solches liegt im Falle der class action vor. Das Streuschadensproblem verstärkt solche principal-agent-Probleme, da der Mandant bzw. die Klasse der Geschädigten wenig Anreiz hat, den für sie tätigen Anwalt zu überwachen.⁸⁰ *Coffee* leitet aus der von ihm so beschriebenen Emanzipation des Anwalts von seinem Mandanten bzw. von der Klasse diverse Fehlanreize ab, die teilweise auf der agency-Situation beruhen:⁸¹

Wenn der Anwalt risikoscheu ist, wird er eher einen Vergleich mit dem Schädiger akzeptieren als das Restrisiko der Fortführung des Prozesses in Kauf zu nehmen. Die Ursache für die Risikoscheu des Anwalts liegt darin, dass er bei der class action das finanzielle Erfolgsrisiko trägt. Er finanziert die Klage vor.⁸² Man mag zunächst meinen, dass es sich bei dem Problem der erhöhten Vergleichsneigung infolge von Risikoscheu um ein spezifisches Problem der US-class action handele, da im US-amerikanischen Kartellzivilprozess der Klägeranwalt auf Erfolgshonorarbasis tätig wird. Das ist in Deutschland regelmäßig nicht so. Allerdings müsste auch der deutsche Anwalt, dessen Tätigkeit nach dem Pauschalgebührensystem des RVG vergütet wird, den Gruppenklagenprozess vorfinanzieren, da der einzelne Mandant das Risiko der Gruppenklage nicht übernehmen würde. Der Geschädigte übernimmt noch nicht einmal das Risiko für die Geltendmachung des eigenen Anspruchs. Diese Facette des principal-agent-Problems bei der class action zeigt, dass die Finanzierung der Gruppenklage ein entscheidender Punkt ist. Hierauf wird zurückzukommen sein. Die geringe Überwachung des Anwalts durch den Mandanten bzw. die Klasse erhöht die Gefahr der Kollusion zwischen Anwalt und Prozessgegner. Der Anwalt wird wegen seines Honorars tätig, nicht wegen des Schadensersatzbetrages für Geschädigte. Er mag geneigt sein, die Gruppenklage in einem Vergleich zulasten der Geschädigten an den Prozessgegner zu verkaufen anstelle ein Urteil oder einen Vergleich über den vollen eingeklagten Betrag anzustreben. Dieses Problem tritt dann auf, wenn das Honorar des Anwalts nicht von der Höhe des für die Geschädigten Erstrittenen abhängt.⁸³ *Coffee* hat bei dieser Feststellung die Praxis der US-Gerichte im Blick, das von ihnen festzusetzende Honorar für den Anwalt der Klasse am zeit-

79 *Coffee*, 86 Colum. L. Rev. 669, 677 f. (1986), *ders.*, 42 Md. L. Rev. 215, 229 (1983).

80 Vgl. *Schäfer*, 9 (3) Eur. J. Law & Econ. (2000), 183, 191.

81 *Coffee*, 42 Md. L. Rev. 215, 230 ff. (1983).

82 *Coffee*, 42 Md. L. Rev. 215, 230 f. (1983).

83 *Coffee*, 42 Md. L. Rev. 215, 232 f. (1983).

lichen Aufwand des Anwalts zu bemessen.⁸⁴ Die geringen Anreize für die Geschädigten, sich über die Auswahl des sie vertretenden Anwalts abzustimmen und sich auf einen festzulegen, führen weiterhin dazu, dass der die class action erhebende Anwalt nicht davor geschützt ist, dass weitere Anwälte „aufspringen“ und ein Rennen um die Führung der class action beginnt. Aus ökonomischer Sicht fehlt ein Handlungsrecht des Anwalts an der Klage. Andere Anwälte können nicht ausgeschlossen werden. Es tritt dann ein Trittbrettfahrerproblem auf, das dazu führt, dass der Anwalt auf bestmögliche Anstrengungen verzichtet.⁸⁵ Schließlich fällt der Mandant für den die class action betreibenden Anwalt als wertvolle Informationsquelle weg. Der Anwalt sieht sich hohen Suchkosten, also Kosten für die Ermittlung des Sachverhalts, ausgesetzt. Er wird diese minimieren, sich v.a. auf den Staat als Informationsquelle verlassen und sich daher auf Folgeklagen konzentrieren.⁸⁶

Aus einem ökonomischen Modell leitet *Coffee* Lösungsvorschläge für die von ihm identifizierten Probleme ab.⁸⁷ Er setzt bei der Honorierung des Anwalts und der Organisation der class action an und schlägt vor, den „lead counsel“ durch das Gericht bestimmen zu lassen⁸⁸, das Anwaltshonorar auf der Grundlage einer quota litis zu bestimmen und schließlich Verhandlungen zwischen Klägeranwalt und Prozessgegner über die zu erstattenden Anwaltskosten, also letztlich über das Anwaltshonorar für den Klägeranwalt, vor Unterbreitung eines Vergleichsvorschlags durch die Parteien an das Gericht zu verbieten.⁸⁹ Die Vorschläge von *Coffee* zielen auf die US-class action. Bei streitwertabhängigen Pauschalgebühren wie nach dem RVG dürfte die von *Coffee* beschriebene Kollusionsgefahr aber ebenfalls bestehen. Durch erhöhte Überwachung der Prozessparteien durch das Gericht, die allerdings die Rechtsdurchsetzungskosten erhöht, mag sich das Problem abmildern lassen.

Bei der Bewertung von Opt-out-Gruppenklagen wie der class action sind weitere Aspekte zu berücksichtigen: So wird immer wieder darauf hingewiesen, dass opt-out-Gruppenklagen ein erhebliches Missbrauchspotential haben sollen.⁹⁰ Richtig ist, dass durch die sehr effektive Bündelung von Klagen bei der opt-in-Gruppenklage die Verhandlungsposition verbessert wird.⁹¹ Die Missbrauchsgefahr ist jedoch kein Problem der opt-in-Gruppenklage, sondern der Kombination mit anderen klageanreizerhöhenden und risikomindernden Instrumenten, wie sie z.B. in den USA

84 Zur sog. lodestar-Methode: *Hempel*, Privater Rechtsschutz, 2002, S. 221 f., m.w.N. aus dem US-amerikanischen Schrifttum.

85 *Coffee*, 42 Md. L. Rev. 215, 233 (1983).

86 *Coffee*, 42 Md. L. Rev. 215, 234 (1983).

87 *Coffee*, 42 Md. L. Rev. 215, 286 ff. (1983), zur Ableitung 267 ff. Eine Übersicht über weitere Lösungsvorschläge gibt *CEPS / EUR / LUISS*, Impact Report (Fn. 11), 281 ff.

88 Auf diese Weise wird ein Handlungsrecht des Anwalts an der Klage geschaffen und das Trittbrettfahrerproblem gelöst.

89 Dies soll verhindern, dass die zu erstattenden Anwaltskosten Gegenstand der Verhandlungen über den Vergleich und dann auch Gegenstand des Vergleichs werden.

90 Kommission, Staff Working Paper Damages actions, SEC(2008) 404, Tz. 58, aus rechtsökonomischer Sicht zur class action: *Schäfer*, 9 (3) Eur. J. Law & Econ. (2000), 183, 186.

91 Darin wird eine Funktion des kollektiven Rechtsschutzes gesehen, s.o. A. II. 1.

vorliegt.⁹² Die Kosten für die Verteilung des Erstrittenen sind höher als bei Einzelklagen oder Instrumenten mit freiwilliger Bündelung.⁹³ Diese Kosten lassen sich verringern, wenn vom Ziel des vollständigen Schadensausgleichs für alle Geschädigten abgewichen und zu Konzepten wie der fluid recovery gegriffen wird.⁹⁴ Will man dies nicht, so können die Kosten durch moderne Kommunikationsmittel immerhin gesenkt werden.⁹⁵ Wenn man unbedingt den Staat an der Finanzierung von Gruppenklagen beteiligen möchte, kann aus der Staatskasse der Betrieb eines Internetforums für Mitteilungen an die Geschädigten finanziert werden.⁹⁶ Ein ganz entscheidender Punkt ist die Finanzierung der Gruppenklage.⁹⁷ Sie ist in zweierlei Hinsicht von Bedeutung: Erstens muss darauf geachtet werden, dass sie so ausgestaltet ist, dass das beschriebene principal-agent-Problem verringert wird. Die herkömmliche, aber keineswegs eindeutige Lösung ist das Erfolgshonorar für den Klägeranwalt.⁹⁸ Zweitens muss der Anreiz für den Anwalt als Unternehmer groß genug sein, die Gruppenklage vorzufinanzieren.⁹⁹ Wieder ist es das Erfolgshonorar, das diesen Anreiz schaffen soll. Als Alternativen kommen die staatliche Finanzierung oder die Finanzierung durch spezielle Fonds in Betracht.¹⁰⁰ Leicht zu lösen ist das Problem der Finanzierung nicht, da zwischen der Finanzierung der Gruppenklage und anderen Regelungskomplexen des Zivilprozesses Wechselwirkungen bestehen. So passen Erfolgshonorar und Unterliegenschaft nicht zusammen, es sei denn, das Erfolgshonorar wird zu einer Art Versicherungslösung für den Mandanten ausgebaut.¹⁰¹

Im Ergebnis ist eine eindeutige Bewertung der class action nicht möglich. Lösungsansätze für das principal-agent-Problem sind erkennbar, wie z.B. eine stärkere gerichtliche Überwachung der Prozessparteien, wie es Deutschland im Vergleich zu den USA sowieso schon der Fall ist. Kaum absehbar ist hingegen, wie sich eine adäquate Vorfinanzierung durch den Anwalt in die übrige „Landschaft“ des Prozessrechts einpassen und sicherstellen lässt.

- 92 Vgl. *Coffee*, 86 Colum. L. Rev. 669, 676 f., 698 ff. (1986); *Hempel*, Privater Rechtsschutz, 2002, S. 313, m.w.N. auch aus dem nichtökonomischen Schrifttum.
- 93 Vgl. *CEPS / EUR / LUISS*, Impact Report (Fn. 11), 316.
- 94 So die Lösung der ökonomischen Analyse: *Posner*, 2 J. Leg. Studies 399, 439 ff. (1973).
- 95 *Hempel*, Privater Rechtsschutz, 2002, S. 318 f.
- 96 Die Mitteilungen könnten z.B. im elektronischen Bundesanzeiger oder einem extra zu schaffenden Internetforum veröffentlicht werden.
- 97 Vgl. hierzu *Hempel*, Privater Rechtsschutz, 2002, S. 316 m.w.N.
- 98 Ohne eigene Probleme ist diese Lösung nicht. Als Stichwort genüge hier der Hinweis auf Informationsasymmetrien bei der Einschätzung des Prozessrisikos, vgl. näher *Hempel*, Privater Rechtsschutz, 2002, S. 325 ff.
- 99 Vgl. hierzu *Schäfer*, 9 (3) Eur. J. Law & Econ. (2000), 183, 192 ff. mit Vorstellung der sehr theoretischen Lösung der Versteigerung der Prozessführung.
- 100 *Schäfer*, 9 (3) Eur. J. Law & Econ. (2000), 183, 193. Auch *CEPS / EUR / LUISS*, Impact Report (Fn. 11), 285 f. und 617 ff. zu Finanzierungsmöglichkeiten.
- 101 Soviel möge hier als Hinweis ausreichen, vgl. im übrigen *Hempel*, Privater Rechtsschutz, 2002, S. 325 ff. Es stellt sich dann jedoch wieder die Frage, ob der Anreiz für den Anwalt, Gruppenklagen zu erheben groß genug ist, wenn er seinem Mandanten die dem Gegner zu erstattenden Anwaltskosten und die Gerichtskosten im Falle des Unterliegens seinerseits bezahlen müsste.

2. Staat als Vertreter der durch einen Kartellrechtsverstoß Geschädigten

Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes, bei denen der Staat die Rolle desjenigen einnimmt, der gerade für die Geschädigten tätig wird, sind in ganz verschiedenen Ausgestaltungen denkbar. So gibt es Lösungen mit oder ohne opt-out. Die Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörden nach § 34 GWB ist beispielsweise eine Ausgestaltung mit mittelbarer opt-out-Lösung. Sie sperrt Einzelklagen der Geschädigten nicht und sieht eine Anrechnung und ggf. Rückerstattung des abgeschöpften Vorteils an die Schädiger vor. Weiterhin sind Lösungen mit oder ohne Verteilung des Erstrittenen an die Geschädigten denkbar. Während bei dem Instrument des § 34 GWB hierauf verzichtet wird, führen Auszahlungsanordnungen der Kartellbehörden nach § 32 Abs. 3 GWB¹⁰² zu einer Verteilung des „Erstrittenen“.

Das principal-agent-Problem scheint auf den ersten Blick gelöst, wenn anstelle des Anwalts der Staat die Geschädigten vertritt. Dies gilt nur auch nur auf den ersten Blick, denn auch bei der Vertretung der Geschädigten durch den Staat liegt eine agency-Situation vor, in der Vertreter und Vertretene nicht zwingend ausreichend Anreiz haben, den gemeinsamen Nutzen zu optimieren. Die Anreize für den Staat bzw. für die in diesem Fall für ihn handelnde Behörde und deren Mitglieder, sind reichlich diffus. Es ist unklar, welche Anreize für die handelnden Personen beispielsweise von der Behördenstruktur, von der Beamtenbesoldung, von den Karrieremöglichkeiten, von dem Ansehen der Einrichtung bzw. Behörde und der handelnden Person in der Öffentlichkeit und von übergeordneten Zielen der Behörde und schließlich von Einflüssen von außen auf die Behörde ausgehen und wie diese zusammenwirken.¹⁰³ Auch der Staat mag aus ganz verschiedenen Gründen, die aber keineswegs immer das Interesse der Geschädigten berücksichtigen, einen schnellen „Vergleich“ mit den Schädigern einem langwierigen streitigen Verfahren vorziehen.¹⁰⁴ Das Problem der Erforderlichkeit der Vorfinanzierung ist angesichts der Finanzkraft des Staates gelöst. Die Durchsetzungskosten dürften allerdings kaum geringer sein als beim Tätigwerden anderer Vertreter als dem Staat. Zwar fallen, wie in allen Fällen der Stellvertreterklagen, die Transaktionskosten für die Koordination der Geschädigten beispielweise weg. Wie bei den anderen Formen der Stellvertreterklagen ergeben sich höhere Kosten für die Verteilung des Erstrittenen, wenn nicht auf eine solche ganz – wie bei § 34 GWB – oder im Rahmen von Konzepten wie der fluid recovery weitgehend verzichtet wird. Die Suchkosten erhöhen sich zunächst, da der typische Vorteil des privaten Rechtsschutzes der Sachnähe der Geschädigten wegfällt.¹⁰⁵ Der Staat verfügt regelmäßig aber über überlegene Mittel der Sachver-

102 Vgl. obiter dictum in BGH v. 10.12.2008 – KVR 2/08 - *Stadtwerke Uelzen*, WuW/E DE-R 2538, 2540; rechtlich fragwürdig; vgl. jetzt aber auch BKartA v. 16.09.2009, B 10 – 11/09 – *Gasversorgung Ahrensburg*.

103 Die Behörde wird bei der Fallauswahl regelmäßig – schon wegen begrenzter Ressourcen – nicht nur die Interessen der Geschädigten am Ersatz der ihnen entstandenen Schäden, sondern zusätzlich übergeordnete Ziele berücksichtigen.

104 Z.B. der besonderen Medienwirksamkeit eines zügigen Verfahrensabschlusses wegen.

105 Hempel, Privater Rechtsschutz, 2002, S. 320.

haltsaufklärung, was das Defizit der fehlenden Sachnähe auszugleichen vermag.¹⁰⁶ Allerdings besteht für den Staat ein Mengenproblem, auf das mit einer Aufstockung der für die Kartellrechtsdurchsetzung eingesetzten Ressourcen reagiert werden kann. Dies erhöht aber wieder die Durchsetzungskosten. Eine Missbrauchsgefahr besteht bei Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes grundsätzlich nicht, bei denen der Staat für die Geschädigten tätig wird. Es war schon dargelegt worden, dass die Missbrauchsgefahr kein Problem des kollektiven Rechtsschutzes, sondern der Verbindung mit anderen klageanreizfördernden Instrumenten ist. Aus solchen Kombinationen kann sich allerdings auch bei durch den Staat erhobenen Stellvertreterklagen eine Missbrauchsgefahr ergeben.

3. Verbandsschadensersatzklage

Bei der Verbandsschadensersatzklage, wie sie z.B. die Kommission in ihrem Weißbuch vorschlägt, übernimmt ein Verband die Rolle desjenigen, der stellvertretend für die Geschädigten tätig wird. Anerkanntermaßen besteht auch im Verhältnis zwischen Verband und Geschädigten ein principal-agent-Problem.¹⁰⁷ Dieses wird häufig als geringer angesehen als bei Instrumenten, bei denen der Anwalt die Rolle des Stellvertreters innehat.¹⁰⁸ Letztlich hängt dies aber – wie im Falle des Anwalts – davon ab, wie frei und unabhängig von den Geschädigten der Verband agieren kann¹⁰⁹ und wie groß die Anreize der Geschädigten sind, den Verband zu überwachen. Abschließend analysiert wurde das principal-agent-Problem bei Verbandsklagen bislang – soweit ersichtlich – nicht, was vor allem an der Vielfältigkeit der existierenden Verbände liegen dürfte. Schäfer hat aber untersucht, welchen Einflüssen Verbände unterliegen können, und hat die Geschädigten, den Verband selbst, den Anwalt des Verbands und den Staat bzw. politische und soziale Interessengruppen als Faktoren ausgemacht.¹¹⁰ Die Untersuchung zeigt, dass vielfältige Einflüsse bestehen und dass die Anreizstruktur keineswegs klar ist. Die Anreizstruktur ist wegen der größeren Anzahl involvierter Interessen wesentlich diffuser als bei der class action. So wurde im nichtökonomischen Schrifttum auf die Rolle der Verbandsfunktionäre hingewiesen.¹¹¹ Im Ergebnis ist fraglich, ob das principal-agent-Problem gerade bei

106 Möschel, WuW 2007, 483, 488.

107 Das principal-agent-Problem im Verhältnis zwischen Mandant und beauftragtem Anwalt ist daher eher zu vernachlässigen, da der Verband (oder dessen Funktionäre) als treibende Kraft regelmäßig einen großen Anreiz haben, den Anwalt ausreichend zu überwachen.

108 CEPS / EUR / LUISS, Impact Report (Fn 11), 291.

109 CEPS / EUR / LUISS, Impact Report (Fn. 11), 326, weist darauf hin, dass das principal-agent-Problem bei Verbraucherverbänden daher gravierender ist als bei anderen Verbänden.

110 Schäfer, 9 (3) Eur. J. Law & Econ. (2000), 183, 197 ff.: im Ergebnis soll das principal-agent-Problem bei der Verbandsklage geringer sein als bei der class action.

111 Mertens, ZHR 19 (1975), 438, 469, sieht den Vorteil der class action gegenüber der Verbandsklage in der Unabhängigkeit vom Verbandsfunktionärspersonal, das „von der Physiog-

den Verbraucherverbänden geringer ist als bei der class action. Staatliche Überwachung kann – wie oben für die class action dargelegt – das Problem verringern, erhöht aber die Durchsetzungskosten. Die Kommission setzt – wie gezeigt – bei der Zulassung der Verbände an und verlangt von den Mitgliedstaaten eine Überwachung der Verbandstätigkeit.

Die Finanzierung der Verbandsklage wird als leichter erreichbar angesehen.¹¹² Auch bei der Verbandsklage sind ganz verschiedene Formen der Finanzierung denkbar, angefangen von Mitgliedsbeiträgen über die Einschaltung von Prozessfinanzierern oder speziellen Fonds und staatlichen Zuschüssen bis hin zur Beteiligung am Erstrittenen.¹¹³ Die Finanzierung durch Mitgliederbeiträge bringt Trittbrettfahrerprobleme mit sich.¹¹⁴ Die Finanzierung durch öffentliche Zuschüsse kann mit politischer Einflussnahme verbunden sein¹¹⁵, die das principal-agent-Problem zwischen Verband und Geschädigten verstärkt. Die Erkenntnisse der ökonomischen Analyse zur class action werfen die Frage auf, ob die Verbände genug Anreize zur Vorfinanzierung der Verbandsklage haben, wenn man hier nicht ähnlich starke Anreize wie bei der class action für den Anwalt und damit eine prozentuale Beteiligung am Erstrittenen zulässt. Der Verband würde dann allerdings zur Einnahmeerzielung tätig. Gerade in diesem Punkt weisen die Pläne der Kommission in die entgegengesetzte Richtung.

Die Kosten für die Verteilung des Erstrittenen sind höher als bei den Instrumenten mit freiwilliger Bündelung. Hier gilt das zu den anderen Typen der Stellvertreterklagen Ausgeführte entsprechend.¹¹⁶ Die prozentuale Beteiligung des Verbands am Erstrittenen dürfte den maßgeblichen Anreiz für die Vorfinanzierung der Klage durch den Verband setzen.

Häufig wird auf den Vorteil der Verbandsschadensersatzklage hingewiesen, dass bei ihr wegen des beschränkten Zwecks der Verbände die Gefahr missbräuchlicher Klagen verringert sei.¹¹⁷ Es war demgegenüber hier schon wiederholt darauf hingewiesen worden, dass es keine dem kollektiven Rechtsschutz inhärente Missbrauchsgefahr gibt, sondern sich eine solche erst aus der Kombination mit anderen Mitteln der Anreizsetzung für Kläger ergibt.

nomie des öffentlichen Dienstes nicht deutlich abgesetzt [sei]“. Dies trifft möglicherweise gerade für Verbraucherverbände besonders zu.

112 Schäfer, 9 (3) Eur. J. Law & Econ. (2000), 183, 205; der Vorteil soll darin liegen, dass keine grundlegenden Eingriffe in die Regelungen über die Vergütung der Anwälte erfolgen muss.

113 CEPS / EUR / LUISS, Impact Report (Fn. 11), 320 f.

114 CEPS / EUR / LUISS, Impact Report (Fn. 11), 321 f.: Welche Anreize haben Geschädigte, Mitglied in einem Verband zu werden, wenn der Verband für sie klagen kann, ohne dass sie Mitglieder sind? Wenn sich Mitglieder wegen der Beratungs- und Serviceleistungen durch einen Verband für die Mitgliedschaft entscheiden, könnten sie solche Verbände bevorzugen, die keine Verbandsklagen erheben, sondern sich auf das Serviceangebot beschränken und daher niedrigere Mitgliederbeiträge erheben.

115 CEPS / EUR / LUISS, Impact Report (Fn. 11), 322.

116 Vgl. CEPS / EUR / LUISS, Impact Report (Fn. 11), 327.

117 Kommission, Staff Working Paper Damages actions, SEC(2008) 404, Tz. 50.

Im Ergebnis sind Verbandsschadensersatzklagen weit weniger eindeutig zu beurteilen, als dies häufig geschieht. Offensichtlich wird Verbänden mehr Vertrauen entgegengebracht, weil sie systemkonformer sind, sich also besser in die europäische und deutsche Rechtstradition einfügen.¹¹⁸ Der Regelungsansatz des deutschen Gesetzgebers bei § 34a GWB und die Pläne der Kommission zu Verbandsschadensersatzklagen leiden allerdings an dem inneren Widerspruch, dass die Verbandsklage zwar gewollt wird, die Verbände aber – aus der Furcht vor missbräuchlichen Klagen oder vor einem dramatischen Anstieg der Zahl der Verfahren (?) – nicht ausreichend motiviert werden. Der Gesetzgeber der 7. GWB-Novelle und jetzt die Kommission wollen die private Rechtsdurchsetzung durch Verbände, gehen aber offensichtlich davon aus, die Verbände erledigen die ihnen zugesetzte Aufgabe umsonst. Gerade in der Einschaltung einer unternehmerischen Rechtsdurchsetzungsinstanz liegt aber die Lösung für das Problem der rationalen Apathie.

D. Fazit

Bevor sich der Gesetzgeber für den kollektiven Rechtsschutz insgesamt und für ein bestimmtes Instrument des kollektiven Rechtsschutzes mit seinen Risiken und Nebenwirkungen entscheidet, sollte er Klarheit über die Ziele gewinnen, die er damit erreichen möchte. Will er durch den privaten Rechtsschutz im Allgemeinen und ein Instrument des kollektiven Rechtsschutzes im Besonderen vorrangig eine erhöhte Abschreckung von Kartellrechtsverstößen erreichen oder soll, und falls ja, in welchem Umfang das Ziel der Erreichung eines Ausgleichs für die Geschädigten erreicht werden? Wenn er sich – wie es bei der Kommission der Fall zu sein scheint – für eine Vorrangigkeit des Ausgleichsziels entscheidet, muss er prüfen, welche mit einem weitestmöglichen Schadensausgleich verbundenen Probleme und Kosten er in Kauf nehmen möchte. Entscheidet er sich für einen Vorrang des Abschreckungsziels und gestaltet die von ihm gewählten Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes entsprechend aus, sollte er kritisch prüfen, ob die implizit zugrunde gelegten Prämissen stimmen. Zu prüfen sind dann zwei Fragen: Ist die mit den bisherigen Mitteln der behördlichen und privaten Kartellrechtsdurchsetzung erreichte Abschreckung ausreichend?¹¹⁹ Wird mit der Abschreckung an der richtigen Stelle angesetzt? Trifft also die „Strafe“, sei es in der Form staatlicher Bußgelder oder gar Geld- oder Freiheitsstrafen oder in der Form privater Schadensersatzzahlungen, den Richtigen?¹²⁰ Die-

118 Evtl. ist das Hintergrund für die Einschätzung des Bundeskartellamts, Verbände seien als Sachwalter von Individualinteressen besser geeignet (als Anwälte), *Bundeskartellamt*, Private Kartellrechtsdurchsetzung, Diskussionspapier Arbeitskreis Kartellrecht, 26.09.2005 (abrufbar über www.bundeskartellamt.de), S. 31.

119 Verneinend z.B.: *Kommission*, Weißbuch, S. 3, deutlicher: Staff Working Document Impact Assessment, SEC(2008) 405, Tz. 31 ff.; auch wenn sie das Ausgleichsziel als wichtiger ansieht. Man kann sich angesichts der immensen Bußgelder, die die Kommission verhängt, allerding fragen, ob diese Einschätzung zutrifft.

120 Vgl. *Hempel*, Privater Rechtsschutz, 2002, S. 265 und 276 f. m.w.N.

sen Fragen nachzugehen übersteigt den Rahmen dieser Ausarbeitung. Wenn man in diesen Fragen weitere Klarheit erzielt hat, sollte man sich den kollektiven Rechtsschutz noch einmal vornehmen, um dann die nicht einfache Entscheidung für ein bestimmtes, für die Zielerreichung geeignetes Instrument zu treffen.

Literaturverzeichnis:

- Becker, Gary S., Crime and Punishment: An Economic Approach, 76 The Journal of Political Economy, 169 (1968).
- Calkins, Stephen, An Enforcement Official's Reflections on Antitrust Class Actions, 39 Arizona Law Review 413 (1997).
- CEPS/EUR/LUISS, Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios, Report for European Commission, Final Report 2007.
- Coffee, John C., Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is not Working, 42 Maryland Law Review 215 (1983).
- Coffee, John C., Understanding The Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law Through Class and Derivative Actions, 86 Columbia Law Review 669 (1986).
- Easterbrook, Frank H., Detrebling Antitrust Damages, 28 Journal of Law and Economics 445 (1985).
- Hempel, Rolf, Private Rechtsschutz im Kartellrecht – eine rechtsvergleichende Analyse, 2002, Baden-Baden.
- Hempel, Rolf, Privater Rechtsschutz im deutschen Kartellrecht nach der 7. GWB-Novelle WuW, 2004, 362.
- Karsten Schmidt, Aufgaben und Leistungsgrenzen der Gesetzgebung im Kartelldeliktsrecht, 1978, Baden-Baden.
- Mertens, Hans-Joachim, Kollektivrechtlicher Schadensersatz als Mittel des Verbraucherschutzes, ZHR 139 (1975), 438.
- Möschel, Wernhard, Behördliche oder privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts?, WuW 2007, 483.
- Monti, Mario, The Application of Community Competition Law by the National Courts in a directly applicable Exception System, ERA-Forum I-2001, 3.
- Posner, Richard A., An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration, 2 Journal of Legal Studies, 399 (1973).
- Ritter, Jan-Stephan, Private Durchsetzung des Kartellrechts WuW, 2008, 762.
- Schäfer, Hans-Bernd, The Bundling of Similar Interests in Litigation. The Incentives for Class Actions and Legal Actions taken by Associations, 9 (3) European Journal of Law and Economics 183 (2002).
- Steindorff, Ernst, Gesetzgeberische Möglichkeiten zur verbesserten Durchsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, ZHR 138 (1974), 504.
- Van Gerven, Walter, Substantive Remedies For the Private Enforcement of EC Antitrust Rules Before National Courts in Ehlermann / Atanasiu European Competition Law Annual: 2001 – Effective Private Enforcement of EC Competition Law, 2003, 53.

Zugang zu Beweismitteln und Auskunftsanspruch

– Die Regelungen des deutschen Rechts und des Weißbuchs im Vergleich

Rüdiger Wilhelmi

A.	Einleitung	100
B.	Ausgangspunkte	100
I.	Ziele des Weißbuchs	100
II.	Problematik der Offenlegungspflichten	101
III.	Differenzierungen	102
C.	Voraussetzungen und Inhalt der Offenlegungspflichten	103
I.	Offenlegungspflichten von Behörden	103
II.	Offenlegungspflichten des potentiell Schadensersatzpflichtigen	104
III.	Offenlegungspflichten Dritter	110
D.	Schranken der Offenlegungspflichten	114
I.	Schranken für Offenlegungspflichten von Behörden	114
II.	Schranken für Offenlegungspflichten des potentiell Schadensersatzpflichtigen	115
III.	Schranken für Offenlegungspflichten Dritter	117
IV.	Schutzobjekt	118
V.	Art des Schutzes	118
1.	Verweigerung des Zugangs	119
2.	Beschränkung der Verwendung	119
3.	Beschränkung des Personenkreises	120
VI.	Verhältnismäßigkeit und Abwägung	123
E.	Kosten	125
F.	Alternativen zu den Offenlegungspflichten	126
I.	Bindungswirkung der Entscheidung der Kartellbehörde	126
II.	Akteneinsicht	127
III.	Modifikation der Beweislast	128
IV.	Sekundäre Darlegungs- und Beweislast	128
V.	Schadensschätzung	129
G.	Die Kritik	130
H.	Fazit	131

A. Einleitung

Recht zu haben bedeutet nicht notwendig, Recht zu bekommen. Rechtsstreitigkeiten werden auch im Kartellrecht regelmäßig nicht im Rechtlichen, sondern im Tatsächlichen entschieden. Der Frage, welche Tatsachen der durch kartellrechtswidriges Verhalten Geschädigte darlegen und beweisen muss und wie er an diese Tatsachen und die entsprechenden Beweismittel gelangt, kommt damit zentrale Bedeutung zu. Die Offenlegungspflichten sind demgemäß auch als Herzstück des Weißbuchs bezeichnet worden¹. Der vorliegende Beitrag vergleicht die Regelungen und Entwicklungen des deutschen Rechts mit den Vorschlägen des Weißbuchs. Nach einer kurzen Klärung der Ausgangspunkte stellt er zunächst die Voraussetzungen und den Inhalt der Auskunfts- und Vorlageansprüche nach deutschem Recht den Vorschlägen des Weißbuchs gegenüber. Anschließend behandelt er die Schranken der Auskunfts- und Vorlageansprüche, die sich insbesondere aus dem Konflikt der Offenlegungspflichten mit dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ergeben. Sodann geht er kurz auf die praktisch wichtige Regelung der Kosten ein. Abschließend werden die Alternativen und die Kritik hinsichtlich der Offenlegungspflichten dargestellt und ein Fazit gezogen.

B. Ausgangspunkte

Der Beitrag geht von den Zielen des Weißbuchs, der mit den Offenlegungspflichten verbundenen Problematik und den dabei notwendigen Differenzierungen aus.

I. Ziele des Weißbuchs

Ausgangspunkt des Weißbuchs ist, dass aus der Rechtsprechung des EuGH die Verpflichtung folge, einen wirksamen rechtlichen Rahmen zu schaffen, damit Ansprüche auf Schadensersatz aus Kartellrechtsverstößen auch wirklich geltend gemacht werden². Zu diesem Zweck möchte es eine Rechtsschutzlücke bei der Kompensation schließen, die darin liege, dass jährlich Schadensersatz in der Größenordnung von mehreren Milliarden Euro nicht geltend gemacht oder nicht zugesprochen werde. Zudem soll die Sanktionswahrscheinlichkeit und die Abschreckung bei Kartellrechtsverstößen erhöht werden. Dabei werde die europäische Rechtskultur und -tradition berücksichtigt.

1 Weidenbach/Saller, BB 2008, 1020, 1023.

2 Kommission, Weißbuch Schadenersatzklagen, KOM(2008) 165 endg., S. 2 f.

II. Problematik der Offenlegungspflichten

Die Ziele der möglichst vollständigen Kompensation von Schäden durch Kartellrechtsverletzungen und der möglichst weitgehenden Verhinderung dieser erscheinen unmittelbar einleuchtend. Ob die vollständige Kompensation von Schäden nicht unter dem Gesichtspunkt der Förderung des Wettbewerbs dysfunktional sein kann, weil sie ihrerseits eine Verzerrung des zukünftigen Wettbewerbs bedeuten kann, muss hier offen bleiben³. Zu betrachten sind jedoch die Risiken und Nebenwirkungen der zu den genannten Zwecken vorgeschlagenen Mittel.

Bezüglich des Gegenstands dieses Beitrags ist dabei zunächst auf die mit weitgehenden Offenlegungspflichten verbundenen Transaktionskosten hinzuweisen. Diese können erheblich sein⁴, insbesondere wenn sie neben dem Aufwand der eigentlichen Offenlegung auch die Kosten der Sichtung möglicherweise relevanter Unterlagen umfassen.

Zudem beinhalten weitgehende Offenlegungspflichten die Gefahr der Wettbewerbsverzerrung, wenn Konkurrenten oder die Marktgegenseite an Informationen gelangen, die ihnen einen Wettbewerbsvorteil gegenüber dem Offenlegungspflichtigen verschaffen. Die Kommission selbst weist in diesem Zusammenhang im working paper zum Weißbuch auf die Gefahr von „fishing expeditions“, um das Opfer auszuforschen und „discovery blackmail“, um das Opfer angesichts der mit der Offenlegung verbundenen Kosten zum Vergleich zu zwingen, sowie die Missbrauchsgefahr und das hohe Kostenrisiko hin⁵.

Schließlich besteht die Gefahr einer Inanspruchnahme Unschuldiger. Zwar ändert die Offenlegungspflicht die Darlegungs- und Beweislast für Schadensersatzansprüche nicht. Bei genauerer Betrachtung kann jedoch durch die mit weitgehenden Offenlegungspflichten verbundenen Risiken, insbesondere die Möglichkeit der Erpressung und von Fischzügen, faktisch ein Zwang bestehen, sich auch als Unschuldiger zu vergleichen, was auf eine zumindest teilweise Inanspruchnahme Unschuldiger hinausläuft. Zudem können die Offenlegungspflichten als solche und die damit verbundenen Belastungen und Missbrauchsmöglichkeiten auch Unschuldige treffen und tun dies auch regelmäßig. Der potentielle Kartellrechtsverletzer kann sich nach der Offenlegung, die notwendig nicht den Nachweis der zu vertretenden Kartellrechtsverletzung voraussetzt, als unschuldig herausstellen. Dritte sind sogar regelmäßig unschuldig, können aber trotzdem in Anspruch genommen werden. Schließlich können auch die im Weißbuch vorgesehenen Sanktionen der Offenlegungspflichten zur Inanspruchnahme Unschuldiger führen. Denn wenn die Gegenpartei der Offenlegungspflicht nicht nachkommt, sollen die Gerichte im Verfahren über die

3 Vgl. aber etwa zum Auseinanderfallen von volkswirtschaftlichen und betriebswirtschaftlichen Schäden Haucap/Stühmeier, WuW 2008, 413, 424.

4 Vgl. Ritter, WuW 2008, 762, 769.

5 Kommission, Staff Working Paper Damages Actions, COM(2008) 165 final, Rn. 65.

Schadensersatzklage daraus nachteilige Schlussfolgerungen für die Gegenpartei ziehen dürfen⁶.

Die Problematik der Offenlegungspflichten liegt darin begründet, dass sich widerstreitende Interessen gegenüberstehen, die rechtlich, ja sogar verfassungsrechtlich geschützt sind⁷. Auf der Seite der potentiell Geschädigten und Offenlegungsberechtigten steht das Interesse an einem effektiven Rechtsschutz, insbesondere an einem effektiven Schutz ihrer Berufsausübung, die im Rahmen der Berufsfreiheit geschützt wird. Auf der Seite der potentiell Offenlegungspflichtigen steht deren Berufsfreiheit. Selbst wenn man annimmt, dass bei einem Rechtsverstoß das Interesse an einem effektiven Rechtsschutz dasjenige an einem Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse überwiegt, ist die hier zu erörternde Problematik dadurch gekennzeichnet, dass der Rechtsverstoß regelmäßig gerade nicht feststeht; etwas anderes gilt lediglich für die Fälle, in denen es nur um die Haftungsausfüllung geht oder eine hinreichend konkretisierte behördliche Feststellung des Kartellrechtsverstoßes vorliegt.

III. Differenzierungen

Bei der Untersuchung der Offenlegungspflichten erscheinen verschiedene Differenzierungen sinnvoll. Bereits angesprochen wurde die Unterscheidung zwischen Offenlegungsansprüchen gegen potentielle Kartellrechtsverletzer und Schadensersatzpflichtige und Offenlegungspflichten gegen Dritte, zudem ist eine Offenlegungspflicht der Kartellbehörden denkbar. Weiter ist hinsichtlich des Ziels der Offenlegungspflichten zwischen der Behebung einer Informationsasymmetrie, also fehlenden Informationen, die für eine Schadensersatzklage notwendig sind, und der Behebung einer bloßen Beweisnot zu differenzieren, bei der dem Kläger nicht die notwendigen Informationen fehlen, sondern nur die Beweismittel. Hinsichtlich der vorhandenen oder fehlenden Informationen oder Beweismittel wurden bereits die Unterscheidung zwischen Haftungsbegründung und Haftungsausfüllung und die Unterscheidung zwischen Initiativ- oder stand-alone-Klagen, bei denen keine Entscheidung einer Kartellbehörde vorliegt, und Folge- oder follow-on-Klagen, bei denen eine solche Entscheidung vorliegt, angesprochen; darüber hinaus kann auch eine Differenzierung danach erfolgen, ob der Kartellrechtsverstoß in der Bildung eines Kartells oder dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung liegt. Im Weißbuch werden diese Unterscheidungen nicht immer deutlich⁸.

6 Vgl. *Kommission*, Weißbuch Schadensersatzklagen, KOM(2008) 165 endg., S. 6; *Kommission*, Staff Working Paper Damages Actions, COM(2008) 165 final, Rn. 129 f.

7 Vgl. auch BVerfG v. 14.3.2006 - 1 BvR 2087/03, 1 BvR 2111/03 - *Geschäfts- und Betriebsgeheimnis*, BVerfGE 119, 205, Rn. 96.

8 So hinsichtlich der Unterscheidungen bezüglich der Art des Kartellrechtsverstoßes und der Unterscheidung zwischen Initiativ- und Folgeklagen auch *Ritter*, WuW 2008, 762, 765.

C. Voraussetzungen und Inhalt der Offenlegungspflichten

Die Offenlegungspflichten können eine Behörde, den potentiell Schadensersatzpflichtigen oder Dritte treffen.

I. Offenlegungspflichten von Behörden

Die nächstliegende Informationsquelle für den durch einen Kartellrechtsverstoß Geschädigten ist oftmals die Kartellbehörde. Dies gilt insbesondere für Folgeklagen, aber auch sonst, wenn die Behörde bereits Ermittlungen begonnen hat.

Im deutschen Verwaltungsverfahrensrecht haben Dritte zwar grundsätzlich kein Akteneinsichtsrecht nach §§ 28, 30 VwVfG oder § 72 GWB, jedoch kann die Kartellbehörde bei berechtigten Interessen Akteneinsicht nach pflichtgemäßem Ermessen gewähren, wobei die Verfolgung von Schadensersatzansprüchen als berechtigtes Interesse aufgefasst wird⁹. Allerdings ist die Akteneinsicht wohl auf laufende Verfahren beschränkt¹⁰. Demgegenüber gewährt das Informationsfreiheitsgesetz einen Zugang zu Informationen über amtliche Vorgänge im Bundeskartellamt auch nach Abschluss des Verwaltungsverfahrens und für am Verfahren nicht Beteiligte¹¹.

Im deutschen Straf- und Bußgeldverfahren gewähren §§ 406e StGB ggf. i. V. m. §§ 49, 46 Abs. 1 OWiG Geschädigten das Recht, über ihren Anwalt Aktensicht zu nehmen. Dieses Recht setzt voraus, dass ein berechtigtes Interesse, etwa die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche, nachgewiesen wird¹².

Im deutschen Zivilverfahrensrecht können Schadensersatzkläger anregen, dass das Gericht zur Terminsvorbereitung nach § 273 Abs. 2 Nr. 2 ZPO die Kartellbehörde ersucht, Urkunden mitzuteilen oder amtliche Auskünfte zu erteilen; Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 sieht vor, dass die Gerichte der Mitgliedstaaten die Kommission in Verfahren zu Art. 81 und 82 EG (jetzt Art. 101 und 102 AEUV) um Übermittlung von Informationen und um Stellungnahmen bitten können; für das Bundeskartellamt gelten die Regeln der Amtshilfe (Art. 35 Abs. 1 GG, § 168 GVG)¹³.

Im europäischen Recht haben nach Art. 27 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 und Art. 15 Abs. 1 VO 773/2004 an sich nur die Verfahrensbeteiligten ein Recht auf Akteneinsicht¹⁴. Allerdings hat das EuG festgestellt, dass auch Dritte während eines EU-Kartellverfahrens Einsicht in nicht-vertrauliche Akten entsprechend der TransparenzVO 1049/2001 nehmen können, wenn ein berechtigtes Interesse in Form der wirtschaft-

9 Dreher, ZWeR 2008, 325, 334 f; Engelsing, in MüKo Kartellrecht, 2008, § 57 Rn. 15.

10 Becker, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, GWB, 2006, § 62 Rn. 3; Engelsing, in MüKo Kartellrecht § 56 Rn. 16; anders Dreher, ZWeR 2008, 325, 334 f.

11 Burholt, BB 2006, 2201, 2202.

12 Wagner/Kleine/Liebach, EWS 2008, 305, 312; vgl. näher Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 2008, § 406e Rn. 2 ff. m. w. N.

13 Jüntgen, WuW 2007, 128, 131.

14 Jüntgen, WuW 2007, 128, 130.

lichen Beeinträchtigung durch den untersuchten Kartellrechtsverstoß dargelegt wird¹⁵. Die TransparenzVO gewährt nach Verfahrensabschluss grundsätzlich ebenfalls Zugang zu den Kartellverfahrensakten; das EuG hat festgestellt, dass dieser Zugang entgegen der Ansicht der Kommission nicht pauschal, sondern nur unter den Voraussetzungen des Art. 4 Abs. 1 und 2 VO 1049/2001 verweigert werden kann¹⁶.

Sowohl das deutsche als auch das europäische Recht kennen demgemäß grundätzlich Informationsansprüche des Geschädigten während und nach Abschluss des Verfahrens. Inwieweit diese Ansprüche tatsächlich bestehen, hängt vor allem davon ab, ob nicht ausnahmsweise eine der Zugangsbeschränkungen greift, auf die unten bei den Schranken eingegangen wird.

II. Offenlegungspflichten des potentiell Schadensersatzpflichtigen

Das Weißbuch konzentriert sich auf die Offenlegungspflichten des potentiell Schadensersatzpflichtigen. Diese sind im europäischen Recht bisher nicht vorgesehen. Im deutschen Recht sind Offenlegungspflichten des potentiell Schadensersatzpflichtigen und insbesondere des Prozessgegners an verschiedenen Stellen geregelt.

1. Deutsches Recht

Das deutsche Recht kennt zunächst die materiellrechtlichen Offenlegungspflichten der Vorlagepflichten der §§ 809, 810 BGB, der zivilrechtlichen Auskunftspflicht aus § 242 BGB und der speziellen Auskunftspflichten zur Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums. Daneben bestehen aber auch prozessuale Offenlegungspflichten, wobei die prozessuale Anordnung der Urkundenvorlegung und der Einnahme des Augenscheins nach §§ 142, 144 ZPO den Vorstellungen des Weißbuchs wohl am nächsten kommt.

a) §§ 809, 810 BGB

Die allgemeinen Vorlagepflichten der §§ 809, 810 BGB dienen dazu, einem Beweisnotstand abzuholen¹⁷. Sie geben keinen Auskunftsanspruch.

§ 810 BGB gewährt ein Recht zur Einsicht in Urkunden, die im Interesse des Berechtigten errichtet wurden oder ein Rechtsgeschäft mit dem Berechtigten betreffen,

15 EuG v. 7.6.2006, T-213/01 und T-214/01 - *Österreichische Postsparkasse*, Rn. 91, 106-119; *Lampert/Weidenbach*, WRP 2007, 152, 153 ff.

16 EuG v. 13.4.2005, T-2/03 - *Verein für Konsumenteninformation*, Rn. 74; vgl. a. *Ritter*, in *Immenga/Mestmäcker*, VO 1/2003/EG Rn. 10 f.; *Kleine*, ZWeR 2007, 303, 308; *Wagner/Kleine/Liebach*, EWS 2008, 305, 311.

17 BGH v. 1.8.2006 - X ZR 114/03 - *Restschadstoffentfernung*, BGHZ 169, 30, Rn. 41.

wenn der Berechtigte ein rechtliches Interesse daran hat. Zu den Urkunden zählen dabei neben Geschäftsbüchern und -papieren¹⁸ auch betriebsinterne Aufzeichnungen¹⁹ und Geschäftsbriefe²⁰, so dass viele für Schadensersatzklagen relevante Unterlagen Urkunden im Sinne des § 810 BGB sind. Elektronische Dokumente sind dabei wie Urkunden zu behandeln²¹. Auch dürfte der durch einen Kartellverstoß Geschädigte regelmäßig ein rechtliches Interesse an der Einsicht in die Urkunden haben. Jedoch sind diese Urkunden regelmäßig nicht in seinem Interesse errichtet und betreffen regelmäßig auch kein Rechtsgeschäft mit ihm²².

§ 809 BGB ist auf die Besichtigung von Sachen gerichtet, zu denen auch Informationsträger einschließlich der Urkunden im Sinne des § 810 BGB gehören²³. Jedoch setzt § 809 BGB voraus, dass ein Anspruch in Ansehung der Sache besteht oder sein Bestehen geprüft werden soll. Zwar soll dafür genügen, dass die Sache nicht selbst Gegenstand des Anspruchs ist, sondern der Anspruch lediglich von der Existenz oder Beschaffenheit der Sache abhängt²⁴. Jedoch ist in diesen Fällen die Existenz oder Beschaffenheit der Sache selbst Voraussetzung des Anspruchs, während bei Schadensersatzansprüchen aus Kartellrechtsverstößen die Informationsträger nur Auskunft über einen von ihnen unabhängigen Sachverhalt geben, der Voraussetzung des Anspruchs ist, etwa eine Kartellabsprache oder eine Preisdiskriminierung. Dementsprechend wird hinsichtlich der Einsicht eines Bieters in die von der Vergabestelle geführten Vergabeakten das Vorliegen eines Anspruchs in Ansehung der Sache verneint²⁵. Ein Anspruch auf Offenlegung aus §§ 809, 810 BGB ist demgemäß bei Schadensersatzansprüchen aus Wettbewerbsbeschränkungen regelmäßig nicht gegeben.

b) § 242 BGB

Die Rechtsprechung gewährt aus Treu und Glauben gemäß § 242 BGB einen Auskunftsanspruch, wenn eine “besondere rechtliche Beziehung zwischen dem Auskunftsfordernden und dem Inanspruchgenommenen” besteht und es das “Wesen des

18 *Marburger*, in Staudinger, BGB, 2009, § 810 Rn. 16, 19.

19 *Marburger*, in Staudinger, BGB, 2009, § 810 Rn. 18.

20 Vgl. *Habersack*, in MünchKomm BGB, § 810 Rn. 9; *Marburger*, in Staudinger, BGB, 2009, § 810 Rn. 18.

21 *Marburger*, in Staudinger, BGB, 2009, § 810 Rn. 8; *Heckelmann/Wilhelmi*, in Erman, BGB, 2008, § 810 Rn. 2; anders *Habersack*, in MünchKomm BGB, § 810 Rn. 3.

22 *Dreher*, ZWeR 2008, 325, 334; vgl. auch *Marburger*, in Staudinger, BGB, 2009, § 810 Rn. 18 f.

23 *Marburger*, in Staudinger, BGB, 2009, § 809 Rn. 3 f; vgl. auch *Heckelmann/Wilhelmi*, in Erman, BGB, 2008, § 810 Rn. 1; anders wohl *Habersack*, in MünchKomm BGB, § 809 Rn. 3.

24 Vgl. etwa BGH v. 8.1.1985 - X ZR 18/84 - *Druckbalken*, BGHZ 93, 191, 198 f; BGH v. 2.05.2002 - I ZR 45/01 - *Faxkarte*, BGHZ 150, 377, 384; *Heckelmann/Wilhelmi*, in Erman, BGB, 2008, § 809 Rn. 2.

25 *Habersack*, in MünchKomm BGB, § 809 Rn. 5; *Prieß/Gabriel*, NJW 2008, 331.

Rechtsverhältnisses mit sich bringt, dass der Berechtigte in entschuldbarer Weise über Bestehen und Umfang seiner Rechte im Ungewissen, der Inanspruchgenommene aber in der Lage ist, die verlangte Auskunft unschwer zu erteilen”; dieser ist jedoch kein allgemeiner Auskunftsanspruch, sondern setzt das Bestehen eines Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten voraus, das aber auch in einem gesetzlichen Schuldverhältnis liegen kann²⁶. Ein Auskunftsanspruch ist angenommen worden, wenn ein Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung dem Grunde nach besteht und lediglich der Anspruchsinhalt noch offen ist, wenn und soweit der Anspruchsinhaber ausnahmsweise in entschuldbarer Weise über den Anspruchsinhalt im Ungewissen ist, während der Anspruchsgegner darüber unschwer Auskunft geben kann²⁷. Jedenfalls für den Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes wird auch ein selbstständiger Auskunftsanspruch angenommen, der auch Auskünfte über Lieferanten und Abnehmer sowie über den Umfang von Lieferungen umfassen kann²⁸. Allerdings ist auch ein solcher Anspruch auf den konkreten Verletzungsfall beschränkt²⁹, so dass das Vorliegen einer Verletzung auch hier bereits feststehen muss. Ein allgemeiner Auskunftsanspruch zur Begründung eines Schadensersatzanspruchs liegt darin nicht. Die Ansicht, dass der Auskunftsanspruch aus § 242 BGB auch zur Fundierung einer kartellrechtlichen Klage herangezogen werden kann³⁰, trifft demgemäß nur in diesen Grenzen zu.

c) Ansprüche zur Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums

Eine ausführliche Regelung der Offenlegungspflichten bezüglich der Rechte des geistigen Eigentums enthält das Durchsetzungsgesetz³¹. Es setzt die Durchsetzungsrichtlinie³² um, an deren Konzeption sich die Kommission wiederum für das Weiß-

- 26 BGH v. 7.5.1980 - VIII ZR 120/79, BGH, NJW 1980, 2463 f; vgl. auch *Looschelders*, in Staudinger, BGB, 2005, § 242 Rn. 603 f; *Krüger*, in MünchKomm BGB, § 260 Rn. 12 ff. jew. m. w. N.
- 27 BGH v. 13.6.1985 - I ZR 35/83 - *Gema Vermutung II*, BGHZ 95, 285, 287 f; BGH v. 28.11.1989 VI ZR 63/89, NJW 1990, 1358, 1358; *Heinrichs*, in Palandt, 2008, § 261 Rn. 11; *Krüger*, in MünchKomm BGB, 2007, § 260 Rn. 15.
- 28 BGH v. 17.5.2001 - I ZR 291/98 - *Entfernung der Herstellungsnummer II*, BGHZ 148, 26, 30 ff; *Looschelders*, in Staudinger, BGB, 2005, § 242 Rn. 1002; jew. m. w. N.
- 29 BGH v. 17.5.2001 - I ZR 291/98 - *Entfernung der Herstellungsnummer II*, BGHZ 148, 26, 30 ff.
- 30 So *Dreher*, ZWeR 2008, 325, 332 f. m. V. a. OLG Düsseldorf v. 16.6.1998 - U (Kart) 15/97, WuW/E DE-R 143 Rz. 95 ff. - *Global One*, wo der Schadensersatzanspruch aber dem Grunde nach gerechtfertigt war und der Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung nur der Schadensberechnung diente.
- 31 Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums v. 7.7.2008, BGBl. I 2008, S. 1191 ff. Ähnliche Regelungen finden sich in §§ 8 ff. UmweltHaftG sowie §§ 32 ff. GenTG und § 84a AMG.
- 32 Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19.4.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, Abl. L 195 vom 2.6.2006, S. 16 ff.

buch orientiert hat³³. Dabei gewähren § 140b Abs. 1 PatG, § 24b Abs. 1 GebrMG, § 9 Abs. 2 HalblSchG, § 19 Abs. 1 MarkenG, § 101 Abs. 1 UrhG, § 46 Abs. 1 GeschmMG und § 37b Abs. 1 SortSchG dem Verletzten einen Anspruch gegen den Verletzer auf Auskunft über die Herkunft und den Vertriebsweg der rechtsverletzenden Erzeugnisse. Weiter geben § 140c Abs. 1 S. 1 PatG, § 24c Abs. 1 S. 1 GebrMG, § 9 Abs. 2 HalblSchG, § 19a Abs. 1 S. 1 MarkenG, § 101a Abs. 1 S. 1 UrhG, § 46a Abs. 1 GeschmMG und § 37c Abs. 1 S. 1 SortSchG dem Verletzten bei hinreichender Wahrscheinlichkeit einer Verletzung einen Anspruch gegen den Verletzer auf Vorlage von Urkunden oder Besichtigung von Sachen, die sich in dessen Verfügungsgewalt befinden, soweit dies zur Begründung von Ansprüchen des Verletzten erforderlich ist. Schließlich enthalten § 140c Abs. 1 S. 2 PatG, § 24c Abs. 1 S. 2 GebrMG, § 9 Abs. 2 HalblSchG, § 19a Abs. 1 S. 2 MarkenG, § 101a Abs. 1 S. 2 UrhG, § 46a Abs. 1 S. 2 GeschmMG und § 37c Abs. 1 S. 2 SortSchG einen Anspruch des Verletzten gegen den potentiellen Verletzer auf Vorlage von Bank-, Finanz- oder Handelsunterlagen, die sich in dessen Verfügungsgewalt befinden, wenn hinreichend wahrscheinlich ist, dass eine Rechtsverletzung in gewerblichem Ausmaß begangen wurde, und die Vorlage zur Anspruchsgrundierung erforderlich ist. Demgegenüber dienen die Vorlageansprüche aus § 140d Abs. 1 PatG, § 24d Abs. 1 GebrMG, § 9 Abs. 2 HalblSchG, § 19b Abs. 1 MarkenG, § 101b Abs. 1 UrhG, § 46b Abs. 1 GeschmMG und § 37d Abs. 1 SortSchG nur der Sicherung der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen.

Diese Offenlegungspflichten betreffen nur die Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums, sind also auf Schadensersatzansprüche aus Wettbewerbsbeschränkungen nicht anwendbar. Auch eine analoge Anwendung kommt angesichts der expliziten Beschränkung des Gesetzes auf die Erleichterung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums nicht in Betracht.

Hinsichtlich des Regelungsmodells ist jedoch festzuhalten, dass bei feststehenden Verletzungen die Auskunftsansprüche gegen den Verletzer nach dem Gesetz grundsätzlich keinen Einschränkungen unterliegen, wenn man von dem Erfordernis einer Verletzung in gewerblichem Ausmaß im Urheberrecht absieht. Demgegenüber setzen die Auskunftsansprüche gegen Dritte nicht nur bestimmte Anknüpfungshandlungen in gewerblichem Ausmaß voraus, sondern stehen auch unter dem Vorbehalt, dass der Dritte kein Zeugnisverweigerungsrecht hat. Bei nur hinreichend wahrscheinlichen Verletzungen bestehen keine Auskunftsansprüche, sondern nur Ansprüche auf Vorlage von Urkunden und ggf. sonstiger Unterlagen sowie die Besichtigung von Sachen. Diese Ansprüche sind nur gegen den mutmaßlichen Verletzer, nicht jedoch gegen Dritte gerichtet.

Die Voraussetzung, dass die Vorlage oder Besichtigung zur Begründung von Ansprüchen des mutmaßlich Verletzten erforderlich sein müssen, ist dabei etwas enger als die Voraussetzung des rechtlichen Interesses für die Urkundenvorlage nach § 810 BGB, jedoch weiter als die Voraussetzungen des Anspruchs in Ansehung der Sache bei der Besichtigung nach § 809 BGB. Nach der Gesetzesbegründung ist die

33 Kommission, Staff Working Paper Damages Actions, COM(2008) 165 final, Rn. 95.

Erforderlichkeit gegeben, wenn eine bestrittene anspruchsbegründende Tatsache nachgewiesen oder überhaupt erst Kenntnis von dieser Tatsache erlangt werden soll, so dass auch Informationen zur weiteren Substantierung des Vortrags gesammelt werden können, wobei die Erforderlichkeit zugleich aber gewährleisten soll, dass keine allgemeine Ausforschung der Gegenseite erfolgt³⁴. Die Erforderlichkeit bezieht sich damit auf die hinreichend wahrscheinliche Rechtsverletzung. Zur Vermeidung einer unzulässigen Ausforschung ist zudem die genaue Benennung der offenzulegenden Urkunden und Sachen erforderlich³⁵.

d) §§ 445 ff. ZPO

Eine prozessuale Offenlegungspflicht des mutmaßlichen Verletzers ist mit der Parteivernehmung nach §§ 445 ff. ZPO verbunden. Sie ist allerdings gemäß § 445 Abs. 1 ZPO subsidiär gegenüber den anderen Beweisarten, insbesondere gegenüber dem Zeugenbeweis. Die Parteivernehmung ist zwar nicht erzwingbar, jedoch hat das Gericht die Ablehnung, sich vernehmen zu lassen, bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen³⁶. Ein Ausforschungsbeweis ist nicht erlaubt³⁷. Ein allgemeines Auskunftsrecht ergibt sich aus der Parteivernehmung mithin nicht.

e) §§ 420 ff. ZPO

Offenlegungspflichten sind auch mit dem Beweis durch Urkunden nach §§ 420 ff. ZPO verbunden, da der Beweis gemäß § 420 ZPO durch die Vorlegung der Urkunde angetreten wird. Eine Pflicht zur Vorlegung der Urkunde besteht jedoch für den Prozessgegner gemäß § 422 ZPO grundsätzlich nur, wenn eine materiellrechtliche Pflicht zur Herausgabe oder Vorlegung der Urkunde besteht, wozu wohl auch die Offenlegungspflichten nach dem Durchsetzungsgesetz gehören, so dass das zu den materiellrechtlichen Offenlegungspflichten Gesagte gilt.

f) §§ 142, 144 ZPO

Die prozessuale Anordnung der Vorlegung von Urkunden und sonstigen Gegenständen nach §§ 142, 144 ZPO ist vom Bestehen materiellrechtlicher Vorlegungs- oder Herausgabeansprüche unabhängig und liegt im Ermessen des Gerichts, das die

34 BT-Drs. 16/5048, S. 40; *Ohst*, in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 2009, § 101a Rn. 14.

35 *Ohst*, in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 2009, § 101a Rn. 15; vgl. auch BT-Drs. 16/5048, S. 40.

36 *Reichold*, in Thomas/Putzo, 2009, § 446 Rn. 1.

37 *Reichold*, in Thomas/Putzo, 2009, § 445 Rn. 1.

Nichtbefolgung gemäß § 286, 427 S. 2 ZPO frei zu würdigen hat³⁸. Voraussetzungen sind zunächst die Wahrscheinlichkeit des geltend gemachten Anspruchs³⁹ und ein schlüssiger, auf konkrete Tatsachen bezogener Vortrag entsprechend der Darlegungs- und Substantiierungslast der beantragenden Partei, um ein prozessordnungswidriges Ausforschen des Prozessgegners zu verhindern⁴⁰ sowie die Benennung der offenzulegenden Urkunde oder Sache⁴¹, auf die eine der Parteien ausdrücklich oder konkludent Bezug genommen haben muss⁴². Weiter muss die Offenlegungspflicht nach Abwägung der kollidierenden Interessen zumutbar sein⁴³; bei der damit notwendigen Ermessensentscheidung des Gerichts sind der mögliche Erkenntniswert und die Verhältnismäßigkeit der Anordnung, aber auch die berechtigten Belange des Geheimnis- und Persönlichkeitsschutzes zu berücksichtigen⁴⁴. Die §§ 142, 144 ZPO dienen dabei wie die §§ 809, 810 ZPO der Abhilfe eines Beweisnotstandes⁴⁵. Sie erlauben kein prozessordnungswidriges Ausforschen des Prozessgegners und dürfen nicht zum bloßen Zweck der Informationsgewinnung herangezogen werden⁴⁶.

2. Weißbuch

Den Vorstellungen des Weißbuchs am nächsten kommt wohl die prozessuale Anordnung der Vorlegung von Urkunden und sonstiger Gegenstände nach §§ 142, 144 ZPO, die allerdings keinen echten Anspruch gewährt. Bei Folgeklagen entspricht auch der Auskunftsanspruch aus § 242 BGB dem Anliegen der Richtlinie. Hinsichtlich der Konzeption des Weißbuchs sind schließlich auch die Regelungen des Durchsetzungsgesetzes relevant. Vor diesem Hintergrund sind nunmehr die Vorschläge des Weißbuchs zu betrachten.

Das Weißbuch setzt für eine Offenlegungspflicht zunächst die substantierte Darlegung plausibler Gründe für das Vorliegen eines Anspruchs auf Ersatz eines durch einen Kartellrechtsverstoß erlittenen Schadens voraus⁴⁷. Das working paper nennt als Beispiel, dass der Anspruchsteller eine Entscheidung einer Kartellbehörde vorlegen und nachweisen kann und, dass er von der darin festgestellten Wettbewerbsbeschränkung betroffen ist, so dass er nur noch seinen Schaden berechnen muss⁴⁸, was

38 BGH v. 26.6.2007 - XI ZR 277/05, BGHZ 173, 23, Rn. 20.

39 BGH v. 1.8.2006 - X ZR 114/03 - *Restschadstoffentfernung*, BGHZ 169, 30, Rn. 43.

40 BGH v. 26.6.2007 - XI ZR 277/05, BGHZ 173, 23, Rn. 20.

41 Zimmer/Logemann, ZeuP 2009, 489, 505.

42 Stadler, in Musielak, ZPO, 2009, § 142 Rn. 9.

43 BGH v. 1.8.2006 - X ZR 114/03 - *Restschadstoffentfernung*, BGHZ 169, 30, Rn. 42.

44 BGH v. 26.6.2007 - XI ZR 277/05, BGHZ 173, 23, Rn. 20.

45 BGH v. 1.8.2006 - X ZR 114/03 - *Restschadstoffentfernung*, BGHZ 169, 30, Rn. 41; vgl. auch BGH v. 26.10.2006 - III ZB 2/06, NJW 2007, 155, Rn. 5.

46 BGH v. 26.6.2007 - XI ZR 277/05, BGHZ 173, 23, Rn. 20; noch offen gelassen in BGH v. 1.8.2006 - X ZR 114/03 - *Restschadstoffentfernung*, BGHZ 169, 30, Rn. 37.

47 Kommission, Weißbuch Schadenersatzklagen, KOM(2008) 165 endg., S. 5 f; vgl. auch Kommission, Staff Working Paper Damages Actions, COM(2008) 165 final, Rn. 100.

48 Kommission, Staff Working Paper Damages Actions, COM(2008) 165 final, Rn. 102.

nur in wenigen Fällen der Folgeklagen gelingen wird, nicht jedoch bei „Nachbarklagen“, bei denen zwar die Wettbewerbsbeschränkung feststeht, jedoch offen ist, ob der Anspruchsteller zu den Betroffenen gehört. Die Formulierung im Weißbuch ähnelt der Regelung in § 142 ZPO, aber auch derjenigen der Besichtigungsansprüche in § 809 BGB bzw. der Vorlage- und Besichtigungsansprüche des Durchsetzungsgesetzes, wo eine gewisse bzw. hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Hauptanspruchs für ausreichend gehalten wird. Das Beispiel ist demgegenüber enger und würde auch für den allgemeinen Auskunftsanspruch aus § 242 BGB und die Auskunftsansprüche des Durchsetzungsgesetzes genügen, die eine Rechtsverletzung voraussetzen.

Zudem müssen die Kategorien der offenzulegenden Beweismittel genau genug bezeichnet werden⁴⁹. Wie die genügende Genauigkeit zu bestimmen ist, bleibt allerdings offen⁵⁰. Das working paper nennt als Beispiel Unterlagen über Preisdiskussionen zwischen den Kartellanten für genau bezeichnete Produkte, Zeiträume und Gebiete, soweit sie den Antragsteller betreffen, oder Informationen zur Ermittlung des Preisniveaus ohne Kartell für genau bezeichnete Produkte, Zeiträume und Gebiete⁵¹. Damit kann zwar nicht die Offenlegung des gesamten Schrift- oder E-Mail-Verkehrs mit einer bestimmten Person in einem bestimmten Zeitraum verlangt werden⁵², wohl aber würde genügen, wenn die Art der Informationen oder Unterlagen und die Produkte, Zeiträume, Gebiete, Personen sowie das Thema, die sie betreffen, benannt werden. Die Regelungen in §§ 142, 144 ZPO oder §§ 809, 810 BGB sind demgegenüber strenger, da dort das konkrete Beweismittel benannt werden muss. Bei den Vorlage- und Besichtigungsansprüchen nach dem Durchsetzungsgesetz, etwa § 140c PatG, § 19a MarkenG und § 101a UrhG, ist ebenfalls das konkrete Beweismittel zu nennen und die Auskunftsansprüche nach dem Durchsetzungsgesetz, etwa § 140b PatG, § 19 MarkenG und § 101 UrhG sind auf die Herkunft und den Vertriebsweg beschränkt.

Schließlich muss die beantragte Offenlegung für die Klage erheblich sowie erforderlich und verhältnismäßig sein⁵³. Die Offenlegungspflicht beruht damit vor allem auf einer Interessenabwägung und Ermessensentscheidung⁵⁴.

III. Offenlegungspflichten Dritter

Offenlegungspflichten können nicht nur den potentiell Schadensersatzpflichtigen, sondern auch Dritte treffen.

49 Kommission, Weißbuch Schadenersatzklagen, KOM(2008) 165 endg., S. 5 f.

50 Vgl. auch Zimmer/Logemann, ZeuP 2009, 489, 506.

51 Kommission, Staff Working Paper Damages Actions, COM(2008) 165 final, Rn. 106.

52 So auch Wagner/Kleine/Liebach, EWS 2008, 305, 312.

53 Kommission, Weißbuch Schadenersatzklagen, KOM(2008) 165 endg., S. 5 f; vgl. auch Kommission, Staff Working Paper Damages Actions, COM(2008) 165 final, Rn. 108.

54 Kommission, Staff Working Paper Damages Actions, COM(2008) 165 final, Rn. 105.

1. Deutsches Recht

Das deutsche Recht kennt verschiedene prozessuale und materielle Offenlegungspflichten Dritter.

a) §§ 809, 810 BGB

Die Offenlegungspflichten der §§ 809, 810 BGB treffen den Besitzer der Sache oder Urkunde und damit auch Dritte. Hinsichtlich der Voraussetzungen wird bisher nicht zwischen dem potentiellen Anspruchsgegner und Dritten unterschieden. Allerdings ist bei einem Interessengegensatz zwischen dem Anspruchsteller und dem Besitzer, etwa weil es um Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse geht, nach § 242 BGB abzuwägen und der Anspruch gegebenenfalls eingeschränkt oder ausgeschlossen⁵⁵, wobei möglicherweise zwischen dem potentiellen Anspruchsgegner und dem Dritten zu unterscheiden ist, wovon Teile der Literatur für die Ansprüche aus dem Durchsetzungsgesetz ausgehen⁵⁶. Da es regelmäßig nicht um Ansprüche in Ansehung der Sache geht und die relevanten Urkunden regelmäßig nicht im Interesse des Geschädigten errichtet wurden und auch kein Rechtsgeschäft mit ihm betreffen⁵⁷, gilt jedoch auch für Offenlegungspflichten aus §§ 809, 810 BGB gegen Dritte, dass sie bei Schadensersatzansprüchen aus Wettbewerbsbeschränkungen regelmäßig nicht gegeben sind.

b) § 242 BGB

Beim Auskunftsanspruch aus Treu und Glauben gemäß § 242 BGB wird es regelmäßig an dem dafür erforderlichen Rechtsverhältnis⁵⁸ mit dem Dritten fehlen. Soweit für den Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes ein selbstständiger Auskunftsanspruch angenommen wird, der auch Auskünfte über Lieferanten und Abnehmer sowie über den Umfang von Lieferungen umfassen kann⁵⁹, so dass der Verpflichtete Dritter in Bezug auf das Verhältnis zwischen dem Berechtigten und den Lieferanten und Abnehmern ist, wurde dieses Rechtsverhältnis dadurch begründet, dass der Verpflichtete selbst den Berechtigten verletzt hatte, so dass zwischen ihnen ein gesetzli-

55 Heckelmann/Wilhelmi, in Erman, BGB, 2008, § 809 Rn. 2; vgl. auch Marburger, in Staudinger, BGB, 2009, Vorbem. zu §§ 809-811 Rn. 5.

56 Vgl. Ohst, in Wandtke/Bullinger, UrhG, 2009, § 101a Rn. 33; vgl. auch Bohne, in Wandtke/Bullinger, UrhG, 2009, § 101 Rn. 22; anders Fezer, Markenrecht, 2009, § 19 Rn. 45.

57 Vgl. oben 0.

58 Vgl. oben 0.

59 BGH v. 17.5.2001 - I ZR 291/98 - Entfernung der Herstellungsnummer II, BGHZ 148, 26, 30 ff; Looschelders, in Staudinger, BGB, 2005, § 242 Rn. 1002; jew. m. w. N.

ches Schuldverhältnis mit Bezug auf die Lieferanten und Abnehmer vorlag⁶⁰. Der Verpflichtet ist dann weniger Dritter als vielmehr Beteiligter. Demgemäß erscheint es zwar möglich, dass ein als solcher bereits feststehender Beteiligter an einem Kartell auf Auskunft über andere Kartellanten in Anspruch genommen wird. Jedoch erscheint fraglich, ob die weitere Voraussetzung, dass der Beteiligte unschwer Auskunft erteilen kann⁶¹, regelmäßig ohne weiteres gegeben ist.

c) Ansprüche zur Durchsetzung des geistigen Eigentums

Nach dem Durchsetzungsgesetz enthalten § 140b Abs. 2 PatG, § 24b Abs. 2 GebrMG, § 19 Abs. 2 MarkenG, § 101 Abs. 2 UrhG, § 46 Abs. 2 GeschmMG und § 37b Abs. 2 SortSchG einen Anspruch des Verletzten auf Auskunft über die Herkunft und den Vertriebsweg der rechtsverletzenden Erzeugnisse gegen Dritte, wenn diese bestimmte Anknüpfungshandlungen in gewerblichem Ausmaß vorgenommen haben und die Rechtsverletzung offensichtlich ist oder bereits Klage gegen den Verletzer erhoben wurde. Dieser Anspruch steht jedoch unter dem Vorbehalt, dass kein Zeugnisverweigerungsrecht bestehen würde und die Inanspruchnahme nicht unverhältnismäßig ist. Hier ist also eine Offenlegungspflicht Dritter vorgesehen. Diese ist jedoch nicht nur gegenständlich auf bestimmte Informationen bei der Verletzung geistigen Eigentums beschränkt, sondern setzt zudem eine qualifizierte Anknüpfung voraus. Einen Vorlage- und Besichtigungsanspruch Dritter enthält das Durchsetzungsgesetz nicht.

d) §§ 373 ff. ZPO

Eine prozessuale Offenlegungspflicht Dritter ist grundsätzlich auch mit dem Zeugenbeweis gemäß §§ 373 ff. ZPO verbunden. Der Zeuge ist Dritter, da die Parteien im Prozess als solche zu vernehmen sind⁶². Der Zeugenbeweis ist gemäß § 445 ZPO gegenüber der Partievernehmung vorrangig. Der Zeuge ist zur Aussage vor dem Gericht verpflichtet. Eine Ausnahme besteht nur bei einem persönlichen oder sachlichen Zeugnisverweigerungsrecht gemäß §§ 383 ff. ZPO. Allerdings ist der Zeuge nur über die Tatsachen zu vernehmen, für die gemäß § 373 ZPO der Zeugenbeweis angetreten wurde, also über konkret benannte Tatsachen, die hinsichtlich der konkreten streitgegenständlichen Rechtsverletzung erheblich sind⁶³. Ein Ausforschungs-

60 BGH v. 17.5.2001 - I ZR 291/98 - *Entfernung der Herstellungsnummer II*, BGHZ 148, 26, 30 ff.

61 Vgl. oben 0.

62 Vgl. Reichold, in Thomas/Putzo, 2009, Vorbem. § 373 Rn. 6.

63 Amschewitz, Durchsetzungsrichtlinie, 2008, S. 253.

beweis ist nicht erlaubt⁶⁴. Ein allgemeines Auskunftsrecht ergibt sich aus dem Zeugenbeweis somit nicht.

e) §§ 420 ff. ZPO

Offenlegungspflichten bestehen im Rahmen des Beweises durch Urkunden auch für Dritte gemäß §§ 429 i. V. m. 422 § ZPO grundsätzlich nur, wenn eine materiell-rechtliche Pflicht zur Herausgabe oder Vorlegung der Urkunde besteht, so dass das-selbe wie für die materiellrechtlichen Offenlegungspflichten gilt.

f) §§ 142, 144 ZPO

Die Anordnung der Vorlegung von Urkunden oder anderen Gegenständen nach §§ 142, 144 ZPO kann auch gegen Dritte erfolgen. Insoweit gelten grundsätzlich die gleichen Voraussetzungen und Rechtsordnungen wie bei der Anordnung gegen den Prozessgegner⁶⁵. Allerdings ordnen § 142 Abs. 2, 144 Abs. 2 ZPO explizit an, dass keine Pflicht zur Offenlegung besteht, wenn diese für den Dritten unzumutbar ist oder ein Zeugnisverweigerungsrecht besteht⁶⁶.

2. Weißbuch

Auch bezüglich der Offenlegungspflichten Dritter sind vor allem die Vorlegungsanordnungen nach §§ 142, 144 ZPO und die Regelungen des Durchsetzungsgesetzes relevant und mit den Vorschlägen des Weißbuchs zu vergleichen.

Das Weißbuch sieht vor, dass die Offenlegungspflicht nicht nur für die Prozessparteien, sondern auch für Dritte gilt, ohne hinsichtlich der Voraussetzungen zwischen dem potentiellen Gegner des Hauptanspruchs und Dritten zu unterscheiden⁶⁷. Insoweit gelten also die obigen Ausführungen zu den Vorschlägen zur Offenlegungspflicht des potentiell Schadensersatzpflichtigen⁶⁸ auch für die Vorschläge zur Offenlegungspflicht Dritter. Das working paper geht allerdings davon aus, dass die Offenlegungspflicht Dritte nur ausnahmsweise trifft⁶⁹; Dritte seien insofern doppelt gegen exzessive Offenlegungspflichten geschützt, als es an der Erforderlichkeit

64 Vgl. *Reichold*, in Thomas/Putzo, 2009, § 373 Rn. 1 i. V. m. § 284 Rn. 3.

65 Vgl. oben 0.

66 Vgl. *Stadler*, in Musielak, ZPO, 2009, § 142 Rn. 8 f. m. w. N.

67 Vgl. *Kommission*, Weißbuch Schadensersatzklagen, KOM(2008) 165 endg., S. 5.

68 Vgl. oben 0.

69 *Kommission*, Staff Working Paper Damages Actions, COM(2008) 165 final, Rn. 122.

fehle, wenn die Auskunft auch vom potentiellen Gegner zu erlangen sei und bei Dritten die Schranke der Erforderlichkeit höher liege als bei potentiellen Gegnern⁷⁰.

Das Weißbuch steht insoweit in einem Gegensatz zu den Regelungen des deutschen Rechts. Das deutsche Recht sieht einen Auskunftsanspruch gegen Dritte materiellrechtlich nur zur Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums vor und auch dann nur unter den engen Voraussetzungen der Offensichtlichkeit der Verletzung oder des anhängigen Prozesses gegen den Verletzer; Vorlage- und Besichtigungsansprüche sind regelmäßig nicht gegeben. Das deutsche Recht ist insoweit deutlich enger als die Vorschläge des Weißbuchs.

D. Schranken der Offenlegungspflichten

Das deutsche wie das europäische Recht schränken die Offenlegungspflicht sowohl von Behörden als auch von potentiell Schadensersatzpflichtigen und Dritten zugunsten anderer, überwiegender Interessen ein.

I. Schranken für Offenlegungspflichten von Behörden

Im deutschen Verwaltungsverfahrensrecht ergibt sich die Einschränkung der Offenlegungspflicht aus § 29 Abs. 2, 30 VwVfG sowie aus § 72 Abs. 2 S. 2 bis 6 GWB⁷¹. Dabei sieht die Rechtsprechung die Offenlegung nur gegenüber einem neutralen, zur Verschwiegenheit verpflichteten Sachverständigen, insbesondere einem Wirtschaftsprüfer, nicht aber gegenüber der Gegenseite und dem Gericht als zulässig an, da sonst das rechtliche Gehör der Gegenseite und die Pflicht des Gerichts, Sachverständigengutachten sorgfältig und kritisch zu würdigen, verletzt werden⁷².

Ebenso ist einem Auskunftsersuchen im deutschen Zivilverfahrensrecht nicht nachzukommen, wenn ihm vorrangige Gründe oder der Schutz der Funktionsabläufe und der Unabhängigkeit der Kartellbehörde entgegenstehen, so etwa bei Kronzeugendokumenten⁷³. Auch das deutsche Strafverfahrensrecht setzt nach § 406e StGB voraus, dass der Akteneinsicht keine schutzwürdigen Interessen entgegenstehen⁷⁴. Desgleichen sieht das Informationsfreiheitsgesetz in §§ 3 und 6 vor, dass keine Offenlegungspflicht besteht, wenn etwa die Kontroll- und Aufsichtsaufgaben und die behördenerne Entscheidungsfindung der Wettbewerbsbehörden beeinträchtigt

70 Kommission, Staff Working Paper Damages Actions, COM(2008) 165 final, Rn. 124.

71 Vgl. dazu etwa Bechtold, GWB, 2008, § 72 Rn. 2; siehe zum Akteneinsichtsrecht aus § 56 GWB etwa auch ders. § 56 Rn. 4.

72 BVerwG v. 15.8.2003 - 20 F 8/03, NVwZ 2004, 105, 106; vgl. auch BGH v. 12.11.1991 - KZR 18/90 - Amtsangeiger, BGHZ 116, 47.

73 Jüntgen, WuW 2007, 128, 131.

74 Wagner/Kleine/Liebach, EWS 2008, 305, 312.

wird oder Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse oder vertraulich übermittelte Informationen, etwa Kronzeugendokumente, betroffen sind⁷⁵.

Im europäischen Verwaltungsverfahren besteht ein Einsichtsrecht nur in nicht vertraulichen Akten entsprechend der TransparenzVO 1049/2001⁷⁶. Diese gewährt nach Art. 4 Abs. 1 und 2 keinen Zugang, soweit dies zum Schutz des öffentlichen Interesses, der Privatsphäre und Integrität des einzelnen, der geschäftlichen Interessen oder von Gerichtsverfahren und Rechtsberatung notwendig ist, wobei die Kommission nach der Rechtsprechung konkret und individuell prüfen muss, ob Akten-einsicht zu gewähren ist⁷⁷.

II. Schranken für Offenlegungspflichten des potentiell Schadensersatzpflichtigen

Auch für die Offenlegungspflichten des potentiell Schadensersatzpflichtigen bestehen im deutschen und europäischen Recht Schranken.

1. Deutsches Recht

Im deutschen Recht ergeben sich bei den Ansprüchen auf Besichtigung und Einsicht aus §§ 809, 810 BGB Schranken daraus, dass sie durch Grundsatz von Treu und Glauben des § 242 BGB begrenzt werden, so dass das Geheimhaltungsinteresse des Offenlegungspflichtigen gegen das Informationsinteresse des Berechtigten abzuwegen ist, was zu einer Einschränkung der Offenlegungspflicht führen kann⁷⁸. Der allgemeine Auskunftsanspruch aus § 242 BGB unterliegt keinen Schranken. Grund dafür ist wohl die mangelnde Schutzwürdigkeit des Prozessgegners, dessen Schadensersatzpflicht dem Grunde nach bereits feststeht. Auch die Offenlegungspflichten aus dem Durchsetzungsgesetz sind ausgeschlossen, soweit sie unverhältnismäßig sind. Dies ist für die Ansprüche auf Auskunft über Herkunft und Vertriebsweg der rechtsverletzenden Erzeugnisse etwa in § 140b Abs. 4 PatG, § 19 Abs. 4 MarkenG oder § 101 Abs. 4 UrhG angeordnet⁷⁹; für die Ansprüche auf Vorlage von Urkunden oder

75 *Burholt*, BB 2006, 2201, 2203 f; für Kronzeugendokumente auch *Jüntgen*, WuW 2007, 128, 131.

76 EuG v. 7.6.2006 - T-213/01 und T-214/01 - *Österreichische Postsparkasse*, Rn. 91, 106-119; *Lampert/Weidenbach*, WRP 2007, 152, 153 ff.

77 EuG v. 12.4.2005 - T-2/03 - *Verein für Konsumenteninformation*, Tz. 74, 111-113; *Ritter*, in *Immenga/Mestmäcker*, VO 1/2003/EG, Rn. 12.

78 Vgl. *Heckelmann/Wilhelmi*, in *Erman*, BGB, 2008, § 809 Rn. 2; *Marburger*, in *Staudinger*, BGB, 2009, Vorbem. zu §§ 809-811 Rn. 5.

79 Vgl. etwa *Bohne*, in *Wandtke/Bullinger*, UrhG, 2009, § 101 Rn. 22; *Fezer*, Markenrecht, 2009, § 19 Rn. 43 ff.

Besichtigung von Sachen und auf Vorlage von Bank-, Finanz- oder Handelsunterlagen etwa in § 140c Abs. 2 PatG, § 19a Abs. 2 MarkenG oder § 101a Abs. 2 UrhG⁸⁰.

Im Prozessrecht kann die Gegenpartei gemäß § 446 ZPO ihre Vernehmung ablehnen, wenn sie dafür überzeugende Gründe, insbesondere vorrangige Interessen angibt⁸¹. Im Rahmen des § 142 ZPO ergeben sich die Schranken aus der Erforderlichkeit einer Abwägung im Rahmen der Ermessensentscheidung, bei der insbesondere auch berechtigte Belange des Geheimnis- und Persönlichkeitsschutzes zu berücksichtigen sind⁸². Keine oder nur eine eingeschränkte Offenlegungspflicht wird demgemäß etwa angenommen für Urkunden aus dem Vertrauensbereich der Beziehung zwischen Anwalt und Mandant⁸³ und Kronzeugendokumente⁸⁴ sowie Informationen, die den Kartellbehörden von Dritten übermittelt wurden⁸⁵.

2. Weißbuch

Das Weißbuch geht nicht näher auf die Schranken der Offenlegung ein. Es sieht zwar die Gefahr von übermäßig weiten und belastenden Offenlegungspflichten und insbesondere Missbräuchen⁸⁶, fordert jedoch explizit nur einen angemessenen Schutz für Unternehmenserklärungen im Rahmen von Kronzeugenprogrammen und für die Untersuchungen von Wettbewerbsbehörden⁸⁷. Das working paper geht allerdings davon aus, dass das Verhältnismäßigkeitsfordernis die Offenlegungspflicht ausschließen oder beschränken könnte, insoweit sei nationales Recht entsprechend anwendbar⁸⁸. Der Schutz vor Offenlegungspflichten beruhe vor allem darauf, dass diese nur aufgrund einer vorherigen gerichtlichen Ermessensentscheidung bestünden⁸⁹. Wie weit die Bindung des richterlichen Ermessens geht und welche Instrumente das nationale Recht vorsehen muss, damit die Gerichte die Offenlegungspflichten einschränken können, bleibt offen.

80 Vgl. *Ohst*, in Wandtke/Bullinger, UrhG, 2009, § 101a Rn. 33; *Fezer*, Markenrecht, 2009, § 19a Rn. 26.

81 Vgl. *Reichold*, in Thomas/Putzo, 2009, ZPO, § 446 Rn. 1.

82 BGH v. 26.6.2007 - XI ZR 277/05, BGHZ 173, 23, Rn. 20; vgl. etwa auch BGH v. 1.8.2006 - X ZR 114/03 - *Restschadstoffentfernung*, BGHZ 169, 30, Rn. 42; *Wagner*, JZ 2007, 706, 717 f. ff.

83 Vgl. mit unterschiedlicher Begründung *Becker*, MDR 2008, 1309, 1314; *Jüntgen*, WuW 2007, 128, 137; *Konrad*, NJW 2004, 710, 712; *Musielak/Stadler*, ZPO, 6. Auf. 2008, § 142 Rn. 7; *Wagner*, JZ 2007, 706, 715.

84 *Jüntgen*, WuW 2007, 128, 133 f.

85 *Kleine*, ZWeR 2007, 303, 310 f.

86 Kommission, Weißbuch Schadenersatzklagen, KOM(2008) 165 endg., S. 5.

87 Kommission, Weißbuch Schadenersatzklagen, KOM(2008) 165 endg., S. 6.

88 Kommission, Staff Working Paper Damages Actions, COM(2008) 165 final, Rn. 116.

89 Kommission, Staff Working Paper Damages Actions, COM(2008) 165 final, Rn. 95, 107 ff.

III. Schranken für Offenlegungspflichten Dritter

Für die Offenlegungspflichten Dritter bestehen im deutschen und europäischen Recht ebenfalls Schranken.

1. Deutsches Recht

Im deutschen Recht sind im Rahmen der §§ 809, 810 BGB die Interessen des Dritten als Besitzer der Sache oder Urkunde nach § 242 BGB gegen diejenigen des Anspruchstellers abzuwegen und die Offenlegungspflichten gegebenenfalls einzuschränken oder auszuschließen, etwa um Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse zu schützen⁹⁰. Die Auskunftsansprüche aus dem Durchsetzungsgesetz, etwa aus § 140b Abs. 2 PatG, § 19 Abs. 2 MarkenG oder § 101 Abs. 2 UrhG, sind ausgeschlossen, soweit sie unverhältnismäßig sind, so etwa § 140b Abs. 4 PatG, § 19 Abs. 4 MarkenG oder § 101 Abs. 4 UrhG⁹¹. Im Prozessrecht steht die Auskunftspflicht im Rahmen des Zeugenbeweises zwar nicht unter dem allgemeinen Vorbehalt der Zumutbarkeit oder Verhältnismäßigkeit; der praktisch wichtigste Fall der Unzumutbarkeit, das Bestehen eines Zeugnisverweigerungsrechts, ist jedoch ausdrücklich geregelt. Dabei nimmt die Rechtsprechung ein Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 384 Nr. 1 ZPO auch an, wenn durch die Aussage ein unmittelbarer vermögensrechtlicher Schaden verursacht würde, wofür die Erleichterung der Durchsetzung einer bereits bestehenden Verpflichtung genüge⁹². Die §§ 142 Abs. 2, 144 Abs. 2 ZPO ordnen an, dass keine Pflicht zur Offenlegung besteht, wenn diese für den Dritten unzumutbar ist oder ein Zeugnisverweigerungsrecht besteht⁹³.

2. Weißbuch

Das working paper geht davon aus, dass sich auch die Schranken für die Offenlegungspflichten Dritter aus dem Verhältnismäßigkeitserfordernis ergeben⁹⁴. Eine Offenlegungspflicht treffe Dritte dabei nur ausnahmsweise, da sie nur greife, wenn die Information oder das Beweismittel nicht vom Prozessgegner zu erlangen sei, und das Verhältnismäßigkeitserfordernis gegenüber Dritten strenger als bei Prozessgegnern sei⁹⁵. Wie bei den Offenlegungspflichten des potentiell Schadensersatzpflichti-

90 Vgl. *Heckelmann/Wilhelmi*, in Erman, BGB, 2008, § 809 Rn. 2; *Marburger*, in Staudinger, BGB, 2009, Vorbem. zu §§ 809-811 Rn. 5.

91 Vgl. etwa *Bohne*, in Wandtke/Bullinger, UrhG, 2009, § 101 Rn. 22; *Fezer*, Markenrecht, 2009, § 19 Rn. 43 ff.

92 BGH v. 26.10.2006 - III ZB 2/06, NJW 2007, 155, Rn. 6 f.

93 Vgl. *Stadler*, in Musielak, ZPO, 2009, § 142 Rn. 8 f. m. w. N.

94 Vgl. *Kommission*, Staff Working Paper Damages Actions, COM(2008) 165 final, Rn. 109.

95 *Kommission*, Staff Working Paper Damages Actions, COM(2008) 165 final, Rn. 122 ff.

gen bleibt offen, wie weit die Bindung des richterlichen Ermessens geht und welche Instrumente das nationale Recht vorsehen muss, damit die Gerichte die Offenlegungspflichten einschränken können.

IV. Schutzobjekt

Die Schranken der Offenlegungspflichten schützen vor allem Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, und zwar sowohl im deutschen Recht als auch im Europarecht und dem Weißbuch⁹⁶. Daneben sollen auch die Kronzeugendokumente geschützt werden und zwar nicht nur bei der Kartellbehörde⁹⁷, sondern auch beim Kronzeugen⁹⁸; allerdings bedarf es eines solchen Schutzes wohl nicht, wenn die Haftung der Kronzeugen, entsprechend den Überlegungen des Weißbuchs⁹⁹, begrenzt wird. Weiter seien laufende Ermittlungen¹⁰⁰ sowie die Funktionsfähigkeit bzw. Tätigkeit der Kartellbehörden¹⁰¹ zu schützen. Jedoch ist der Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nicht absolut, vielmehr ist praktische Konkordanz mit dem effektiven Rechtsschutz des Geschädigten herzustellen, wobei auch die Art des Schutzes zu berücksichtigen ist.

V. Art des Schutzes

Der durch die Schranken gewährte Schutz erfolgt vor allem durch die Verweigerung des Zugangs zu den geschützten Informationen und Gegenständen, kann aber auch durch das Verbot bestimmter Verwendungen dieser Informationen und Gegenstände erfolgen. Darüber hinaus wird ein Schutz durch das Verfahrensrecht erwogen, insbesondere das in-camera-Verfahren.

96 Vgl. etwa BVerfG v. 14.3.2006 - 1 BvR 2087/03, 1 BvR 2111/03 - *Geschäfts- und Betriebsgeheimnis*, BVerfGE 119, 205, Rn. 84, 92 ff; Kleine, ZWeR 2007, 303, 309 f; siehe auch Kommission, Staff Working Paper Damages Actions, COM(2008) 165 final, Rn. 112.

97 Dazu etwa Burholt, BB 2006, 2201, 2206; Lampert/Weidenbach, WRP 2007, 152, 156 ff; Jüntgen, WuW 2007, 128, 130 f; Jüntgen, WuW 2007, 128, 131; Kleine, ZWeR 2007, 303, 311 f.

98 Vgl. Kommission, Weißbuch Schadenersatzklagen, KOM(2008) 165 endg., S. 6, 12 ff; Kommission, Staff Working Paper Damages Actions, COM(2008) 165 final, Rn. 118; differenzierend Jüntgen, WuW 2007, 128, 134, 137 ff.

99 Kommission, Weißbuch Schadenersatzklagen, KOM(2008) 165 endg., S. 12.

100 Kommission, Staff Working Paper Damages Actions, COM(2008) 165 final, Rn. 119; vgl. auch Lampert/Weidenbach, WRP 2007, 152, 153 ff.

101 Burholt, BB 2006, 2201, 2203-2204, 2206 ff; Kleine, ZWeR 2007, 303, 310 ff; vgl. auch Lampert/Weidenbach, WRP 2007, 152, 153 ff.

1. Verweigerung des Zugangs

Die Verweigerung des Zugangs bedeutet, dass der Besitzer der begehrten Informationen oder Gegenstände nicht zur Offenlegung verpflichtet ist. Für den potentiell durch eine Wettbewerbsbeschränkung Geschädigten hat dies regelmäßig zur Konsequenz, dass er seinen Schadensersatzanspruch nicht substantiiieren und beweisen kann. Das Interesse des Besitzers der Informationen oder Gegenstände verdrängt also das Interesse des potentiell Geschädigten vollständig. Weder er noch das Gericht erhalten Zugang zu den geschützten Informationen und Beweismitteln.

2. Beschränkung der Verwendung

Eine Beschränkung der Verwendung der eingesehenen Dokumente kennt das deutsche Recht bisher nur im Rahmen des § 174 Abs. 3 GVG, nach dem anwesenden Personen, also insbesondere den Parteien und deren Vertretern, die Pflicht zur Geheimhaltung von durch die Verhandlung erlangten Informationen auferlegt werden kann, wenn die Öffentlichkeit aufgrund von §§ 171b, 172 Nr. 2 und 3 GVG ausgeschlossen wurde, also insbesondere zum Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen. Das europäische Recht kennt Verwendungsbeschränkungen bisher nur eingeschränkt. Zwar sehen Art. 8 Abs. 2 und Art. 15 Abs. 4 der DurchführungsVO 773/2004 sowie Art. 17 Abs. 4 der DurchführungsVO 802/2004 vor, dass die eingesehenen Dokumente nur im Rahmen des jeweiligen Verfahrens verwendet werden dürfen¹⁰²; ob diese Verwendungsbeschränkungen dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen, anderen vertraulichen Informationen sowie internen Unterlagen der Kommission und der Wettbewerbsbehörden dienen¹⁰³, erscheint jedoch zweifelhaft, da dann nach Art. 8 Abs. 1 S. 2 und Art. 15 Abs. 32 der VO 773/2004 sowie Art. 17 Abs. 3 der VO 802/2004 bereits das Recht auf Akteneinsicht ausgeschlossen ist. Demgegenüber soll die in der Kronzeugenmitteilung vorgesehene Beschränkung der Verwendung von Unternehmenserklärungen¹⁰⁴ laut Kommission gerade dem Schutz vor Offenlegungsanordnungen in zivilrechtlichen Schadensersatzprozessen dienen¹⁰⁵. Vor allem aber erscheint bereits bei Beweismitteln aus praktischer Sicht zweifelhaft, ob sich eine derartige Verwendungsbeschränkung tatsächlich durchsetzen lässt, indem etwa auftauchende Dokumente auf die Akteneinsicht zurückgeführt werden können; wie dies bei bloßen Informationen gelingen soll, erscheint völlig offen¹⁰⁶.

102 Vgl. *Kleine*, ZWeR 2007, 303, 313 f.

103 Dafür unter Verweis auf Art. 4 Abs. 2 TransparenzVO 1049/2001 *Kleine*, ZWeR 2007, 303, 313 f.

104 Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen (2006/C 298/11), Abl. C 298 v. 8.12.2006, S. 17, Tz. 33 f.

105 Pressemitteilung der EU-Kommission v. 1.7.2006, IP/06/1705.

106 Vgl. *Tüngler*, RdE 2009, 81, 82; optimistischer offenbar *Leppin*, GRUR 1984, 695, 697.

Die Auffassung des working papers, dass die Verwendung von vertraulichen Informationen und Beweismitteln auf das jeweilige Verfahren zu beschränken sei¹⁰⁷, geht damit nicht nur über die bisherige Rechtslage hinaus, sondern erscheint auch wenig praktikabel. Jedenfalls erhalten sowohl der potentiell Geschädigte als auch das Gericht Zugang zu den geschützten Informationen und Beweismitteln. Ob ein wirksamer Schutz gewährleistet wird, erscheint zweifelhaft.

3. Beschränkung des Personenkreises

Die Offenlegungspflicht kann auch dadurch beschränkt werden, dass sie nur gegenüber bestimmten Personen und damit verbunden in einem besonderen Verfahren erfolgt.

a) Deutsches Recht

Im deutschen Recht wird eine solche Beschränkung zunächst im Rahmen der Vorlegungsansprüche aus §§ 809, 810 BGB diskutiert. Dort wird angenommen, dass dem Geheimhaltungsinteresse dadurch entsprochen werden könne, dass die Offenlegung nur gegenüber einem neutralen Dritten erfolge¹⁰⁸. Dabei wird ein zweistufiges Verfahren im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes propagiert, bei dem die Offenlegung zunächst grundsätzlich nur gegenüber einem zur Verschwiegenheit verpflichteten Sachverständigen erfolge, der ein Gutachten anfertige, das sodann nur dem Gericht sowie dem Antragsgegner und gegebenenfalls auch den zur Verschwiegenheit verpflichteten Verfahrensbewilligten des Antragstellers vorgelegt werde; auf der Basis dieses Gutachtens und nach Anhörung des Antragsgegners sowie gegebenenfalls auch der Vertreter des Antragstellers gebe dann das Gericht das Gutachten frei, wenn die Geheimhaltungsinteressen des Antragsgegners nicht berührt oder aufgrund des bestätigten Verdachts der Schutzgesetzverletzung nicht schutzwürdig seien¹⁰⁹. Dieses Verfahren orientiert sich an der Ausgestaltung des Zwischen-verfahrens über die Akteneinsicht nach § 99 Abs. 2 VwGO als in-camera-Verfahren¹¹⁰. Es soll nach der Gesetzesbegründung auch beim Schutz vertraulicher Informationen im Rahmen der Vorlage- und Besichtigungsansprüche nach dem

107 Kommission, Staff Working Paper Damages Actions, COM(2008) 165 final, Rn. 117.

108 Vgl. etwa BGH v. 2.5.2002 - I ZR 45/01 - *Faxkarte*, BGHZ 150, 377, 387-; Leppin, GRUR 1984, 552, 560 ff; Marburger, in Staudinger, BGB, 2009, Vorbem. zu §§ 809-811 Rn. 5.

109 Vgl. etwa Kühnen, GRUR 2005, 185, 187, 189 ff; Rogge/Grabinski, in Benkard, PatG, 2006, § 139 Rn. 117b; in diese Richtung wohl auch Wagner, JZ 2007, 706, 718.

110 So etwa Kühnen, in Schulte, PatG, 2008, § 140c Rn. 22; Ohst, in Wandtke/Bullinger, UrhG, 2009, § 101a Rn. 30; Spindler/Weber, MMR 2006, 711, 713 f.

Durchsetzungsgesetz, etwa gemäß § 140c Abs. 1 S. 3 PatG oder § 101a Abs. 1 S. 3 UrhG, Anwendung finden¹¹¹.

In der Literatur ist darüber hinaus die Einführung eines in-camera-Verfahrens auch bezüglich der Hauptsache vorgeschlagen worden¹¹². Auf der Basis einer Rechts- bzw. Gesamtanalogie zu § 86 III FGO, § 99 II VWGO, § 138 II TKG erfolge dabei die Offenlegung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nur gegenüber dem Gericht. Die Gegenpartei und ihre Verfahrensbevollmächtigten seien von der Beweisaufnahme und der Erörterung der Geheimnisse ausgeschlossen und das Einsichtsrecht in die Prozessakten sei entsprechend beschränkt. Weiter sei die Geheimhaltung nach §§ 172 Nr. 2, 174 Abs. 3 GVG angeordnet. Die Geheimnisse seien in Tatbestand und Entscheidungsgründen nicht wiederzugeben.

Demgegenüber hat das BVerfG, jedenfalls für mehrpolige Rechtsverhältnisse, festgestellt, dass das Zwischenverfahren nach § 99 Abs. 2 VwGO den Anforderungen an die praktische Konkordanz zwischen einerseits dem effektiven Rechtsschutz im gerichtlichen Hauptsacheverfahren und andererseits dem Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nur genüge, wenn bei der Rechtsanwendung eine verfassungskonforme Zuordnung der kollidierenden Rechtsgüter erfolge¹¹³. Dafür genüge eine mittelbare Beweisführung durch einen neutralen und zur Verschwiegenheit verpflichteten Sachverständigen nicht, da das Recht der Gegenseite auf rechtliches Gehör und die aus dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes folgende Pflicht des Gerichts zur eigenen Prüfung des Sachverhalts verletzt werden, wenn die Gegenpartei und das Gericht keine Kenntnis von den dem Gutachten zu Grunde liegenden Tatsachen erlangen¹¹⁴; auch der Vorschlag einer stufenweisen Offenlegung¹¹⁵ ändert daran nichts. Allerdings sei ein in-camera-Verfahren auch in der Hauptsache denkbar, da dann der effektive Rechtsschutz durch Gerichte nicht vereitelt werde und die damit verbundene Einschränkung des rechtlichen Gehörs aus sachlichen Gründen gerechtfertigt sein könne¹¹⁶. Da der Gesetzgeber das in-camera-Verfahren in § 99 VwGO und § 138 TKG ausdrücklich auf das Zwischenverfahren begrenzt habe, könne es jedoch in der Hauptsache keine Anwendung finden, eine analoge und verfassungskonforme Auslegung des § 99 VwGO komme insoweit nicht in Betracht¹¹⁷. Zudem sei nicht ausgeschlossen, dass im Wege der Abwägung doch praktische Kon-

111 BT-Drs. 16/5048, S. 40 f.

112 So Tüngler, RdE 2009, 81, 86.

113 So etwa BVerfG v. 14.3.2006 - 1 BvR 2087/03, 1 BvR 2111/03 - *Geschäfts- und Betriebsgeheimnis*, BVerfGE 119, 205, Rn. 101.

114 BVerfG v. 14.3.2006 - 1 BvR 2087/03, 1 BvR 2111/03 - *Geschäfts- und Betriebsgeheimnis*, BVerfGE 119, 205, Rn. 108 f; vgl. auch BVerwG v. 15.8.2003 - 20 F 8/03, NVwZ 2004, 105, 106; BGH v. 12.11.1991, K ZR 18/90 - *Amtsangeiger*, BGHZ 116, 47, 58; BGH v. 1.8.2006 - X ZR 114/03 - *Restschadstoffentfernung*, BGHZ 169, 30, Rn. 42; Spindler/Weber, MMR 2006, 711, 714; für stufenweise Offenlegung daher Kitz, NJW 2008, 2374, 2376 f., ohne aber das Problem zu lösen.

115 So Kitz, NJW 2008, 2374, 2376 f.

116 BVerfG v. 14.3.2006 - 1 BvR 2087/03, 1 BvR 2111/03 - *Geschäfts- und Betriebsgeheimnis*, BVerfGE 119, 205, Rn. 112.

117 Ebenda, Rn. 113.

kordanz zwischen den kollidierenden Rechtsgütern hergestellt werden könne, etwa weil das Geheimhaltungsinteresse ohne erhebliches Gewicht sei und hinter dem Interesse an effektivem Rechtsschutz zurücktreten müsse¹¹⁸.

Indes hat das Senatsmitglied *Gaier* die abweichende Meinung vertreten, dass praktische Konkordanz nur durch ein *in-camera*-Verfahren in der Hauptsache hergestellt werden könne, die damit verbundene Einschränkung des rechtlichen Gehörs werde durch die Verbesserung des Rechtsschutzes des betroffenen Rechtsuchenden gerechtfertigt¹¹⁹. Die Möglichkeit eines *in-camera*-Verfahrens in der Hauptsache würde auch zu einer verbesserten Justizgewährung und gleichzeitig zu einem verbesserten Geheimnisschutz im Kartell-, Energiewirtschafts- und Telekommunikationsrecht führen¹²⁰. Das BVerwG hat in seiner Folgeentscheidung darüber hinaus die Auffassung vertreten, dass zwar nicht § 99 Abs. 2 VwGO, wohl aber § 138 TKG in gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung auch ein *in-camera*-Verfahren in der Hauptsache gestatte¹²¹, also die Verwertung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen durch das Gericht, ohne diese der Gegenseite zugänglich zu machen, also insbesondere unter Ausschluss des Akteineinsichtsrechts nach § 100 VwGO¹²².

Vor diesem Hintergrund erscheint es grundsätzlich möglich, die Offenlegungspflicht insoweit zu beschränken, als sie nur gegenüber neutralen und zur Verschwiegenheit verpflichteten Dritte erfolgt. Allerdings ist das für den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen gegenüber materiellrechtlichen Offenlegungspflichten propagierte zweistufige Verfahren mit dem deutschen Verfassungsrecht wohl nicht vereinbar, wenn die Offenlegung im Verfahren nur gegenüber dem zur Verschwiegenheit verpflichteten Sachverständigen erfolgt, so dass das Gericht seiner aus dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes folgenden Pflicht zur eigenen Prüfung des Sachverhalts nicht nachkommt. Ein *in-camera*-Verfahren, bei dem die Offenlegung grundsätzlich nur gegenüber dem Gericht, nicht jedoch gegenüber der Gegenpartei oder sonstigen Beteiligten erfolgt, ist jedoch verfassungsrechtlich zulässig, bedarf aber für Hauptsacheverfahren wohl einer gesetzlichen Regelung¹²³, da es der Gesetzgeber auf das Zwischenverfahren begrenzen wollte, so dass für eine Rechts- oder Gesamtanalogie kein Raum ist und allenfalls aufgrund gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung eine erweiterte Anwendung des § 138 TKG zu erwägen ist.

118 Ebenda, Rn. 114.

119 Ebenda, Rn. 158 ff. - abweichende Meinung Gaier.

120 Ebenda, Rn. 167 - abweichende Meinung Gaier.

121 BVerwG v. 9.1.2007 - 20 F 1/06, 20 F 1/06 (20 F 7/03), BVerwGE 127, 282, 11 ff. m. V. a. EuGH v. 13.7.2006 - Rs C-438/04 - *Mobistar*, Slg 2006, I-6675 = CR 2006, 669, Tz. 40, 43.

122 BVerwG v. 9.1.2007 - 20 F 1/06, 20 F 1/06 (20 F 7/03), BVerwGE 127, 282, 16.

123 Kitz, NJW 2008, 2374, 2376; Spindler/Weber, MMR 2006, 711, 713 f.

b) Weißbuch

Das Weißbuch enthält keine Vorschläge zur Art des Schutzes. Das working paper jedoch schlägt vor, den Geheimnisschutz dadurch zu gewährleisten, dass eine direkte Offenlegung nur gegenüber den Anwälten der Gegenseite geschieht oder dass sie nur gegenüber Sachverständigen erfolgt, die eine keine vertraulichen Informationen enthaltende Zusammenfassung erstellen¹²⁴.

Die Zulassung der Offenlegung gegenüber den Anwälten der Gegenpartei setzt großes Vertrauen in die Redlichkeit der Anwälte¹²⁵. Unabhängige Dritte sind sie jedenfalls nicht. Die Offenlegung gegenüber einem unabhängigen Sachverständigen erscheint demgegenüber zwar im Hinblick auf das rechtliche Gehör problematisch, könnte jedoch in den oben skizzierten Grenzen die notwendige praktische Konkordanz zwischen dem Geheimnisschutz und dem effektiven Rechtsschutz, die auch der EuGH in seinem *Promusicae*-Urteil verlangt¹²⁶, herstellen. Dem steht grundsätzlich auch nicht entgegen, dass das *in-camera*-Verfahren regelmäßig mit einem erhöhten Aufwand für das Gericht verbunden ist, weil es die relevanten Informationen selbst aus den Unterlagen filtern muss, soweit die Parteien und ihre Vertreter dazu mangels Kenntnis nicht vortragen können. Allerdings erscheint zweifelhaft, ob ein derartiges Verfahren noch praktikabel ist und nicht den partiellen Abschied vom durch die Parteierrschaft geprägten Zivilprozess bedeutet.

VI. Verhältnismäßigkeit und Abwägung

Die Schranken der Offenlegungspflichten sind sowohl im deutschen als auch im europäischen Recht regelmäßig das Ergebnis einer Abwägung im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsfordernisses.

1. Deutsches Recht

Im deutschen Recht ist im Rahmen der Interessenabwägung bei § 809 BGB darauf abgestellt worden, ob andere zumutbare Möglichkeiten der Informationserlangung bestehen, inwieweit berechtigte Geheimhaltungsinteressen berührt werden und etwa durch Einschaltung Dritter ausgeräumt werden können und ob ein gewisser Grad an Wahrscheinlichkeit vorliegt¹²⁷. Bei den Offenlegungspflichten nach dem Durchset-

124 Kommission, Staff Working Paper Damages Actions, COM(2008) 165 final, Rn. 117.

125 Vgl. auch *Tienger*, RdE 2009, 81, 82; optimistisch *Leppin*, GRUR 1984, 695, 697.

126 Vgl. EuGH v. 29.1.2008 - C-275/06, Slg 2008, I-271 = NJW 2008, 743, Tz. 65 f; Kommission, Staff Working Paper Damages Actions, COM(2008) 165 final, Rn. 115-

127 BGH v. 2.5.2002 - I ZR 45/01 - Faxkarte, BGHZ 150, 377, 386 f.; vgl. auch BGH v. 1.8.2006 - X ZR 114/03 - Restschadstoffentfernung, BGHZ 169, 30, Rn. 43; *Marburger*, in

zungsgesetz geht die Gesetzesbegründung davon aus, dass geringfügige Verletzungen keine umfangreichen Offenlegungspflichten rechtfertigen und Unverhältnismäßigkeit im Übrigen nur vorliegen würde, wenn das Geheimhaltungsinteresse das Offenlegungsinteresse bei weitem überwiege und nicht durch andere Maßnahmen gewahrt werden könne¹²⁸. Zum Teil wird dabei angenommen, dass die Interessen Dritter schwerer wiegen als die Interessen eines potentiellen Verletzers¹²⁹. Im Prozessrecht setzen die §§ 142, 144 ZPO ebenfalls eine Verhältnismäßigkeitsprüfung voraus, bei der der Wahrscheinlichkeit des Anspruchs eine besondere Bedeutung kommt¹³⁰.

Das BVerfG gibt nur wenige Hinweise. Zwar sei zu berücksichtigen, dass ein öffentliches Interesse an der Wahrheitsfindung bestehe¹³¹. Es existiere aber keine Abwägungsregel, nach der der Geheimnisschutz grundsätzlich zurücktrete, indem die Unverhältnismäßigkeit der Offenlegungspflicht nur angenommen wird, wenn sie für den Offenlegungspflichtigen mit existenzbedrohenden oder nachhaltigen Nachteilen verbunden sei¹³².

2. Weißbuch

Das Weißbuch setzt voraus, dass der Anspruchsteller die offenzulegenden Informationen nicht unter zumutbaren Anstrengungen anderweitig erlangen kann¹³³. Das working paper geht demgegenüber davon aus, dass für die Offenlegungspflichten die Art und der Umfang des Schadens, die Relevanz der Information oder des Beweismittels für die Substantiierung der Klage und die Wahrscheinlichkeit einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung durch den Besitzer der Information oder des Beweismittels sprechen, während die Art und der Wert der Interessen des Besitzers dagegen sprechen, wobei der Offenlegungspflicht im Zweifel Vorrang vor dem Geheimnisschutz zukomme¹³⁴.

Die nach dem Weißbuch vorgesehene Abwägung wird in der Literatur für problematisch gehalten¹³⁵, ist aber auch im deutschen Recht notwendig. Die Vorschläge

- Staudinger, BGB, 2009, § 810 Rn. 8; *Heckelmann/Wilhelmi*, in Erman, BGB, 2008, § 810 Rn. 2; strenger noch BGH v. 8.1.1985 - X ZR 18/84 - *Druckbalken*, BGHZ 93, 191, 207-.
- 128 BT-Drs. 16/5048, S. 41; vgl. auch *Bohne*, in Wandtke/Bullinger, UrhG, 2009, § 101 Rn. 22; *Ohst*, in Wandtke/Bullinger, UrhG, 2009, § 101a Rn. 33; für grundsätzlichen Vorrang des Offenlegungsinteresses *Fezer*, Markenrecht, 2009, § 19 Rn. 45 f., § 19a Rn. 26; ähnlich *Kühnen*, in Schulte, PatG, § 140b Rn. 27 f.
- 129 *Ohst*, in Wandtke/Bullinger, UrhG, 2009, § 101a Rn. 33; vgl. auch *Bohne*, in Wandtke/Bullinger, UrhG, 2009, § 101 Rn. 22; anders *Fezer*, Markenrecht, 2009, § 19 Rn. 45.
- 130 Vgl. BGH v. 1.8.2006 - X ZR 114/03 - *Restschadstoffentfernung*, BGHZ 169, 30, Rn. 43.
- 131 BVerfG v. 14.3.2006 - 1 BvR 2087/03, 1 BvR 2111/03 - *Geschäfts- und Betriebsgeheimnis*, BVerfGE 119, 205, Rn. 116.
- 132 Ebenda, Rn. 103, 115, 125 ff.
- 133 Kommission, Weißbuch Schadenersatzklagen, KOM(2008) 165 endg., S. 5 f.
- 134 Kommission, Staff Working Paper Damages Actions, COM(2008) 165 final, Rn. 116.
- 135 So *Zimmer/Logemann*, ZeuP 2009, 489, 506.

des Weißbuchs ähneln insoweit vor allem den Voraussetzungen der §§ 142, 144 ZPO. Allerdings lässt sich zwar wohl sagen, dass derjenige, der gegen das Kartellrecht verstößt, regelmäßig kein schutzwürdiges Interesse an der Geheimhaltung von Informationen und Beweismitteln bezüglich dieses Verstoßes hat¹³⁶, so dass der Offenlegung bei Folgeklagen insoweit regelmäßig Vorrang zukommt. Aber ein allgemeiner Vorrang der Offenlegung gegenüber dem Geheimnisschutz wird zwar auch zu den Offenlegungspflichten nach dem Durchsetzungsgesetz vertreten, erscheint jedoch mit den vom BVerfG aufgestellten Grundsätzen nicht vereinbar. Der Vorschlag, die Schranken dadurch zu präzisieren, dass die Offenlegungspflicht wie im anglo-amerikanischen Recht bei bestimmten Privilegien entfällt¹³⁷, erscheint sinnvoll. In diese Richtung geht auch die Anwendbarkeit der Zeugnisverweigerungsrechte, wie sie im deutschen Recht teilweise für Offenlegungspflichten Dritter vorgesehen ist.

Das working paper geht dabei davon aus, dass der Schutz vor unberechtigter Anspruchsnahme vor allem durch die ex ante erfolgende richterliche Verhältnismäßigkeitsprüfung gewährleistet wird¹³⁸. Ein solcher Schutz ist nach der Konzeption des Weißbuchs essentiell, weil durch die Pflicht zur Offenlegung von Beweismittelkategorien ein besonderes Missbrauchspotential besteht. Demgegenüber sieht das deutsche Recht eine derartige richterliche Verhältnismäßigkeitsprüfung ex ante nur bei den prozessualen Ansprüchen der §§ 142, 144 ZPO vor, während bei den materiellrechtlichen Ansprüchen grundsätzlich nur eine ex-post-Kontrolle vorgesehen ist.

Das working paper orientiert sich hinsichtlich der zentralen Rolle der richterlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung an der Konzeption der Durchsetzungsrichtlinie¹³⁹. Da Deutschland diese Richtlinie jedoch durch materiellrechtliche Ansprüche ohne richterliche ex-ante-Kontrolle umgesetzt hat, sollte sichergestellt werden, dass die Umsetzung der Richtlinie über Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts nur auf Basis einer ex-ante-Kontrolle erfolgen kann.

E. Kosten

Die Offenlegungspflichten können mit hohen Kosten verbunden sein¹⁴⁰. Im deutschen Recht trägt bei den Ansprüchen aus §§ 809, 810 BGB grundsätzlich der Berechtigte die Kosten, § 811 Abs. 2 S. 1 BGB. Der Verpflichtete hat sie nur im Rahmen eines materiellrechtlichen Schadensersatzanspruchs zu tragen¹⁴¹. Beim Anspruch aus § 242 BGB dürfte der Verpflichtete die Kosten zu tragen haben. Bei den

136 Vgl. Jüntgen, WuW 2007, 128, 134; in diese Richtung auch Dreher, ZWeR 2008, 325, 345.

137 Weidenbach/Saller, BB 2008, 1020, 1023.

138 Kommission, Staff Working Paper Damages Actions, COM(2008) 165 final, Rn. 95, 107 ff.

139 Kommission, Staff Working Paper Damages Actions, COM(2008) 165 final, Rn. 95.

140 Vgl. Ritter, WuW 2008, 762, 769.

141 Habersack, in MünchKomm BGB, § 811 Rn. 5.

Auskunftsansprüchen aus dem Durchsetzungsgesetz hat der Störer keinen Ersatzanspruch, während der Dritte einen Aufwendungsersatzanspruch hat, so etwa aus § 140b Abs. 2 S. 3 PatG, § 19 Abs. 2 S. 3 MarkenG oder § 101 Abs. 2 S. 3 UrhG, der auch risikotypische Begleitschäden umfasst¹⁴². Bei den Vorlage- und Besichtigungsansprüchen hat der Verpflichtete einen Schadensersatzanspruch, wenn keine Verletzung vorlag oder drohte, so etwa aus § 140c Abs. 5 PatG, § 19a Abs. 5 MarkenG oder § 101a Abs. 5 UrhG, der Anspruch umfasst nicht nur die angefallenen Kosten, sondern kann auch den Schaden umfassen, der durch die Offenlegung von vertraulichen Informationen entstanden ist¹⁴³. Im Prozessrecht sind Zeugen nach § 401 ZPO zu entschädigen, entsprechendes gilt wohl für die Ansprüche aus §§ 142, 144 ZPO¹⁴⁴.

Das Weißbuch lässt die Kostentragung offen. Im working paper ist ein Aufwendungsersatz für offenlegungspflichtige Dritte vorgesehen¹⁴⁵. Schon um das Erpressungspotential abzumildern sollte aber entsprechend der Regelung im Durchsetzungsgesetz vorgesehen werden, dass auch der mutmaßlich Schadensersatzpflichtige einen Anspruch auf Ersatz seines durch die Offenlegung entstandenen Schaden hat, wenn keine Verletzung vorlag.

F. Alternativen zu den Offenlegungspflichten

I. Bindungswirkung der Entscheidung der Kartellbehörde

Das deutsche Recht sieht in § 33 IV GWB vor, dass das über Schadensersatzansprüche entscheidende Gericht an die Feststellung eines Verstoßes gegen das GWB oder Art. 81 und 82 EG (jetzt Art. 101 und 102 AEUV) in einer bestandskräftigen Entscheidung einer deutschen Kartellbehörde oder eines deutschen Gerichts, der EU-Kommission oder der Kartellbehörden oder Gerichte eines EU-Mitgliedstaates gebunden ist. Das europäische Recht geht nach gefestigter Rechtsprechung und gemäß Art. 16 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 ebenfalls von einer Bindung der nationalen Gerichte an Entscheidungen der EU-Kommission aus¹⁴⁶. Das Weißbuch schlägt auch die Bindung an die Entscheidungen der Kartellbehörden oder Gerichte eines EU-Mitgliedstaats vor¹⁴⁷.

Diese Bindungswirkungen können die Offenlegungspflichten jedoch allenfalls teilweise ersetzen. Zunächst muss die Behördenentscheidung ihrerseits bekannt und zugänglich sein, so dass Offenlegungspflichten bezüglich der Behördenentscheidung

142 Fezer, Markenrecht, 2009, § 19 Rn. 62.

143 Fezer, Markenrecht, 2009, § 19a Rn. 50.

144 Gruber/Kießling, ZZP 116 (2003), 305, 328; Greger, in Zöller, ZPO, 2009, § 142 Rn. 7; ablehnend Stadler, in Musielak, ZPO, 2009, § 142 Rn. 8.

145 Kommission, Staff Working Paper Damages Actions, COM(2008) 165 final, Rn. 125.

146 Vgl. Kommission, Weißbuch Schadensersatzklagen, KOM(2008) 165 endg., S. 6.

147 Kommission, Weißbuch Schadensersatzklagen, KOM(2008) 165 endg., S. 7.

sinnvoll erscheinen¹⁴⁸. Zudem kommen Bindungswirkungen grundsätzlich nur bei Folgeklagen, nicht aber bei Initiativklagen in Betracht. Außerdem reicht die Bindungswirkung auch bei Folgeklagen regelmäßig nicht, um eine Schadensersatzklage zu begründen, da es neben der Feststellung eines haftungsbegründenden Kartellrechtsverstoßes auch des haftungsausfüllenden Schadensnachweises bedarf und auch die Haftungsbegründung regelmäßig über die behördliche Feststellung des Verstoßes hinausgehende Feststellungen erfordert, etwa hinsichtlich der zeitlichen, räumlichen oder personellen Reichweite¹⁴⁹.

Neben ihrer Bindungswirkung dürfte eine Behördenentscheidung jedoch regelmäßig eine Offenlegungspflicht des Adressaten der Behördenentscheidung begründen. Dies dürfte nicht nur für Folgeklagen gelten, sondern unter Umständen auch für Nachbarklagen, bei denen Schadensersatz für Kartellrechtsverstöße begeht wird, die zwar nicht selbst Gegenstand der Feststellung der Behördenentscheidung sind, den festgestellten Kartellrechtsverstößen jedoch in räumlicher, zeitlicher oder sachlicher Hinsicht benachbart sind und in der Behördenentscheidung möglicherweise auch genannt werden, ohne dass sich die Feststellungswirkung auf sie bezieht. Zu denken wäre etwa an Konstellationen wie bei Vitaminkartellen, bei denen sich die Behördenentscheidung für die Feststellung eines Verstoßes auf bestimmte Vitamine und einen bestimmten Zeitraum konzentriert.

II. Akteneinsicht

Neben den vom Weißbuch vorgeschlagenen Offenlegungspflichten des potentiell Schadensersatzpflichtigen und Dritter wird ein Akteneinsichtsrecht gefordert¹⁵⁰. Inwieweit bereits behördliche Offenlegungspflichten bestehen, wurde oben dargestellt¹⁵¹. Sie sind jedoch keine echte Alternative zu den Offenlegungspflichten Privater, sondern eher eine sinnvolle Ergänzung, denn ein Schadensersatzanspruch dürfte sich selbst bei Folgeklagen regelmäßig nicht allein aus den Behördeninformationen begründen lassen; umgekehrt sind in den Akten und in der Behördenentscheidung häufig die entscheidenden Anhaltspunkte enthalten, um weitere Informationen und Beweismittel für die Substantiierung und den Beweis eines Schadensersatzanspruchs suchen zu können.

148 So Dreher, ZWeR 2008, 325, 341.

149 Vgl. Kommission, Staff Working Paper Damages Actions, COM(2008) 165 final, Rn. 90.

150 Weidenbach/Saller, BB 2008, 1020, 1023.

151 Vgl. oben 0.

III. Modifikation der Beweislast

Weiter ist überlegt worden, statt der Offenlegungspflichten mit einer Abstufung der Beweislast zu arbeiten¹⁵². Dies würde zwar die mit den Offenlegungspflichten verbundenen Belastungen und Gefahren eindämmen. Allerdings wäre es nur eine Alternative zu den Offenlegungspflichten des potentiell Schadensersatzpflichtigen, nicht aber Dritter. Zudem würde es die Gefahr bergen, dass Unschuldige Schadensersatz leisten müssten, wenn sie sich aufgrund fehlender Beweise nicht entlasten können. Das working paper geht dementsprechend davon aus, dass der plausible Verdacht, der häufig nur bestehe, lediglich Offenlegungspflichten rechtfertige, nicht aber Beweiserleichterungen, da sonst ein nicht akzeptables Risiko der Inanspruchnahme Unschuldiger bestehe¹⁵³.

Problematisch erscheint in diesem Zusammenhang jedoch, dass das Weißbuch vorsieht, dass aus der Nichtoffenlegung nachteilige Schlussfolgerungen für die verpflichtete Partei gezogen werden können. Denn die deutsche Rechtsprechung arbeitet bei einer pflichtwidrigen und schuldhafte Beweisvereitelung zulasten des Gegners mit einer Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr¹⁵⁴, so dass die Unfähigkeit, Informationen oder Beweismittel vorzulegen, im Rahmen der Offenlegungspflichten zum selben Ergebnis führen kann wie bei den Beweiserleichterungen bis zur Beweislastumkehr, wenn der Verpflichtete seine Unfähigkeit dem Gericht nicht zumindest plausibel machen kann. Es besteht also die Gefahr, dass die Offenlegungspflichten materiell dasselbe Ergebnis erreichen, jedoch bei größerer Missbrauchsgefahr.

IV. Sekundäre Darlegungs- und Beweislast

Die sekundäre Darlegungs- und Beweislast, die bei Missbrauchsfällen und Folgeklagen, also jenseits von Hardcore-Kartellen als Alternative zu den Offenlegungspflichten gesehen wird¹⁵⁵, ähnelt der Modifikation der Beweislast. Sie beinhaltet nach der Rechtsprechung, dass sich die nicht darlegungs- und beweisbelastete Partei nach § 242 BGB nicht auf einfaches Bestreiten beschränken darf, wenn ihr nähere Angaben über ein Geschehen zumutbar sind, während die an sich darlegungs- und beweisbelastete Partei außerhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufs steht und auch keine nähere Kenntnis davon besitzt; andernfalls gilt der gegnerische Vortrag

152 *Weidenbach/Saller*, BB 2008, 1020, 1023.

153 *Kommission*, Staff Working Paper Damages Actions, COM(2008) 165 final, Rn. 91.

154 So etwa BGH v. 3.2.1987 - VI ZR 56/86, BGHZ 99, 391, 395 ff.; BGH v. 17.6.1997 - X ZR 119/94, NJW 1998, 79, 81; vgl. auch *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 2004, § 114 Rn. 20 ff. m. w. N.

155 *Ritter*, WuW 2008, 762, 768.

als zugestanden¹⁵⁶. Zunächst besteht insoweit keine allgemeine Offenlegungspflicht, weil sich die sekundäre Darlegungs- oder Beweislast immer nur auf Darlegungen des Gegners bezieht, die substantiiert zu bestreiten sind. Zudem greift auch dieses Instrument nur im Verhältnis zu potentiell Schadensersatzpflichtigen, nicht aber zu Dritten. Allerdings kann auch hier Unfähigkeit, Informationen oder Beweismittel vorzulegen, zu nachteiligen Schlussfolgerungen der Gerichte führen, wobei wieder entscheidend ist, für wie plausibel das Gericht das Vorbringen der primär darlegungspflichtigen Partei einerseits und der Entlastungsargumente der sekundär darlegungs- und beweispflichtigen Partei andererseits hält.

V. Schadensschätzung

Bei Folgeklagen ist als weitere Alternative zu den Offenlegungspflichten an die Schadensschätzung nach § 287 ZPO zu denken. Sie zeichnet sich dadurch aus, dass geringere Anforderungen an die Substantierung durch die beweisbelastete Partei gestellt werden und dem Gericht auf der Basis der vorliegenden und auf der Grundlage der Beweisangebote ermittelten Anhaltspunkte erlaubt wird, begründet und nach pflichtgemäßem Ermessen zu schätzen, ob und in welcher Höhe ein Schaden entstanden ist¹⁵⁷. Demgemäß ist bei einem Vitaminkartell der Schaden auf der Basis der Preisdifferenz während und nach Bestehen des Kartells und der Vermutung, dass der Wettbewerbspreis niedriger als der Kartellpreis sei und der Schaden sich aus der Differenz zwischen tatsächlich gezahlttem Preis und hypothetischem Wettbewerbspreis ergebe, ermittelt worden¹⁵⁸. Auch hier ähnelt der Mechanismus demjenigen der Beweislastmodifikation und der sekundären Darlegungs- und Beweislast, indem eine herabgesetzte Darlegung genügt, um den Prozessgegner zu zwingen, die ihn entlastenden Informationen und Beweismittel offen zu legen, um zu verhindern, dass er aufgrund eines an sich nicht ausreichenden Sachverhalts in Anspruch genommen wird, wobei auch hier der Prozessgegner vor allem dann benachteiligt wird, wenn er keine entlastenden Informationen oder Beweismittel vorlegen kann, ohne dafür verantwortlich zu sein. Auch hier darf das Gericht wie bei den Offenlegungspflichten wieder aus einem Sachverhalt Schlüsse ziehen, die normalerweise nicht erlaubt wären.

156 Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 2004, § 108 Rn. 14; Greger, in Zöller, ZPO, 2009, § 138 Rn. 8b, Vor § 284 Rn. 34 ff. jew. m. w. N.

157 So etwa Reichold, in Thomas/Putzo, 2009, ZPO, 2008, § 287 Rn. 9.

158 LG Dortmund v. 1.4.2004 - 13 O 55/02 Kart, WuW/E DE-R 1352, 1354; Wagner/Kleine/Liebach, EWS 2008, 305, 311.

G. Die Kritik

Der vom Weißbuch vorgeschlagene Zugang zu Beweismitteln ist in der Literatur vielfach kritisiert worden.

Zunächst wird kritisiert, dass die vorgeschlagenen Offenlegungspflichten ein Fremdkörper in den kontinentaleuropäischen Rechtssystemen sei¹⁵⁹. Auch wird darauf hingewiesen, dass Informationsasymmetrien auch in anderen Rechtsgebieten bestünden, etwa im Produkthaftungs- und Arzthaftungsrecht¹⁶⁰, so dass fraglich werde, ob eine speziell kartellrechtliche Regelung notwendig sei. Zudem wird bezweifelt, ob überhaupt ein Bedarf für derart weitgehende Offenlegungspflichten besteht, da sie praktisch nur relevant würden, wenn es um den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und um Folgeklagen aus Kartellen gehe, und in diesen Fällen im deutschen Recht auch jetzt bereits erfolgreich Schadensersatz geltend gemacht würde, ohne dass eine so weitgehende Offenlegungspflicht bestünde, wie im Weißbuch vorgeschlagen¹⁶¹. Die angestrebte Erleichterung von Initiativklagen sei nicht zu erwarten, die Erleichterung von Folgeverfahren zwar zu erwarten, aber nicht notwendig¹⁶². Darüber hinaus werden die Offenlegungspflichten Dritter für nicht gerechtfertigt und unverhältnismäßig gehalten¹⁶³. In diesem Zusammenhang wird auch für sinnvoll angesehen, zunächst die Erfahrungen mit der privaten Durchsetzung im nationalen Recht abzuwarten, die in Deutschland ja erst mit der 7. GWB-Novelle erleichtert wurde¹⁶⁴.

Weiter ist festgestellt worden, dass die Vorschläge des Weißbuchs sehr vage formuliert seien¹⁶⁵. Die Offenlegungspflicht beruht im Wesentlichen auf einem erheblichen Ermessen des anordnenden Gerichts¹⁶⁶. Dabei sei nicht nur die dafür notwendige Abwägung zwischen Geschäftsgeheimnissen und berechtigten Geschäftsschutzinteressen problematisch¹⁶⁷. Vielmehr bestehe ohne eine weitere Konkretisierung und Einschränkung der Voraussetzungen auch eine erhebliche Gefahr, dass die Offenlegungspflichten insbesondere zu Fischzügen und Erpressungen missbraucht würden und der Geheimnisschutz nicht gewährleistet sei¹⁶⁸. Zudem sei noch nicht genau absehbar, welche Folgen die Vorschläge haben würden¹⁶⁹.

159 Wagner/Kleine/Liebach, EWS 2008, 305, 311; Weidenbach/Saller, BB 2008, 1020, 1023.

160 Wagner/Kleine/Liebach, EWS 2008, 305, 311.

161 Vgl. dazu Möschel, WuW 2007, 483, 484 f; Ritter, WuW 2008, 762, 768; Wagner/Kleine/Liebach, EWS 2008, 305, 312; Weidenbach/Saller, BB 2008, 1020, 1023; Zimmer/Logemann, ZeuP 2009, 489, 498 f.

162 Zimmer/Logemann, ZeuP 2009, 489, 506 f.

163 Zimmer/Logemann, ZeuP 2009, 489, 506.

164 Ritter, WuW 2008, 762, 774.

165 Ritter, WuW 2008, 762, 773; Zimmer/Logemann, ZeuP 2009, 489, 506.

166 Drexel/Conde Gallego/Enchelmaier/Mackenrodt/Podszun, IIC 2008, 799, 803; Weidenbach/Saller, BB 2008, 1020, 1023.

167 Zimmer/Logemann, ZeuP 2009, 489, 506.

168 Drexel/Conde Gallego/Enchelmaier/Mackenrodt/Podszun, IIC 2008, 799, 803.

169 Zimmer/Logemann, ZeuP 2009, 489, 506.

H. Fazit

Versucht man, ein Fazit zu ziehen, so ist der größte Unterschied zwischen dem deutschen Recht und den Vorschlägen des Weißbuchs die Erweiterung der Offenlegungspflicht auf Kategorien von Beweismitteln. Dabei ist insbesondere der daraus resultierende weite Inhalt der Offenlegungspflicht problematisch. Der bisher im Fordergrund stehende Zweck der Beweisverschaffung wird durch die Informationsgewinnung überlagert. Der Anwendungsbereich der Offenlegungspflichten wird unbestimmter und die Rechtssicherheit verringert.

Dies wird durch die Voraussetzungen der Offenlegungspflichten nicht kompensiert. Zwar sind sie auch im deutschen Recht relativ unbestimmt und knüpfen neben der Wahrscheinlichkeit des Bestehens eines Hauptanspruchs vor allem an die relativ unkonturierte Verhältnismäßigkeit an. Aber im deutschen Recht sind nicht nur die Gegenstände der Vorlage- und Besichtigungsansprüche konkret zu benennen, sondern auch soweit ausnahmsweise Auskunftsansprüche bestehen, betreffen diese nur bestimmte Informationen und erfordern vor allem, dass die Verletzung als solche feststeht und bei Ansprüchen gegenüber Dritten zudem offensichtlich oder zumindest Gegenstand einer bereits erhobenen Klage gegen den Verletzer ist. Wenn demgegenüber das Weißbuch nicht nur bei den Voraussetzungen relativ unbestimmt ist, indem es vor allem auf den Nachweis einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit eines Schadensersatzanspruchs und die Verhältnismäßigkeit abstellt, sondern auch den Inhalt weit und unbestimmt fasst, indem es auf Kategorien von Beweismitteln abstellt, wird das Problem der unbestimmten Regelung der Offenlegungspflichten gewissermaßen potenziert. Dies ist umso gravierender, als die hier diskutierten Offenlegungspflichten mit einschneidenden Folgen für die Betroffenen verbunden sind, insbesondere bezüglich regelmäßig berührter Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, und auch ihrerseits vielfach eine Wettbewerbsverzerrung bedeuten.

Auch das zentrale Problem der Schranken der Offenlegungspflichten regelt das Weißbuch nur im Rahmen der Verhältnismäßigkeit. Das ist bei den materiell-rechtlichen Auskunftsansprüchen des deutschen Rechts zwar nicht anders, jedoch erscheint eine eingehendere Regelung, wie der Verweis auf das Zeugnisverweigerungsrecht bei den prozessrechtlichen Auskunftsansprüchen des deutschen Rechts, sinnvoll. Hinsichtlich der Art des Geheimnisschutzes gehen die Vorschläge des Weißbuchs zwar über das geltende deutsche Recht hinaus, eine verfassungskonforme Ausgestaltung durch den Gesetzgeber erscheint jedoch möglich, auch wenn bei manchen Vorschlägen zu fragen ist, ob auch tatsächlich ein wirksamer Schutz gewährleistet wird.

Die Verteilung der Kosten der Offenlegung ist nicht ausreichend geregelt. Dies gilt insbesondere angesichts der mit den Offenlegungspflichten verbundenen Missbrauchsgefahr, indem etwa das Erpressungspotential gerade auf dem Aufwand und den Kosten der Offenlegung beruht.

Bei der Betrachtung der Alternativen ist vor allem deutlich geworden, dass angesichts der mit der Nichtoffenlegung vorgesehenen Rechtsfolgen und der Unbestimmtheit der Voraussetzungen die Gefahr besteht, dass die Offenlegungspflichten

materiell dasselbe Ergebnis erreichen wie eine Modifikation der Beweislast, jedoch bei größerer Missbrauchsgefahr.

Insgesamt erscheint zum gegenwärtigen Zeitpunkt einerseits offen, ob die Vorschläge des Weißbuchs die Kompensation tatsächlich nennenswert verbessern, andererseits ist die Gefahr eines Missbrauchs nicht von der Hand zu weisen. Das Weißbuch dient damit eher der Abschreckung als der Kompensation¹⁷⁰. Jedenfalls ist angesichts der mit den Vorschlägen verbundenen Belastungen daran zu erinnern, dass nicht nur Recht bekommen um jeden Preis nicht erstrebenswert ist, sondern auch Abschreckung um jeden Preis.

170 Ritter, WuW 2008, 762, 766; vgl. auch Zimmer/Logemann, ZeuP 2009, 489, 494.

Literaturverzeichnis

- Amschewitz, Dennis, Die Durchsetzungsrichtlinie und ihre Umsetzung im deutschen Recht, 2008.
- Becker, Moritz, Die Pflicht zur Urkundenvorlage nach § 142 Abs. 1 ZPO und das Weigerungsrecht der Parteien, MDR 2008, 1309.
- Bechtold, Rainer, Kartellgesetz, München 5. Aufl. 2008.
- Benkard, Georg (Begr.), Patentgesetz, 10. Aufl. 2006.
- Burholt, Christian, Die Auswirkungen des Informationsfreiheitsgesetzes auf das Akteneinsichtsrecht in Kartell- und Fusionskontrollverfahren, BB 2006, 2201.
- Dreher, Meinrad, Der Zugang zu Entscheidungen mit Bindungswirkung für den kartellrechtlichen Schadensersatzprozess, ZWeR 2008, 325.
- Drexl, Josef/Conde Gallego, Beatriz/Enchelmaier, Stefan/Mackenrodt, Mark-Oliver/Podszun, Rupprecht, Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law on the White Paper by the Directorate-General for Competition of April 2008 on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, IIC 2008, 799.
- Erman, Walter (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl. 2008.
- Fezer, Karl-Heinz, Markenrecht, 4. Aufl. 2009.
- Gruber, Urs Peter/Kießling, Erik, Die Vorlagepflichten der §§ 142ff ZPO nach der Reform 2002, ZZP 116 (2003), 305
- Haucap, Justus/Stühmeier, Torben, Wie hoch sind durch Kartelle verursachte Schäden: Antworten aus Sicht der Wirtschaftstheorie, WuW 2008, 413.
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. München (Beck) 2007.
- Jüntgen, David Alexander, Zur Verwertung von Kronzeugenerklärungen in Zivilprozessen, WuW 2007, 128.
- Kitz, Volker, Rechtsdurchsetzung im geistigen Eigentum - die neuen Regeln, NJW 2008, 2374.
- Kleine, Maxim, Grenzenloser Zugang zu Dokumenten der Kartellbehörden?, ZWeR 2007, 303.
- Konrad, Sabine, Der Schutz der Vertrauensphäre zwischen Rechtsanwalt und Mandant im Zivilprozess, NJW 2004, 710.
- Lampert, Thomas/Weidenbach, Georg, Akteneinsicht zur Substantiierung einer Schadensersatzklage gegen Mitglieder eines Kartells - Beweisprobleme gibt es nicht!, WRP 2007, 152.
- Leppin, Klaus H., Besichtigungsanspruch und Betriebsgeheimnis, GRUR 1984, 552, 695, 770.
- Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl M./Riesenkampff, Alexander, Kartellrecht, 1. Aufl. 2006.
- Möschel, Wernhard, Behördliche oder privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts?, WuW 2007, 483.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von Rebmann, Kurt u. a., München 5. Aufl. 2006 ff.
- Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, hrsg. von Hirsch, Günter, 2007 f.
- Musielak, Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 7. Aufl. 2009.
- Palandt, Otto (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 68. Aufl. 2009.
- Prieß, Hans-Joachim/Gabriel, Marc, Das Akteneinsichtsrecht im Zivilprozess als vergaberechtliches Rechtsschutzproblem, NJW 2008, 331.

- Ritter, Jan-Stephan, Private Durchsetzung des Kartellrechts, Vorschläge des Weißbuchs der Europäischen Kommission, WuW 2008, 762.
- Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter, Zivilprozessrecht, München 16. Aufl. 2004.
- Schulte, Rainer, Patentgesetz, 8. Aufl. 2008.
- Spindler, Gerald/Weber, Marc Philipp, Der Geheimmisschutz nach Art. 7 der Enforcement-Richtlinie, MMR 2006, 711.
- Staudinger, Julius von (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl. Neubearbeitung 2005.
- Staudinger, Julius von (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl. Neubearbeitung 2009.
- Thomas, Heinz/Putzo, Hans (Begr.), Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2009.
- Tüngler, Stefan, Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Streit um die Billigkeit von Gaspreisanpassungen, RdE 2009, 81.
- Wagner, Eckart/Kleine, Maxim/Liebach, Ingo, Kartellrechtliche Schadensersatzklagen - Bewertung der Vorschläge der Europäischen Kommission im Weißbuch, EWS 2008, 305.
- Wagner, Gerhard, Urkundenedition durch Prozessparteien - Auskunftspflicht und Weigerungsrechte, JZ 2007, 706.
- Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl. 2009.
- Weidenbach, Georg/Saller, Michael, Das Weißbuch der Europäischen Kommission zu kartellrechtlichen Schadensersatzklagen, Darstellung und erste Bewertung wesentlicher Aspekte, BB 2008, 1020.
- Zimmer, Daniel/Logemann, Hans, Der private Rechtsschutz im Kartellrecht, ZeuP 2009, 489.
- Zöller, Richard (Begr.), Zivilprozessordnung, 27. Aufl. 2009.

Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen

Michael Grünberger

A.	Einleitung	137
B.	Die Bindungswirkung als Reaktion auf zivilverfahrensrechtliche Probleme der effektiven Rechtsdurchsetzung	139
I.	Zivilverfahrensrechtliche Risikofaktoren im Überblick	139
II.	Bindungswirkung und materielle Beweislast	142
1.	Anwendungsprobleme der Beweislastregel in Art. 2 VO 1/2003	143
2.	Beweislastverteilung im <i>more economic approach</i>	146
III.	Anforderungen an das Beweismaß	148
IV.	Rechtliche Würdigung	150
V.	Zwischenergebnis	151
C.	Bindungswirkungen kartellbehördlicher Entscheidungen	151
I.	Fallgruppen der Bindungswirkung	151
1.	Bindungswirkung von Kommissionsentscheidungen	152
2.	Bindungswirkung von Entscheidungen der NCA des eigenen Mitgliedstaats	152
3.	Bindungswirkung von Entscheidungen der NCA anderer Mitgliedstaaten	156
II.	Anwendungsbereich und Tatbestandsvoraussetzungen der Bindungswirkung	157
1.	Adressaten der Bindungswirkung	157
2.	Sachlicher Anwendungsbereich	160
3.	Persönlicher Anwendungsbereich: Grundsatz der zweifachen Identität	166
4.	Räumlicher Anwendungsbereich	169
5.	Zeitlicher Anwendungsbereich	170
III.	Rechtsfolgen	171
1.	Bindungswirkung: Tatbestands- oder Feststellungswirkung?	171
2.	Aussetzung bei Anfechtung der Entscheidung	180
3.	Vorlage an den EuGH	181
IV.	Zwischenergebnis	184
D.	Rechtfertigung und Rechtfertigungsprobleme der Bindungswirkung	186
I.	Die Rechtfertigung der angestrebten Bindungswirkung im Weißbuch	186

II.	Keine Bindungswirkung kraft primären Unionsrechts	188
1.	Anwendungsfall der Delimitis- und Masterfoods-Grundsätze?	188
2.	Anerkennungspflichten mitgliedstaatlicher Verwaltungsakte	190
III.	Rechtfertigungshürden der angestrebten Bindungswirkung	191
1.	Grundsatz der Gewaltenteilung und Unabhängigkeit der Gerichte	191
2.	Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes	196
3.	Probleme der Bindungswirkung ausländischer Behörden- und Gerichtsentscheidungen	200
4.	Widerlegliche gesetzliche Vermutungsregelung als vorzugswürdige Alternative?	209
IV.	Zwischenergebnis	215
E.	Ausblick	216

A. Einleitung

Im Grünbuch über Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts [im Folgenden: Grünbuch]¹ hat die Kommission im Jahr 2005 erhebliche Hindernisse für eine wirksame Handhabung von Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts festgestellt, die im Wesentlichen auf Unzulänglichkeiten im nationalen Verfahrensrecht beruhen sollen.² Dazu zähle auch ein beweisrechtliches Dilemma des potentiellen Klägers.³ Unter Berufung auf die Ashurst-Studie⁴ wurden insbesondere die dem Kläger obliegende Beweislast und die Anforderungen der mitgliedstaatlichen Verfahrensrechte an das Beweismaß als mögliche Hindernisse für eine effektive Ausgestaltung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung (*private enforcement*) thematisiert.⁵ Dabei differenziert die Kommission zwischen Folgeklagen (*follow-on-actions*) und eigenständigen Klagen.⁶ Folgeklagen zeichnen sich dadurch aus, dass der zivilrechtliche Anspruch geltend gemacht wird, nachdem die Kommission oder eine nationale Kartellbehörde einen Verstoß gegen Art. 101 AEUV (ex Art. 81 EG) oder Art. 102 AEUV (ex Art. 82 EG) festgestellt hat. Weil der Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln von einer dafür institutionell zuständigen und kompetenten Behörde bereits festgestellt wurde, liegt es nahe, diesem Vorgang Bedeutung für eine Folgeklage beizumessen. Handelt es sich um eine Entscheidung der Kommission folgt nach ihrer Ansicht eine Bindung mitgliedstaatlicher Gerichte in Folgeklagen bereits aus Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003.⁷ Das Problem besteht daher nur für Entscheidungen nationaler Kartellbehörden und Gerichte. Im Grünbuch stellte die Kommission daher zwei Möglichkeiten zur Diskussion: Entweder die Entscheidungen nationaler Kartellbehörden der EU-Mitgliedstaaten sind für die Zivilgerichte bindend oder sie führen alternativ zu einer Beweislastumkehr.⁸ Im Weißbuch über Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts [im Folgenden: Weißbuch],⁹ veröffentlicht im Frühjahr 2008, schlägt die Kommission vor, die Gerichte an vorhergehende Entscheidungen nationaler Wettbewerbsbehörden zu binden. Der Regelungsvorschlag ist nach dem Vorbild des Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 modelliert.¹⁰ Inhaltlich orientiert er sich deutlich an § 33 Abs. 4 GWB,¹¹ der in die-

1 KOM(2005) 672 endg.

2 Grünbuch, S. 4.

3 Grünbuch, S. 4.

4 Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules v. 31.8.2004, 50 ff, 106 ff; <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/study.html> [Stand: 15.9.2009].

5 Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper, SEC(2005), 1732 [im Folgenden: Arbeitspapier Grünbuch], Rn. 33 ff.

6 Grünbuch, S. 4 f.

7 Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, SEC(2008) 404 [im Folgenden: Arbeitspapier Weißbuch], Rn. 139 ff; dazu näher unten C.III.1.b.

8 Grünbuch, S. 7.

9 KOM(2008) 165 endg.

10 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 7.

sem Zusammenhang von der Kommission häufig genannt wird.¹² Der Vorschlag lautet in der deutschen Fassung des Weißbuchs:

„Wenn einzelstaatliche Gerichte über Schadenersatzklagen in Bezug auf unter Artikel 81 oder 82 EG-Vertrag fallende Verhaltensweisen entscheiden, die von einer nationalen Wettbewerbsbehörde des ECN¹³ in einer bestandskräftigen Entscheidung bereits als wettbewerbswidrig befunden wurden bzw. bezüglich derer eine gerichtliche Rechtsmittelinstanz ein rechtskräftiges Urteil erlassen hat, in dem sie die Entscheidung der Behörde bestätigt oder selbst einen Verstoß feststellt, dürfen sie keine Entscheidungen erlassen, die diesen Entscheidungen oder Urteilen zuwiderlaufen.“¹⁴

Nach Auffassung der Kommission gebe es keinen Grund, warum diese Entscheidungen nicht in jedem Mitgliedstaat bei Folgeklagen auf Schadensersatz als unwiderleglicher Beweis für den festgestellten Verstoß herangezogen werden sollten.¹⁵ Das ist wohl zu scharf formuliert, weil bereits das Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen zum Weißbuch zeigt, dass die Kommission sich mit einer ganzen Reihe von Gründen auseinandersetzt, die gegen die vorgeschlagene Bindungswirkung sprechen. Auch die, teilweise von sehr prominenter Seite¹⁶ geäußerte Kritik¹⁷ an diesem Vorschlag zeigt, dass die Bindung an Entscheidungen anderer nationaler Wettbewerbsbehörden [im Folgenden: NCA] heikle Fragen aufwirft. Diesen soll hier näher nachgegangen werden. Der Beitrag gliedert sich in vier größere Abschnitte. Im ersten Teil (B) werden die Schwierigkeiten untersucht, auf die ein Kläger bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen in nationalen Verfahrensrechten treffen kann und wie mit einer Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen darauf reagiert werden kann. Im zweiten Teil (C) wird das von der Kommission vorgeschlagene Regelungsmodell analysiert, indem es hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen mit den bestehenden Regelungen im Unionsrecht und im nationalen Recht verglichen wird. Im dritten Teil (D) wird die Rechtfertigung des Regelungsvorschlags einer kritischen Würdigung unterzogen, wobei der Schwerpunkt auf die Anforderungen der EMRK gelegt wird. Der Beitrag schließt

11 § 33 Abs. 4 GWB wurde in das Gesetz eingefügt mit dem Siebten Gesetz zur Änderung des GWB v. 7.7.2005, BGBl. I 1954.

12 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 142, 158; Arbeitspapier Grünbuch, Rn. 86; vg. *Paulis, Policy Issues in the Private Enforcement of EC Competition Law*, in *Basedow* (Hrsg.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, 2007, 7, 11.

13 ECN steht für European Competition Network (Europäisches Wettbewerbsnetz), vgl. Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, Rn. 1, ABI C Nr. 101 v. 27.4.2004, 43.

14 Weißbuch, S. 7.

15 Weißbuch, S. 6.

16 Stellungnahme der Corte Suprema di Cassazione v. 11.7.2008, S. 7 ff, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/cortesup_it.pdf.

17 Weitere Stellungnahmen unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments.html [Stand: 15.9.2009].

mit einem Ausblick auf die Regelung der Bindungswirkung im - zur Zeit noch unveröffentlichten - Richtlinievorschlag (E).

B. Die Bindungswirkung als Reaktion auf zivilverfahrensrechtliche Probleme der effektiven Rechtsdurchsetzung

I. Zivilverfahrensrechtliche Risikofaktoren im Überblick

Verstößt ein Unternehmen gegen das Kartellverbot (Art. 101 AEUV) oder gegen das Missbrauchsverbot (Art. 102 AEUV), hat dieses Verhalten zivilrechtliche Konsequenzen im Verhältnis zu anderen Marktteilnehmern.¹⁸ Dazu zählen auch Beseitigungs-, Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche¹⁹ jeder Person, die von einer wettbewerbsbeschränkenden Maßnahme ursächlich betroffen ist.²⁰ Aus dem Unionsrecht (Art. 101 und 102 AEUV iVm Art. 4 Abs. 3 EUV) folgt, dass jedenfalls Schadensersatzansprüche für Verletzungen des Wettbewerbsrechts zwingend vorzusehen sind.²¹ Die Mitgliedstaaten sind daher verpflichtet, im nationalen Recht Anspruchsgrundlagen für die Durchsetzung dieser Rechte vorzusehen, die ihrerseits dem Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz als unionsrechtliche Vorgaben und Grenzen unterliegen.²² Die nähere Ausgestaltung der Anspruchsvoraussetzungen und das Zivilverfahren, in dem diese Ansprüche geltend zu machen sind, ist in Ermangelung einer einschlägigen Unionsregelung dagegen Aufgabe des innerstaatlichen Rechts der einzelnen Mitgliedstaaten.²³

Die Zivilverfahren in den Mitgliedstaaten weisen im Vergleich zum Verwaltungsverfahren vor der Kommission oder einer nationalen Kartellbehörde strukturelle Besonderheiten auf, die sich nachteilig auf die unionsrechtlich erwünschte effektive

18 Dazu im Überblick *K. Schmidt* in Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR EG/2, 4. Aufl., 2007, VO 1/2003, Anh 2, Rn. 1 ff.

19 Die Diskussion wird regelmäßig nur für Schadensersatzansprüche geführt, betrifft aber alle sonstigen nicht vertraglichen Ansprüche aus dem Kartellrechtsverstoß, vgl. Säcker/Jaecks in MünchKomm KartellR, Bd. 1, 2007, Art. 81 EG, Rn. 822.

20 Siehe EuGH v. 20.9.2001, Rs. C-453/99 - *Courage/Crehan*, Slg. 2001, I-6297 Rn. 24 ff; EuGH v. 13.7.2006, Rs. 295/04-298/04 - *Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, Slg. 2006, I-6619 Rn. 59 ff.

21 Vertiefend dazu *Logemann, Schadensersatz*, 2009, 102 ff.

22 Dazu EuGH v. 20.9.2001, Rs. C-453/99 - *Courage/Crehan*, Slg. 2001, I-6297 Rn. 29 ff; EuGH v. 13.7.2006, Rs. 295/04-298/04 - *Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, Slg. 2006, I-6619 Rn. 62; vertiefend zum Ganzen Säcker/Jaecks in MünchKomm KartellR, 2007, Art. 81 EG Rn 822 ff mwN; Kominios, 39 CMLR 447, 466 ff (2002) und zuletzt *Logemann, Der kartellrechtliche Schadensersatz*, 2009, 98 ff, 119 ff.

23 EuGH v. 20.9.2001, Rs. C-453/99 - *Courage/Crehan*, Slg. 2001, I-6297 Rn. 29; EuGH v. 13.7.2006, Rs. 295/04-298/04 - *Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, Slg. 2006, I-6619 Rn. 62.

Durchsetzung der Wettbewerbsnormen²⁴ auswirken können.²⁵ Die Unterschiede in den verfahrensrechtlichen Vorschriften und die jeweiligen Anforderungen identifiziert die Kommission als wesentliche Gründe für die geringe Anzahl von Schadensersatzklagen.²⁶ Im Wesentlichen geht es um vier zentrale Bereiche eines Kartellschadensersatzverfahrens:

- die Anforderungen an die Darlegungslast (Substantierungslast) des Klägers,
- die Verteilung der Beweislast (sowohl die formelle bzw. subjektive Beweislast oder Beweisführungslast als auch die materielle oder objektive Beweislast),²⁷
- der Zugang zu Beweismitteln, die Anforderungen an die Beweiswürdigung und das zugrunde zu legende Beweismaß,
- die rechtliche Würdigung der behaupteten oder feststehenden Tatsachen.

Die Darlegungslast hängt eng mit dem die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten prägenden Beibringungsgrundsatz (Verhandlungsmaxime) zusammen. Danach ist es Aufgabe der Parteien, den Streitstoff in den Prozess einzuführen.²⁸ In den Prozessordnungen kontinentaler Tradition ist es die Obliegenheit der Parteien, detaillierte Tatsachenbehauptungen aufzustellen und spezifizierte Beweismittel anzubieten.²⁹ Das Gericht darf seiner Entscheidung im Wesentlichen nur solche Tatsachen zugrundelegen, die die Parteien vorgetragen haben.³⁰ Die Regeln über die Darlegungslast bestimmen dann, welche Tatsachen eine Partei vorzutragen hat, um ihre rechtlichen Behauptungen zu stützen. Art. 2 VO 1/2003 betrifft nur die materielle oder objektive Beweislast, also die Frage, welche Partei das Entscheidungsrisiko trägt, wenn die behaupteten Tatsachen sich nicht aufklären lassen (*non liquet*).³¹ Er enthält keine unmittelbare Aussage über die Verteilung der Darlegungslast.³² Die Darlegungslast im Kartellzivilprozess folgt daher aus dem nationalen Verfahrensrecht.³³ Jedenfalls im deutschen Recht kann im Regelfall von der Verteilung der materiellen

24 Vgl. EuGH v. 20.9.2001, Rs. C-453/99 - *Courage/Crehan*, Slg. 2001, I-6297 Rn. 27; EuGH v. 13.7.2006, Rs. 295/04-298/04 - *Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, Slg. 2006, I-6619 Rn. 60.

25 *Bornkamm* in Langen/Bunte, 10. Aufl., Bd. 1, 2006, § 33 Rn. 8.

26 Weißbuch, S. 2.

27 Zu den Begriffen *Gottwald*, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., 2004, § 114 Rn. 3 f.

28 Aus rechtsvergleichender Sicht *Stürner*, RabelsZ (69) 2005, 201, 221 ff; zur Bedeutung im deutschen Recht statt aller *Gottwald*, Rosenberg/Schwab/Gottwald, 2004, § 77 II Rn. 7ff.

29 *Stürner*, ZZPlInt. (11) 2006, 381, 395 m.w.N.

30 Siehe zum deutschen Recht BGH v. 28.3.1989 - VI ZR 232/88, NJW 1989, 3161, 3162; speziell zum Kartellzivilverfahren *Kirchhoff*, WuW 2004, 745, 747.

31 *Jaeger* in FK KartR, 61. Lfg., 2006, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 2; zum Begriff *Gottwald*, Rosenberg/Schwab/Gottwald, 2004, § 114 Rn. 3.

32 *Jaeger* in FK KartR, 61. Lfg., 2006, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 8; *Böge/Bardong* in MünchKomm KartellR, Bd. 1, 2007, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 5; *Zuber* in Loewenheim/Meessen/Riesen-kampff, 2009, Art. 2 VerFO Rn. 11; missverständlich *K.Schmidt* in Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR EG/2, 2007, VO 1/2003 Art 2 Rn. 22, 35 [“mit Beweislast zugleich auch die Darlegungslast [ge]regelt”].

33 *Jaeger* in FK KartR, 2006, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 8.

Beweislast einer Tatsache auf die Darlegungslast geschlossen werden. Deshalb erlaubt Art. 2 VO 1/2003 im deutschen Verfahrensrecht auch einen Rückschluss auf die Darlegungslast. Im Zivilverfahren muss daher die Partei, die aus einem Verstoß gegen europäisches Wettbewerbsrecht Schadensersatz begeht, dem Gericht ausreichend substantiiert Tatsachen vortragen, aus denen (1.) eine Zu widerhandlung gegen Art. 101 Abs. 1 oder Art. 102 AEUV, (2.) ein Verschulden des Beklagten, (3.) Kausalität und (4.) ein darauf beruhender Schaden folgt.³⁴ Dagegen obliegt die Darlegungslast dafür, dass die Vereinbarung aufgrund Art. 101 Abs. 3 AEUV unmittelbar und direkt vom Kartellverbot freigestellt ist (Art. 1 Abs. 2 VO 1/2003) den davon betroffenen Unternehmen. Stellt ein Gericht daher hohe Anforderungen an den klägerischen Vortrag, kommt das Verfahren bereits an früher Stelle zu einem für den potentiell Geschädigten ungünstigen Ende, weil man die Stufe der Beweiserhebung schon gar nicht erreicht.³⁵ Insbesondere in selbständigen Schadensersatzprozessen kann die Darlegungslast für den Kläger eine erhebliche Hürde bilden. Ist es dem Darlegungspflichtigen tatsächlich unmöglich oder unzumutbar, den Sachverhalt detailliert zu ermitteln, weil er außerhalb des Geschehensablaufs steht, sehen die nationalen Verfahrensrechte vielfach Möglichkeiten zur Herabsenkung oder Verteilung der Darlegungslast vor. Im deutschen Recht greifen in solchen Fällen die Regeln der sekundären Behauptungslast.³⁶ Die “Principles of Transnational Civil Procedure”, ein von UNIDROIT und dem American Law Institute getragenes Projekt,³⁷ schlagen in solchen Fällen ebenfalls eine Herabsenkung der Darlegungslast vor.³⁸ Soweit das nationale Recht solche Möglichkeiten vorsieht, sind sie wegen des Äquivalenzprinzips³⁹ auf Schadensersatzklagen wegen Verstößen gegen Art. 101 AEUV und 102 AEUV ebenfalls anzuwenden.⁴⁰

Bei *follow-on-Klagen* dürfte die Darlegungslast in der Regel allerdings keine Probleme bereiten. Der Kläger kann seinen Vortrag an der Entscheidung der NCA ausrichten, die dort festgestellten Tatsachen in seiner Klage darlegen und anbieten, sie mit den in der Entscheidung genannten Beweismitteln auch unter Beweis zu stellen. Die Bindung des Gerichts an die Entscheidung der Kartellbehörde ist insoweit nicht erforderlich, weil die spezifische Situation einer Anschlussklage diesen Punkt der

34 Umfassend zur Darlegungslast des Klägers *Jüntgen*, Die prozessuale Durchsetzung privater Ansprüche im Kartellrecht, 2007, 83 ff.

35 Vgl. *Stürner*, in *Basedow* (Hrsg.), Private Enforcement, 2007, 163, 170 f.

36 Näher *Reichold* in Thomas/Putzo, ZPO, 29. Aufl., 2008, Vorbem § 284 Rn. 18, 37; *Greger* in Zöller, ZPO, 27. Aufl., 2009, § 138 Rn. 8b; speziell zum Kartellzivilrecht siehe *Jüntgen*, Prozessuale Durchsetzung, 2007, 99 ff.

37 Dazu vertiefend *Stürner*, RabelsZ (69) 2005, 201, 203 ff.

38 Principle of Transnational Civil Procedure, 11.3: “When a party shows good cause for inability to provide reasonable details of relevant facts or sufficient specification of evidence, the court should give due regard to the possibility that necessary facts and evidence will develop later in the course of the proceeding.”; abgedruckt in RabelsZ (69) 2005, 341, 345.

39 EuGH v. 20.9.2001, Rs. C-453/99 - *Courage/Crehan*, Slg. 2001, I-6297 Rn. 29.

40 Vgl. *Stürner*, Duties of Disclosure and Burden of Proof in the Private Enforcement of European Competition Law, in *Basedow* (Hrsg.), Private Enforcement of EC Competition Law, 2007, 163, 172.

Rechtsdurchsetzung ohnehin erleichtert.⁴¹ Voraussetzung dafür ist allerdings, dass der Kläger Zugang zu der Entscheidung und den dort genannten Informationen hat.

Ohne eine wie auch immer im Einzelnen ausgestaltete Bindung des Zivilgerichts an die vorhergehende kartellbehördliche Entscheidung, bleiben für den Kläger im nachfolgenden Prozess vier entscheidende Unsicherheiten bestehen: (1.) Stehen ihm die in der kartellbehördlichen Entscheidung genannten Beweismittel im Verfahren auch zur Verfügung; (2.) kann er das Gericht davon überzeugen kann, dass die Tatsachen auch wahr sind; (3.) trägt er bei einem non-liquet die materielle Beweislast und (4.) teilt das Gericht die rechtliche Bewertung des Sachverhalts mit der NCA?

Der Zugang zu Beweismitteln wird als allgemeines Problem von zivilrechtlichen Ansprüchen aus Kartellverstößen an anderer Stelle im Weißbuch näher thematisiert.⁴² Wäre das Gericht an die Tatsachenfeststellungen in einer Entscheidung einer NCA gebunden, fiele dieses Hindernis für den Kläger weg. Das wäre bereits in rein nationalen Konstellationen von praktischer Bedeutung, führt aber in grenzüberschreitenden Sachverhalten zu einer erheblichen Erleichterung der prozessualen Situation des Klägers.⁴³ Allerdings muss die Frage erlaubt sein, warum in Kartellzivilverfahren das unionsrechtliche Instrumentarium zur Lösung dieser Probleme nicht ausreichen soll. Mit der VO 1206/2001 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handelssachen⁴⁴ wurde ein unionsrechtliches Instrument für die effiziente Abwicklung und Durchführung von Beweisaufnahmen in anderen Mitgliedstaaten geschaffen. Danach kann ein nationales Gericht in Zivil- und Handelssachen entweder Gerichte anderer Mitgliedstaaten um eine Beweisaufnahme ersuchen oder darum bitten, dort selbst unmittelbar Beweis erheben zu dürfen (Art. 1 VO 1206/2001).⁴⁵

II. Bindungswirkung und materielle Beweislast

Eine Bindung an kartellbehördliche Entscheidungen führt zu einer erheblichen Verringerung des Risikos einer Beweislastentscheidung zu Lasten des Klägers. Die Verteilung der (materiellen) Beweislast bei Verstößen gegen Art. 101 und 102 AEUV wird jetzt auch für Kartellzivilverfahren abschließend in Art. 2 VO 1/2003 geregelt.⁴⁶ Daraus folgt, dass der Kläger die Voraussetzungen für die Zu widerhandlung gegen Art. 101 Abs. 1 und Art. 102 AEUV beweisen muss. Soweit im nationalen

41 Meyer, GRUR 2006, 27, 28.

42 Weißbuch, S. 5; Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 65 ff.

43 Vgl. Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 160. Zur Beweisaufnahme auf deutschem Territorium für im Ausland anhängige Klagen siehe Geimer, Internationales Zivilprozeßrecht, 5. Aufl, 2005, Rn. 2420 ff.

44 ABl L 174 v. 27.6.2001, S. 1.

45 Näher dazu Nagel/Gottwald, Internationales Zivilprozeßrecht, 6. Aufl, 2007, § 8 Rn. 6 ff.

46 Böge/Bardong in MünchKomm KartellR, 2007, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 13 ff; K. Schmidt in Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR EG/2, 2007, VO 1/2003 Art. 2 Rn. 17; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-Kartellrecht, 2. Aufl, 2009, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 17.

Verfahrensrecht Beweiserleichterungen vorgesehen sind,⁴⁷ müssen diese nach dem Äquivalenzprinzip auch bei der Verfolgung von EG-Wettbewerbsverstößen angewendet werden.⁴⁸ Die Grenze zulässiger Beweiserleichterungen ist die in Art. 2 VO 1/2003 vorgenommene Verteilung der Beweislast. Daher sind Beweiserleichterungen, die sich im Ergebnis wie eine Beweislastverteilungsregel auswirken, aufgrund des Vorrangs des Unionsrechts⁴⁹ nicht anwendbar.⁵⁰ Eine Bindung nationaler Gerichte an die Tatsachenfeststellung der kartellbehördlichen Entscheidung würde eine Rechtsverfolgung daher erheblich erleichtern, weil der Verstoß gegen diese Normen aufgrund der Entscheidung bereits feststeht. Die Tatsachen wären nicht mehr beweisbedürftig. Damit geht eine erhebliche Erleichterung der Position eines potentiell Geschädigten einher. Zugleich liegt darin eine bedeutende Weichenstellung. In der Sache wird nämlich das materielle Recht - Art. 2 VO 1/2003 - zugunsten des Klägers verschoben, weil er in Folgeklagen das Risiko von Zweifelsfragen nicht mehr zu tragen hat.⁵¹

1. Anwendungsprobleme der Beweislastregel in Art. 2 VO 1/2003

Das ganze Ausmaß dieser Erleichterung wird deutlich, wenn man berücksichtigt, dass Art. 2 VO 1/2003 nur auf den ersten Blick klar und eindeutig ist.⁵² So ist beispielsweise fraglich, wer beweispflichtig ist, wenn sich ein Unternehmen im Anwendungsbereich des Art. 102 AEUV auf objektive wirtschaftliche Gründe beruft, um die Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung zu rechtfertigen oder sonstige Einschränkungen geltend macht. Ist auch in diesem Fall der Kläger darlegungs- und beweispflichtig, der den Verstoß gegen Art. 102 behauptet⁵³ oder hat das marktbeherrschende Unternehmen diese Gründe darzulegen und zu beweisen? Letzteres ist für das Kartellverfahrensrecht die Auffassung der Kommission.⁵⁴ Geht man mit der Kommission davon aus, dass kein Verstoß gegen Art. 102 AEUV vorliegt, wenn das Unternehmen sein Verhalten mit Effizienzvorteilen nach dem Vorbild des Art. 101

47 Dazu näher *Jüntgen*, Prozessuale Durchsetzung, 2007, 123 ff.

48 Vgl. EuGH v. 20.9.2001, Rs. C-453/99 - *Courage/Crehan*, Slg. 2001, I-6297 Rn. 29.

49 Grundlegend EuGH v. 5.2.1963, Rs. 26/62 - *van Gend/Loos*, Slg. 1963, 3.

50 Zuber in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, 2009, Art. 2 VerfVO Rn. 11; näher dazu Böge/Bardong in MünchKomm KartellR, 2007, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 15 f.

51 Vgl. Stürner, Duties of Disclosure and Burden of Proof in the Private Enforcement of European Competition Law, in Basedow (Hrsg.), Private Enforcement of EC Competition Law, 2007, 163, 184.

52 Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-Kartellrecht, 2009, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 9.

53 Hirsbrunner/Schäidle, EuZW 2006, 583, 385; Jaeger in FK KartR, 2006, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 6; differenzierend dagegen Zuber in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, 2009, Art. 2 VerfVO Rn. 8.

54 Vgl. Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, Rn. 28, 31, ABi C Nr. 45 v. 24.2.2009, 1.

Abs. 3 AEUV begründen kann,⁵⁵ scheint jedenfalls dafür die analoge Anwendung des Art. 2 S. 2 VO 1/2003 nahezuliegen. Das Bild trübt sich noch mehr, wenn man die Existenz impliziter Schranken des Art. 101 Abs. 1 AEUV berücksichtigt.⁵⁶ So liegt beispielsweise nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH eine tatbestandliche Wettbewerbsbeschränkung iSv Art. 101 Abs. 1 AEUV nur dann vor, wenn die Maßnahme geeignet ist, sich spürbar auf den Wettbewerb auszuwirken.⁵⁷ Ausschlaggebend dafür ist nach dieser Rechtsprechung eine Gesamtbetrachtung aller Verhältnisse des Einzelfalls.⁵⁸ Umstritten ist nun, ob der Anspruchsteller beweisen muss, dass diese tatbestandlichen Einschränkungen nicht vorliegen⁵⁹ oder ob der Anspruchsgegner aufgrund des aus Art. 2 S. 2 VO 1/2003 folgenden Rechtsgedankens beweisen muss, dass sie vorliegen.⁶⁰ Die Kommission hat zwar Leitlinien vorgelegt, die bestimmte quantitative und qualitative Kriterien enthalten, um eine spürbare Beschränkung zu bestimmen und die Rechtsanwendung zu erleichtern.⁶¹ Diese sind allerdings weder für die Gerichte der Union noch für die Gerichte der Mitgliedstaaten bindend,⁶² wenngleich sie diesen als Auslegungshilfe dienen können und auch sollen.⁶³ Die Bedeutung der Leitlinien im Kartellzivilprozeß hängt daher davon ab, ob das nationale Gericht sich daran orientiert.⁶⁴

Die Bindung an die in der Entscheidung der Kartellbehörde festgestellten Tatsachen kann sich - wenn die Bindungswirkung auch Entscheidungen nach Art. 10 VO 1/2003 erfasst - prinzipiell auch zugunsten des Beklagten auswirken. Nach Art. 2

- 55 Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, Rn. 30, ABI C Nr. 45 v. 24.2.2009, 1.
- 56 Näher zur dogmatischen Einordnung *Säcker/Molle* in MünchKomm KartellR, Bd. 1, 2007, Art. 81 EG Rn. 480 ff; *Weiß* in Callies/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl., 2007, Art. 81 Rn. 112 ff.
- 57 Grundlegend EuGH v. 30.6.1966, Rs. 56/65 - *Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm*, Slg. 1966, 282 S. 303; EuGH v. 25.11.1971, Rs. 22/71 - *Béguin Import/SAGL Import Export*, Slg. 1971, 949 Rn. 16 ff; näher *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker, 4. Aufl., 2007, Art. 81 Abs. 1 EGV Rn. 185 ff.
- 58 Vgl. *Mestmäcker/Schweizer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., 2004, 10 Rn. 83.
- 59 *Jaeger* in FK KartR, 2006, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 4; *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2009, Art 2 VO 1/2003 Rn. 10.
- 60 *Pohlmann* in FK KartR, 65. Lfg., 2008, Art. 81 Abs. 3 Grundlagen Rn. 122; *Logemann*, Der kartellrechtliche Schadensersatz, 2009, 147 f; *Zuber* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, 2009, Art. 2 VerfVO Rn. 7.
- 61 Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis), ABI C 368 v. 22.12.2001, 13 [im Folgenden Leitlinien de minimis].
- 62 Vgl. Rn. 4 und 6 der Leitlinien de minimis; *Pohlmann*, WuW 2005, 1005, gegen *Schweda*, WuW 2003, 1133, 1139 ff; für eine Beachtungspflicht auch *Roth/Ackermann* in FK KartR, 68. Lfg., 2009, Art. 81 Abs. 1 Grundlagen Rn. 401.
- 63 Vgl. Rn. 4 der Leitlinien de minimis.
- 64 Nach OLG München v. 1.8.2002 - U (K) 5658/01 - *Tankstelle Germering*, WuW/E DE-R 991, 992 f bedarf es allerdings besonderer Umstände, damit das Gericht von den Leitlinien abweichen darf.

S. 2 VO 1/2003 trifft denjenigen, der sich darauf beruft, dass Art. 101 Abs. 3 AEUV die Vereinbarung rechtfertigt, die Beweislast dafür. Die in Art. 101 Abs. 3 vorausgesetzte Prüfung von zwei positiven und zwei negativen Kriterien⁶⁵ verlangt von dieser Partei, dass sie umfangreiche Tatsachengrundlagen und die daraus abzuleitenden Prognosen darlegt und im Zweifel auch beweist. Bezuglich der beiden positiven Kriterien der Effizienzgewinne und einer angemessenen Beteiligung der Verbraucher, sind die tatsächlichen oder voraussichtlichen Folgen der Absprache zu ermitteln und die spürbaren, objektiven Vorteile genauso nachzuweisen wie ein hinreichender, direkter Kausalzusammenhang zwischen der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung und den behaupteten Effizienzgewinnen.⁶⁶ Die Unternehmen müssen ihre Behauptungen substantiiieren, indem sie verfügbare Angaben und Schätzungen vorlegen, die den Gegebenheiten ihres Falles Rechnung tragen.⁶⁷ Das stellt das betroffene Unternehmen vor erhebliche Herausforderungen.⁶⁸ Diese werden nochmals gesteigert, wenn man die beiden negativen Kriterien berücksichtigt: Das Unternehmen muss darlegen, dass kein anderes, weniger wettbewerbsbeschränkendes Instrument zur Verfügung steht, um die mit einer Vereinbarung angestrebten positiven Effekte in zumutbarer Weise zu erreichen.⁶⁹ Schließlich muss es substantiiert behaupten können, dass die Vereinbarung keine Ausschaltung des Wettbewerbs bewirkt. Erforderlich sind in diesem Zusammenhang Ausführungen zu den Auswirkungen auf die Struktur des relevanten Marktes.⁷⁰ Dabei ist nach ständiger Praxis zum einen auf die Vereinbarung selbst und die darin enthaltenen Wettbewerbsbeschränkungen zwischen den beteiligten Unternehmen abzustellen (Innenwettbewerb), zum anderen ist die Auswirkung auf die Wettbewerbsstruktur und die Wettbewerbs situation gegenüber Dritten maßgeblich (Außenwettbewerb).⁷¹ Notwendig ist also die umfassende Darlegung der Auswirkung der Vereinbarung auf den Wettbewerbsprozess insgesamt.⁷² Das wird der darlegungs- und beweispflichtigen Partei in der Regel nur mit Sachverständigengutachten gelingen.⁷³ Denselben Schwierigkeiten begegnet ein marktbeherrschendes Unternehmen, wenn es sein von Art. 102 AEUV erfasstes Verhalten unter Effizienzgesichtspunkten begründen möchte. Nach Auffassung der

65 Siehe dazu Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, AbI C 101 v. 27.4.2002, 97, Rn. 34.

66 Kirchhoff, WuW 2004, 745, 748.

67 Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, AbI C 101 v. 27.4.2002, 97, Rn. 94.

68 Pohlmann in FK KartR, 2008, Art. 81 Abs. 3 Grundlagen Rn. 172.

69 Kirchhoff, WuW 2004, 745, 248.

70 Statt vieler Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2004, § 13 Rn. 70 ff.

71 Statt vieler Aicher/Schuhmacher in Grabitz/Hilf, 25. Erg.-Lief., Bd. 2, 2005, Art. 81 EGV Rn. 335.

72 Ellger in Immenga/Mestmäcker, 4. Aufl., 2007, Art. 81 Abs. 3 EGV Rn. 292.

73 Hirsch, ZWeR 2003, 233, 240.

Kommission sind die für Art. 101 Abs. 3 AEUV geltenden Gesichtspunkte in der Sache auch für den Tatbestand des Art. 102 AEUV relevant.⁷⁴

2. Beweislastverteilung im *more economic approach*

Die soeben skizzierten Probleme der Beweislastverteilung im Kartellzivilprozess verschärfen sich im Rahmen der Ökonomisierung des Wettbewerbsrechts.⁷⁵ Die in Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 VO 1/2003 zum Ausdruck kommende Modernisierung und Dezentralisierung des europäischen Kartellrechts bewirkt, dass der gesamte Art. 101 AEUV von derselben zur Entscheidung berufenen Institution einheitlich angewendet wird.⁷⁶ Aus ökonomischer Sicht ist es folgerichtig irrelevant, ob die Berücksichtigung positiver ökonomischer Effekte im Rahmen von Art. 101 Abs. 1 oder Abs. 3 AEUV erfolgt.⁷⁷ Aus zivilverfahrensrechtlicher Hinsicht bleibt die Unterscheidung wegen Art. 2 VO 1/2003 nach wie vor grundlegend und praxisrelevant. Die verstärkt ökonomische Betrachtungsweise bei der Anwendung des Kartellverbots („*more economic approach*“) führt aus zivilverfahrensrechtlicher Perspektive zu erheblichen Schwierigkeiten bei der Darlegungs- und Beweislast der Partei, die Ansprüche aus einem Kartellverstoß der Gegenpartei geltend macht. Werden nämlich bei der Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln wirtschaftliche Erwägungen zugrunde gelegt, bei denen die Auswirkungen auf dem betreffenden Markt im Vordergrund stehen,⁷⁸ kann der Rechtsanwender die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit nicht mehr allein aufgrund einer Prüfung der Vereinbarung als solcher feststellen, sondern ist darauf angewiesen, die konkreten Auswirkungen auf den Markt zu untersuchen.⁷⁹ Wenn die Anwendbarkeit von Art. 101 Abs. 1 AEUV bei Vereinbarungen, die eine Beschränkung des Wettbewerbs bewirken, eine gründliche Marktuntersuchung voraussetzt, aus der sich mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ergeben muss, dass die Vereinbarung negative Auswirkungen auf Preise, Produktionsmengen, Innovation oder Vielfalt bzw. Qualität von Waren und Dienstleistungen hat,⁸⁰ führt das in der Sache zu einer impliziten Verlagerung von Darlegungs- und Beweislast von Art. 2 S. 2 VO 1/2003 hin zu Satz 1 der Vorschrift.⁸¹ Dasselbe Phänomen ist mittlerweile

74 Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, Rn. 30, AbI C Nr. 45 v. 24.2.2009, 1.

75 Dazu jüngst *Drexel*, Wettbewerbsverfassung, in v. *Bogdandy/Bast* (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, 905, 918 ff.

76 Siehe Erwägungsgrund (4) VO 1/2003.

77 *Drexel*, Wettbewerbsverfassung, in v. *Bogdandy/Bast* (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2009, 905, 922.

78 So Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Rn. 7, AbI C Nr. 291 v. 13.10.2000, 1.

79 *Dreher/Adam*, ZWeR 2006, 259, 267 ff; *Drexel*, Wettbewerbsverfassung, in v. *Bogdandy/Bast* (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2009, 905, 920

80 Leitlinien zur Anwendung des Art. 81 Abs. 2 EG, Rn. 24, AbI C Nr. 101 v. 27.4.2004, 97.

81 So *Bornkamm/Becker*, ZWeR 2005, 213, 231.

auch bei der Anwendung des Art. 102 AEUV auf Fälle des Behinderungsmissbrauchs festzustellen. Die von der Kommission vorgestellten Erläuterungen⁸² stellen auf vier ökonomisch zu würdigende Beurteilungsfaktoren⁸³ ab, aus denen sich eine Marktverschließung zum Schaden des Verbrauchers (“wettbewerbswidrige Marktverschließung”)⁸⁴ ergeben soll. Die Kriterien zur Ermittlung der Auswirkung des Verhaltens des marktbeherrschenden Unternehmens auf einen hypothetischen und ebenso effizienten Wettbewerber⁸⁵ führen daher implizit dazu, dass sich das Risiko einer Beweislastentscheidung für den potenziellen Kläger erheblich vergrößert.⁸⁶

Obwohl die Leitlinien der Kommission, die dem ökonomischen Ansatz in der Praxis der Kartellverwaltungsverfahrens zum Durchbruch verholfen haben, als solche die Gerichte der Mitgliedstaaten nicht binden, wird sich der zugrunde liegende methodische Ansatz der Kartellrechtsanwendung im Kern auch dort durchsetzen. Das wirft zahlreiche Probleme auf, die letztlich die grundsätzliche Kritik am *more economic approach*⁸⁷ reflektieren. Vor allem zwei Aspekte sind hier zu nennen: die Rechtsunsicherheit, die mit diesem analytischen Rahmen einhergeht und die zwangsläufig von Gerichten zu treffenden und von den Parteien im Rahmen ihrer Darlegungslast aufzustellenden Prognosen. Der Versuch, Sicherheit in ökonomischen Modellen zu gewinnen, wirft aus kartellzivilverfahrensrechtlicher Sicht erhebliche Probleme auf. Das gesicherte Wissen der Ökonomie über Determinaten und Ablauf von Wettbewerbsprozessen und über Auswirkungen von Marktstrukturen und bestimmten Verhaltensweisen auf den Märkten ist beschränkt.⁸⁸ Die Entscheidung für oder gegen ein bestimmtes zugrunde zu legendes ökonomisches Modell ist letztlich wettbewerbspolitischer Art. Das Kartellverwaltungsverfahren ist für diese Aufgabe institutionell gerüstet, weil es zunächst auf die Tatsachenermittlung und Ermessensentscheidung der Kartellbehörde setzt und diese im zweiten Schritt einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich macht. Der reine Kartellzivilprozess scheint mir dagegen ungeeignet zu sein, Wettbewerbspolitik zu betreiben. Nichts anderes aber ist die erstmalige Entscheidung über die zugrunde zu legenden ökonomischen Annahmen und Modelle im analytischen Rahmen des *more economic approach*. Das verdeutlicht den Zielkonflikt der Kartellrechtsentwicklung der letzten Jahre. Neben der Modernisierung ist es gerade das Ziel der europäischen Wettbewerbspolitik, den privaten Rechtsschutz zu effektivieren und zur Durchsetzung des Kartellrechts zu mobilisieren. Das allerdings geschieht zugleich mit einem Paradigmenwechsel in der Analyse kartellrechtsrelevanter Verhaltensweisen, die ihrerseits auf das klassische

82 Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABI C Nr. 45 v. 24.2.2009, 1.

83 Ebenda.

84 Ebenda.

85 Ebenda.

86 *Hirsbrunner/Schädle*, EuZW 2006, 583, 585.

87 Dazu im Überblick statt vieler *Drexel*, Wettbewerbsverfassung, in v. *Bogdandy/Bast* (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2009, 905, 935 ff.

88 Statt aller *Kerber/Schwalbe* in MünchKomm KartellR, Bd. 1, 2007, Einl. Rn. 1051.

Kartellverfahren zugeschnitten ist und die private Rechtsdurchsetzung schwieriger macht.⁸⁹ Vor diesem Hintergrund kann man die Bestrebungen der Kommission, den Entscheidungen der Kartellbehörden Bindungswirkung im Zivilverfahren zu sichern, auch als Versuch interpretieren, den genannten Zielkonflikt wenigstens für die follow-on-Klagen zu lösen.

III. Anforderungen an das Beweismaß

Nach der Darlegungs- und Beweislast sind die Beweiswürdigung und die Anforderungen an das Beweismaß mögliche Hindernisse einer effektiven Rechtsdurchsetzung privater Ansprüche gegen Wettbewerbsverstöße. Erwägungsgrund (5) der VO 1/2003 stellt ausdrücklich klar, dass Art. 2 VO 1/2003⁹⁰ keine Regelung über das Beweismaß trifft. Daher sind die Vorschriften des nationalen Verfahrensrechts einschlägig, wobei die unionsrechtlichen Vorgaben, insbesondere das Äquivalenzprinzip und der Effektivitätsgrundsatz⁹¹ bei ihrer Anwendung zu beachten sind.⁹² In den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gilt dabei im Wesentlichen das Prinzip der freien Beweiswürdigung.⁹³ Unterschiede können im Einzelnen über die Anforderungen an die vom Gericht zu erlangende Gewissheit bestehen. Dabei wird regelmäßig auf die vermeintlichen Differenzen zwischen der im common law vorherrschenden *preponderance of probability* und dem Beweismaß in kontinental-zivilistisch geprägten Rechtsordnungen hingewiesen. Wohl zu Unrecht, wie neuere rechtsvergleichende Forschungen zeigen, die plausibel für eine einheitliche Beweismaßtheorie in beiden Systemen plädieren.⁹⁴ Von diesem Ansatz sind auch die "Principles of Transnational Civil Procedure" geprägt, nach denen Tatsachen als bewiesen gelten, "when the court is reasonably convinced of their truth".⁹⁵ Im deutschen Recht setzt § 286ZPO voraus, dass das Gericht von den Tatsachen, die den Kartellverstoß begründen, überzeugt ist. Für ein deutsches Gericht genügt in tatsächlich zweifelhaften Fällen ein für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewissheit, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen.⁹⁶ Verschiedentlich wird vorgeschlagen, sich am Kartellverwaltungsverfahren zu orientieren und sich mit ge-

89 Vgl. *Hirsbrunner/Schäidle*, EuZW 2006, 583, 386 zu Art. 82 EG; *Roth*, Private Enforcement of European Competition Law - Recommendations Flowing from the German Experience, in *Basedow* (Hrsg.), Private Enforcement of EC Competition Law, 2007, 61, 73; *Ritter*, WuW 2008, 762, 765

90 AB I L 1 v. 1.1.2003, 1.

91 Siehe EuGH v. 20.9.2001, Rs. C-453/99 - *Courage/Crehan*, Slg. 2001, I-6297 Rn. 29.

92 *Jaeger* in FK KartR, 2006, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 13; näher *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2009, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 33 ff.

93 Siehe *Stürner*, RabelsZ (69) 2005, 201, 237 ff.

94 *Brinkmann*, Beweismaß, 2005, 61 ff., 89 ff.

95 Principle of Transnational Civil Procedure, 21.2, abgedruckt in RabelsZ (69) 2005, 341, 348; dazu *Brinkmann*, Beweismaß, 2005, 81 ff.

96 BGH v. 18.1.2000 - VI ZR 375/98, NJW 2000, 953, 954; *Jaeger* in FK KartR, 2006, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 13.

ringeren Wahrscheinlichkeitsmaßstäben zu begnügen.⁹⁷ Das dürfte als allgemeine Regel nicht mit § 286 ZPO zu vereinbaren sein, der vom Richter die volle Überzeugung verlangt, dass er eine streitige Tatsache für wahr hält.⁹⁸ Der unionsrechtlich verankerte Effektivitätsgrundsatz⁹⁹ verlangt auch keine grundsätzliche Absenkung des Beweismaßes in Kartellstreitsachen,¹⁰⁰ solange die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich oder übermäßig erschwert wird. Die überwiegende Wahrscheinlichkeit genügt allerdings, soweit es sich um die richterliche Überzeugung von Prognoseentscheidungen handelt.¹⁰¹ Diese spielen vor allem bei der Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV und bei der Rechtfertigung von unter Art. 102 AEUV fallenden Verhaltensweisen aufgrund zu erzielender Effizienzvorteile eine erhebliche Rolle, wenn man den Leitlinien¹⁰² und Mitteilungen¹⁰³ der Kommission dazu folgt. Es liegt in der materiellrechtlichen Eigenart solcher Prognosen, dass man Gewissheit nicht erreichen, sondern nur mit Wahrscheinlichkeiten arbeiten kann. Hier stellt sich für die Gerichte das nicht unerhebliche Problem, auf welcher modelltheoretischen Grundlage zukünftige Auswirkungen gegenwärtigen Verhaltens zu ermitteln sind und wie die dazu vertretenen ökonomischen Lehren zu qualifizieren sind.¹⁰⁴ Die Feststellung, welche Auswirkungen ein Verhalten haben wird, ist eine Tatsachenfrage,¹⁰⁵ die davor zu treffende Festlegung auf ein Modell ist dagegen eine - wie oben gesehen - nicht unproblematische Rechtsfrage. Eine Bindung des Zivilgerichts an die Tatsachenfeststellungen der kartellbehördlichen Entscheidung befreit dieses von der Pflicht, sich selbst zu überzeugen, ob die vom Kläger behaupteten Tatsachen auch tatsächlich zutreffen. Dem Kläger wird damit erneut das Risiko einer Beweislastentscheidung abgenommen. Die Entscheidung der Kartellbehörde gilt hinsichtlich der festgestellten Tatsachen als zutreffend. Weil eine eigene Beweiswürdigung des Gerichts darüber überflüssig ist, greift diese Bindung in eine von zwei gerichtlichen Kernkompetenzen ein: selbst darüber zu entscheiden, welche streitigen Tatsachen es als festgestellt erachtet und welche nicht.

- 97 *Kirchhoff*, WuW 2004, 745, 749; *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2009, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 32; zum allgemeinen Theorienstreit im Zivilprozessrecht vgl. *Katzenmeier*, ZZP (117) 2004, 187, 192 ff.
- 98 Vertiefend statt vieler *Katzenmeier*, ZZP (117) 2004, 187, 201 ff; *Prütting* in MünchKomm ZPO, 3. Aufl., Bd. 1, 2008, § 286 Rn. 35 ff.
- 99 Vgl. EuGH v. 20.9.2001, Rs. C-453/99 - *Courage/Crehan*, Slg. 2001, I-6297 Rn. 29.
- 100 *Logemann*, Der kartellrechtliche Schadensersatz, 2009, 149 f.
- 101 *Jaeger* in FK KartR, 2006, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 15; iE auch *Kirchhoff*, WuW 2004, 745, 749 f.
- 102 Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABI C 101 v. 27.4.2002, 97.
- 103 Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, Rn. 30, ABI C Nr. 45 v. 24.2.2009, 1
- 104 Siehe *Drexel*, Wettbewerbsverfassung, in v. *Bogdandy/Bast* (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2009, 905, 935.
- 105 *Drexel*, Wettbewerbsverfassung, in v. *Bogdandy/Bast* (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2009, 905, 935.

IV. Rechtliche Würdigung

Die andere Kernkompetenz des Gerichts im Kartellzivilverfahren ist die rechtliche Würdigung des festgestellten Sachverhalts. Im modernisierten europäischen Kartellrecht ist es die genuine Aufgabe auch der nationalen Gerichte, den Sachverhalt umfassend zu würdigen und festzustellen, ob das Verhalten gegen Art. 101Abs. 1 und Art. 102 AEUV verstößt und ob es von Art. 101 Abs. 3 AEUV oder - im Fall von Art. 102 AEUV - aufgrund objektiver wirtschaftlicher Gründe bzw. Effizienzvorteile gerechtfertigt ist. Die erheblichen methodischen Probleme, die der ökonomische Ansatz für die Rechtsanwendung eines Gerichts mit sich bringt, wurden bereits kurz angesprochen. Hat eine institutionell für diese Entscheidung besser ausgestattete Kartellbehörde den Sachverhalt bereits rechtlich gewürdigt und ist diese Entscheidung bestandskräftig geworden oder rechtskräftig bestätigt worden, liegt daher der Gedanke nahe, dass eine erneute rechtliche Prüfung desselben Sachverhalts überflüssig ist.¹⁰⁶ Dafür sind drei Begründungsansätze denkbar: (1.) Mit der bestandskräftigen oder rechtskräftig bestätigten Entscheidung sei die einzige zutreffende Entscheidung gefällt worden, eine erneute Prüfung könne rechtstheoretisch zu keinem anderen Ergebnis führen. (2.) Eine mögliche abweichende Entscheidung des Gerichts sei im Interesse der Rechtssicherheit und einheitlichen Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV unerwünscht und habe daher zu unterbleiben. (3.) Eine erneute Entscheidung verursache lediglich Kosten und führe zu Verzögerungen und sei daher verfahrensrechtlich ineffizient. Argument (1) wäre eine vergröberte Version der These, dass es theoretisch möglich ist, auf eine Rechtsfrage die einzige zutreffende Antwort zu finden.¹⁰⁷ Sie vermag die angestrebte Bindungswirkung nicht zu erklären, weil dem nationalen Gericht die Vorlage an den EuGH bleibt, der seinerseits von der Entscheidung der Kartellbehörde abweichen darf. Die Kommission stützt sich daher auf eine Kombination der Argumente (2) und (3).¹⁰⁸ Ist das nationale Gericht nicht an die Entscheidung der Kartellbehörde gebunden, besteht die Gefahr, dass in zwei Verfahren, in denen es um die Anwendung derselben Norm auf denselben Sachverhalt geht, widersprüchliche Entscheidungen ergehen.¹⁰⁹ Das kann man vermeiden, wenn man das nationale Gericht an die rechtliche Würdigung des Sachverhalts bindet, wie sie von der Kartellbehörde vorgenommen wurde. Darin sehen manche eine Degradierung des Gerichts zum "Erfüllungsgehilfen" einer Behörde.¹¹⁰ Dem Gericht bleiben in der Tat nur zwei Möglichkeiten:¹¹¹ Entweder es teilt die Beurteilung der Kartellbehörde oder es vertritt eine andere Auffassung. Dann verliert es aber seine Entscheidungskompetenz, weil es entweder die Entschei-

106 Vgl. Weißbuch, S. 6 f.

107 Siehe *Dworkin*, Law's Empire, 1986.

108 Weißbuch, S. 6 f; Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 144 ff, 160 ff.

109 Siehe Bornkamm, ZWeR 2003, 73, 77.

110 Geiger, EuZW 2001, 116, 117.

111 Zum Folgenden Bornkamm, ZWeR 2003, 73, 76 f.

135dung der Behörde akzeptieren oder die Frage dem EuGH vorlegen muss. Der Verlust an richterlicher Entscheidungsautonomie ist jedenfalls erheblich.

V. Zwischenergebnis

Die Ausführungen haben gezeigt, dass die Bindung nationaler Gericht an kartellbehördliche Entscheidungen tatsächlich einen erheblichen Beitrag zur Verbesserung der Rechtsposition des Klägers bei der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen aus Verstößen gegen Art. 101 und 102 AEUV leisten kann. Eine Bindung an kartellbehördliche Entscheidungen erreicht zwei Ziele: (1.) Sie führt zu einer verfahrensrechtlichen Effizienz des *private enforcement*. Der Kläger muss (a.) den Wettbewerbsverstoß nicht mehr im Einzelnen darlegen, sondern genügt seiner Darlegungslast, indem er auf die kartellbehördliche Entscheidung verweist. Die in der Entscheidung festgestellten Tatsachen sind (b.) nicht mehr beweisbedürftig. Damit wird der Kläger in Folgeklagen von der formellen und der materiellen Beweislast des Wettbewerbsverstoßes befreit. In der Sache liegt darin eine implizite Beschränkung von Art. 2 VO 1/2003 zugunsten des Klägers bei der Geltendmachung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche. (2.) Eine Bindungswirkung führt zu einem höheren Maß an Rechtssicherheit, weil Art. 101 und 102 AEUV einheitlich auf denselben Lebenssachverhalt angewendet werden. Die rechtliche Würdigung der Kartellbehörde ist vom Zivilgericht, das über den Schadensersatzanspruch entscheidet, im Wesentlichen hinzunehmen, sofern es nicht die Frage der Auslegung des EG-Wettbewerbsrechts dem EuGH vorlegt. Aus dieser Analyse folgt, dass man deutlich zwischen zwei Funktionen einer Bindungswirkung unterscheiden muss: (1.) der Bindung an die festgestellten Tatsachen und (2.) der Bindung an die von der Kartellbehörde vorgenommene rechtliche Würdigung. Die von der Kommission im Weißbuch angestrebte Bindungswirkung erfasst beide Aspekte: die Bindung an die festgestellten Tatsachen führt zur angestrebten verfahrensrechtlichen Effizienz, die Bindung an die rechtliche Würdigung bewirkt die angestrebte einheitliche Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV. Auf die dogmatische Einordnung dieser zweifachen Bindungswirkung wird im nächsten Abschnitt eingegangen.

C. Bindungswirkungen kartellbehördlicher Entscheidungen

I. Fallgruppen der Bindungswirkung

Spricht man von einer Bindungswirkung, muss man drei Fallgruppen unterscheiden: (1.) die Bindung an Entscheidungen der Kommission, wie sie in Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 angeordnet ist, (2.) die Bindung an Entscheidungen der nationalen Kartellbe-

hörde desselben Mitgliedstaates wie sie beispielsweise in § 33 Abs. 4 GWB und in Sec. 47A und 58A Competition Act 1998¹¹² vorgesehen ist und (3.) die Bindung an Entscheidungen von NCA anderer Mitgliedstaaten, wie sie in § 33 Abs. 4 GWB geregelt ist. In den beiden letztgenannten Gruppen ist noch weiter zu differenzieren. Danach kommt es jeweils darauf an, ob die Bindung (Fälle 2.a und 3.a) von einer kartellbehördlichen Entscheidung ausgeht oder ob einer Gerichtsentscheidung Bindungswirkung zukommt, in der die kartellbehördlichen Entscheidung überprüft und ihr Ergebnis bestätigt worden ist (Fälle 2.b und 3.b).

1. Bindungswirkung von Kommissionsentscheidungen

Hat ein nationales Gericht einen Sachverhalt nach Art. 101 und 102 AEUV zu beurteilen, der bereits Gegenstand einer Entscheidung der Kommission war, darf es keine Entscheidung erlassen, die der Entscheidung der Kommission zuwiderläuft, Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003. Die Regelung dient dem Interesse der Rechtssicherheit und einheitlichen Anwendung des Unionswettbewerbsrechts, weil sie widersprechende Entscheidungen im System paralleler Zuständigkeiten zu vermeiden hilft.¹¹³ Sie geht unmittelbar zurück auf die Entscheidungen des EuGH in den Rs. *Masterfoods*¹¹⁴ und *Delimitis*.¹¹⁵ Weil diese Fallgruppe bereits unionsrechtlich geregelt ist, liegt sie außerhalb des Anwendungsbereichs des Regelungsvorschlags im Weißbuch. Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 ist eines der maßgeblichen Vorbilder der angestrebten Bindungswirkung.¹¹⁶ Vergleicht man den Wortlaut des Regelungsvorschlags mit Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003, wird man zahlreiche Übereinstimmungen feststellen. Es ist davon auszugehen, dass - soweit möglich - Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen identisch sein sollen.

2. Bindungswirkung von Entscheidungen der NCA des eigenen Mitgliedstaats

Die im Weißbuch vorgeschlagene Bindungswirkung bezieht sich auf Entscheidungen nationaler Kartellbehörden. Dazu zählt insbesondere der Fall, dass ein nationales Gericht an die Entscheidung der Kartellbehörde des eigenen Mitgliedstaates gebunden wird. Folgt man der Ashurst-Studie, ist die Rechtslage in den Mitgliedstaaten

112 Public Acts 1998 c. 41 as amended by Sec. 18, 20 Enterprise Act 2002, Public Acts 2002, c. 40.

113 Erwägungsgrund (22) VO 1/2003.

114 EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-11369 ; dazu *Bornkamm*, ZWeR 2003, 73.

115 EuGH v. 28.2.1991, Rs. C-234/89 - *Stergiros Delimitis/Henninger Bräu AG*, Slg. 1991, I-935 .

116 Weißbuch, S. 6; Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 139 ff; *Becker, Bessot, & de Smijter*, Comp. Pol'y Newsletter 2008, 4, 10.

ten dazu unterschiedlich.¹¹⁷ Allerdings leidet die Studie unter einem erheblichen Mangel, weil sie gemeinhin von “binding decisions” spricht, aber nicht hinsichtlich der Reichweite dieser Bindungswirkung differenziert. Man kann der Studie und den verschiedenen Länderberichten daher nicht immer zuverlässig entnehmen, ob es sich bei der Bindungswirkung um die im Verwaltungsrecht anerkannte Tatbestandswirkung von behördlichen Entscheidungen handelt, oder ob sich dahinter eine Feststellungswirkung auch in Bezug auf die zugrundeliegenden Tatsachen und die rechtliche Würdigung ergibt.¹¹⁸ Eine weitreichende Bindung der Zivilgerichte existiert jedenfalls in Griechenland,¹¹⁹ Ungarn,¹²⁰ dem Vereinigten Königreich¹²¹ und Deutschland.¹²² Bestimmte, teilweise sehr abgeschwächte Formen von Bindungswirkung in Zivilverfahren gibt es in Österreich, der Tschechischen Republik,¹²³ Estland,¹²⁴ Finnland¹²⁵ und Slovenien,¹²⁶ sowie Dänemark.¹²⁷ Keine Bindungswirkung kommt den Entscheidungen dagegen zu in den Niederlanden,¹²⁸ Belgien, Zypern, Frankreich, Irland, Italien, Litauen, Malta, Polen, der Slowakei und Schweden.¹²⁹ Das in den Mitgliedstaaten vorhandene breite Spektrum wird exemplarisch vom italienischen Recht einerseits und vom deutschen Recht andererseits verdeutlicht.

Nach italienischem Recht kommt den Entscheidungen der *Autorità garante della Concorrenza e del Mercato* [AGCM]¹³⁰ grundsätzlich Tatbestandswirkung zu, weil eine formell bestandskräftige Entscheidung Auswirkungen auf alle Umstände hat, die daraus erwachsen können.¹³¹ Allerdings enthält das einschlägige Gesetz zum

117 Einen Überblick gibt die Ashurst-Studie, S. 69, sowie - darauf beruhend - Ashton, ZWeR 2008, 318, 322 f.

118 Zur Differenzierung siehe unten C.III.1.

119 Möllers/Heinemann, Enforcement, 2007, 472; Ashton, ZWeR 2008, 318, 322.

120 Siehe dazu Fn. 158.

121 Siehe dazu Fn. 159.

122 Möllers/Heinemann, Enforcement, 2007, 495.

123 Ashton, ZWeR 2008, 318, 322.

124 Ashton, ZWeR 2008, 318, 322.

125 Siehe Art. 18 Act on Competition Restrictions (480/1992), incl. amendment (318/2004): “If a condition which is included in an agreement, statute, decision or other legal act or arrangement violates Article 4 or 6, or an injunction, prohibition or an obligation issued by the Market Court or by the Finnish Competition Authority, or an interlocutory injunction or an obligation issued by the Finnish Competition Authority, such a condition shall not be applied or implemented”, <http://www.kilpailuvirasto.fi/cgi-bin/english.cgi?luku=legislation&sivu=legislation> [Stand: 15.9.2009]. Daraus folgt lediglich eine Tatbestandswirkung ieS (näher unten C.III.1.); vgl. auch Möllers/Heinemann, Enforcement, 2007, 508.

126 Ashton, ZWeR 2008, 318, 322.

127 Stellungnahme des Minister for Economic and Business Affairs, Denmark v. 29.10.2008, S. 3 f.; http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/danem_en.pdf [Stand: 15.9.2009].

128 Vgl. Möllers/Heinemann, Enforcement, 2007, 483 f, 523.

129 Ashton, ZWeR 2008, 318, 322 f.

130 Art. 10 Legge 10 ottobre 1990, n. 287, Norme per la tutela della concorrenza e del mercato; modificato dall’art. 1 co. 69, della Legge 23 dicembre 2005, n. 266 recante Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello stato.

131 Cass. 11 giugno 2003 n. 9384, p. 7.

Schutz des Wettbewerbs und des Marktes eine Bestimmung, wonach zivilrechtliche Klagen, unter anderem Klagen auf Schadensersatz, vor der örtlich zuständigen Corte d'appello durchzuführen sind.¹³² Daraus leitet der Kassationsgerichtshof (Corte Suprema di Cassazione) ab, dass der zivilgerichtliche Rechtsschutz unabhängig von und konkurrierend zu den Aufgaben der AGCM ist.¹³³ Den Entscheidungen der AGCM kommt daher im Schadensersatzprozess keine Bindungswirkung (weder Tatbestands- noch Feststellungswirkung) zu. Das italienische Gericht muss die von der AGCM bereits entschiedenen Fragen erneut prüfen und seine Entscheidung eigenständig begründen.¹³⁴ Die Entscheidung der AGCM kann allerdings von den Parteien als Beweismittel in den Prozeß eingeführt werden, um die geltend gemachten Wettbewerbsverstöße zu belegen.¹³⁵ Nach art. 213 Codice della procedura civile¹³⁶ kann das Gericht auch von Amts wegen die notwendigen Unterlagen bei der AGCM anfordern. In der Beweiswürdigung der in der Entscheidung der AGCM festgestellten Tatsachen ist das italienische Gericht grundsätzlich frei.¹³⁷ Der Entscheidung kommt als solcher weder die Bedeutung einer widerleglichen gesetzlichen Vermutung (presunzione legale)¹³⁸ noch einer tatsächlichen Vermutung (presunzione semplice)¹³⁹ zu. Allerdings genießen die Entscheidungen eine enorme praktische Bedeutung, weil sie von den italienischen Gerichten maßgeblich berücksichtigt werden.¹⁴⁰ Diese Entwicklung geht teilweise sehr weit, weil die in der Entscheidung der AGCM festgestellten Tatsachen - jedenfalls soweit sie vom zuständigen Verwaltungsgericht bestätigt wurden - als historisch feststehende Tatsachen behandelt werden. Die - an sich erforderliche - eigenständige richterliche Feststellung vollzieht sich nicht mehr autonom, sondern übernimmt im konkreten Fall die von der AGCM festgestellten Tatsachen.¹⁴¹ Besonders aufschlussreich ist die Entscheidung der Corte Suprema di Cassazione vom 2.2.2007 zu Schadensersatzansprüchen von Versicherungsnehmern gegenüber Anbietern von Haftpflichtversicherungen.¹⁴² Danach ge-

132 Art. 33 co. 2° Legge 10 ottobre 1990, n. 287 [*Le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti alla corte d'appello competente per territorio.*]

133 Cass. 11 giugno 2003 n. 9384, p. 7.

134 Stellungnahme Corte Suprema di Cassazione (Fn 17), S. 7; Ashurst-Studie (Fn 4), Länderbericht Italien, S. 57 ff.

135 Ashurst-Studie, Länderbericht Italien, S. 24 ff.

136 Art. 213 c.p.c. lautet: "Fuori dei casi previsti negli articoli 210 e 211, il giudice può richiedere d'ufficio alla pubblica amministrazione le informazioni scritte relative ad atti e documenti dell'amministrazione stessa, che è necessario acquisire al processo."

137 Art. 116 c. 1° c.p.c. ["Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti."]

138 Art. 2728 c. 1° c.c. ["Le presunzioni legali dispensano da qualunque prova coloro a favore dei quali esse sono stabilite."].

139 Art. 2729 c. 1° [Le presunzioni non stabilite dalla legge sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti."].

140 Ashurst-Studie, Länderbericht Italien, S. 24 f.

141 Vgl. näher *Biavati*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile (61) 2007, 97, 99.

142 Cass. 2.2.2007, no. 2305.

nügt es, wenn der Versicherungsnehmer seiner Klage u. a. die Feststellung der AGCM beifügt, aus der sich die wettbewerbswidrige Vereinbarung ergibt.¹⁴³ Man kann diese Aussage dahingehend interpretieren, dass die Corte Suprema di Cassazione aus der bestandskräftigen Feststellung der AGCM den Schluss zieht, eine wettbewerbswidrige Vereinbarung liege auch tatsächlich vor. Zwingend ist das nicht. Der Wortlaut der relevanten Passage (“Nel quadro di una ordinaria azione aquiliana e nella logica sopra descritta, all’assicurato sarà sufficiente allegare l’accertamento dell’intesa concorrenziale da parte dell’Autorità Garante (come condotta preparatoria) e la polizza contratta (come condotta finale...)”) lässt sich unproblematisch auch als Anforderung an die klägerische Darlegungslast lesen. Im konkreten Verfahren war nämlich der Wettbewerbsverstoß als solcher - nicht zuletzt aufgrund der Entscheidung der AGCM - zwischen den Parteien nicht mehr streitig.¹⁴⁴ Problematisch war aus Sicht der Corte di cassazione vielmehr die Feststellung und Beweiswürdigung bezüglich der Schäden und des ursächlichen Zusammenhangs zwischen Wettbewerbsverstoß und Schaden.¹⁴⁵ Letzteren könne das Gericht zwar unter Rückgriff auf Vermutungen und Wahrscheinlichkeiten feststellen und dabei sei eine Berücksichtigung der Entscheidung der AGCM grundsätzlich möglich.¹⁴⁶ Das Gericht müsse aber dem Beklagten die Möglichkeit geben, beide Grundlagen zu erschüttern, u. a. weil sich die Entscheidung der AGCM auf die Wettbewerbswidrigkeit des Informationsaustausches beschränkt und keine konkreten Aussagen zur Preiserhöhung zu Lasten des Endverbrauchers enthalte.¹⁴⁷ Im Grundsatz bleibt es daher im italienischen Recht dabei, dass die Entscheidungen der AGCM die Darlegungslast des Klägers erleichtern, aber keine Bindungswirkung entfalten und lediglich im Rahmen der freien Beweiswürdigung von den Gerichten berücksichtigt werden können.

Die Rechtslage in Deutschland war bis zum Jahr 2005 dem italienischen Recht nicht ganz unähnlich. Bestandskräftigen Unterlassungsverfügungen i. S. v. § 32 GWB aF oder Bußgeldverfügungen der Kartellbehörden kam keine Bindungswirkung im Zivilprozess zu.¹⁴⁸ Nur bestandskräftige Schutzverfügungen i. S. v. § 33 S. 1 GWB aF¹⁴⁹ sollten auch im nachfolgenden Zivilprozeß den Richter an die Feststellung des Wettbewerbsverstoßes binden.¹⁵⁰ Den Entscheidungen der Kartellbehörde kam aber erhebliche faktische Bedeutung zu: der Kläger konnte sich im Zivilverfahren darauf berufen, um den Wettbewerbsverstoß substantiiert vorzutragen

143 Cass. 2.2.2007, no. 2305 (unter IV.1).

144 Vgl. die Entscheidung der Vorinstanz, Corte d’appello Napoli, 3.3.05, no. 1315/05.

145 Cass. 2.2.2007, no. 2305 (unter IV.1).

146 Cass. 2.2.2007, no. 2305 (unter IV.1).

147 Cass. 2.2.2007, no. 2305 (unter IV.1).

148 BGH v. 24.6.1965 - KZR 7/64 - *Brotkrieg II*, NJW 1965, 2249, 2250 zu einer Bußgeldverfügung; *Bornkamm* in Langen/Bunte, 9. Aufl., Bd. 1, 2001, § 32 Rn. 17, 34, § 33 Rn. 32

149 Zum Begriff *Roth* in FK KartR, 49. Lfg., 2001, § 33 Rn. 92 ff

150 *Bornkamm* in Langen/Bunte, 2001, § 32 Rn. 17, § 33 Rn. 33; *Roth* in FK KartR, 2001, § 33 Rn. 94.

und die Gerichte konnten bei ihrer Beweiswürdigung auf sie zurückgreifen.¹⁵¹ Das hat sich mit der 7. GWB-Novelle 2005¹⁵² radikal verändert. Darin wurde § 33 GWB insgesamt neu gefasst und 33 Abs. 4 GWB eingefügt. Danach ist ein deutsches Gericht an die Feststellung eines Verstoßes gegen das GWB oder die Art. 101 bzw. 101 AEUV gebunden, wie sie in einer bestandskräftigen Entscheidungen u.a. der Kartellbehörde getroffen wurde, § 33 Abs. 4 S. 1 GWB. Das gilt auch für entsprechende Feststellungen in rechtskräftigen Gerichtsentscheidungen, die infolge der Anfechtung der Entscheidungen der Kartellbehörde ergangen sind, § 33 Abs. 4 S. 2 GWB. Diese Pflicht gilt unbeschadet von Art. 267 AEUV (ex-Art. 234 EG), § 33 Abs. 4 S. 3 GWB. Die Neuregelung ist - soweit sie die Bindungswirkung deutscher Kartellbehörden betrifft¹⁵³ - einhellig begrüßt worden.¹⁵⁴

Obwohl im Arbeitspapier zum Weißbuch noch die Regelungen im UK Competition Act 1998,¹⁵⁵ eingefügt durch den Enterprise Act 2002,¹⁵⁶ und im ungarischen Wettbewerbsrecht¹⁵⁷ erwähnt werden,¹⁵⁸ knüpft das Weißbuch deutlich am Regelungsmodell des § 33 Abs. 4 GWB an. Daneben lassen Stellungnahmen von Mitarbeitern der Kommission wenig Zweifel daran, dass § 33 Abs. 4 GWB als Vorbild dient.¹⁵⁹ Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen von § 33 Abs. 4 GWB sind daher eine wichtige Quelle zur dogmatischen Einordnung des im Weißbuch verfolgten Regelungsvorschlags.

3. Bindungswirkung von Entscheidungen der NCA anderer Mitgliedstaaten

§ 33 Abs. 4 GWB ist noch in einer weiteren Hinsicht Vorbild der im Weißbuch getroffenen Regelung. Bindungswirkung kommt auch den Entscheidungen “der Wettbewerbsbehörde oder des als solche handelnden Gerichts in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft” zu, § 33 Abs. 4 GWB. Dasselbe gilt für ent-

151 BGH v. 24.6.1965 - KZR 7/64 - *Brotkrieg II*, NJW 1965, 2249, 2250; *Philip*, Der kartellrechtliche Schadensersatz, 2009, 246.

152 Siebtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 7.7.2005, BGBl I 1954.

153 Zur Rezeption der Bindungswirkung ausländischer NCA siehe C.I.3.

154 Statt vieler *Monopolkommission*, Sondergutachten 41 zur 7. GWB-Novelle (Allg. WettbR), 2004, Rn. 42.

155 Sec. 47A, 58A Competition Act 1998, c.42, erhältlich unter http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1998/ukpga_19980041_en_1 [Stand: 15.9.2009].

156 Sec. 18, 20 Enterprise Act 2002, c.40, erhältlich unter http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts2002/pdf/ukpga_20020040_en.pdf [Stand: 15.9.2009].

157 1996. évi LVII. törvény a tisztelegések piaci magatartás és a versenykorlátozás tilalmáról [Act LVII of 1996 on the Prohibition of Unfair and Restrictive Market Practices as amended by Act LXVIII of 2005 on the Amendment of Act LVII of 1996 on the Prohibition of Unfair and Restrictive Market Practices].

158 Vgl. Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 142 Fn. 65.

159 *Paulis*, Policy Issues in the Private Enforcement of EC Competition Law, in *Basedow* (Hrsg.), Private Enforcement of EC Competition Law, 2007, 7, 11.

sprechende Feststellungen in rechtskräftigen Gerichtsentscheidungen, die infolge der Anfechtung der Entscheidung der jeweiligen NCA ergangen sind, vgl. § 33 Abs. 4 S. 2 GWB. Diese Verpflichtung des deutschen Gerichts gilt unbeschadet der Vorlageberechtigung bzw. -verpflichtung aus Art. 267 AEUV (ex-Art. 234 EG), § 33 Abs. 4 S. 3 GWB. Die unbedingte und auf Gegenseitigkeit verzichtende Bindung an Entscheidungen ausländischer Behörden und/oder Gerichte außerhalb staatsvertraglicher Abkommen war als solche neuartig.¹⁶⁰ Die Regelung beruht auf einer autonomen Entscheidung des deutschen Gesetzgebers. Weder Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 noch die Grundsätze der *Masterfoods*-Entscheidung sehen eine Bindungswirkung für Entscheidungen anderer Behörden als der Kommission vor.¹⁶¹ An der sachlichen Reichweite des § 33 Abs. 4 GWB wird deutliche Kritik geübt.¹⁶² Die unbedingte Bindungswirkung ausländischer Entscheidungen verstößt danach gegen die Grundsätze des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) und der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. 1 iVm Art. 20 Abs. 3 GG).¹⁶³ Prominente Stimmen haben die Entscheidung des Gesetzgebers dagegen verteidigt und berücksichtigen die geltend gemachte Kritik, indem sie der Norm immanente Grenzen ziehen.¹⁶⁴ Das Weißbuch knüpft offensichtlich an die in § 33 Abs. 4 GWB getroffene Regelung an, wenn es die Bindungswirkung auf Entscheidungen nationaler Wettbewerbsbehörden des ECN erstreckt. Zugleich akzeptiert man die in Deutschland gegen Art. 33 Abs. 3 GWB vorgebrachte Kritik, weil man es den Mitgliedstaaten erlauben möchte, die Anerkennung ausländischer Entscheidungen an die Wahrung des rechtlichen Gehörs zu knüpfen.¹⁶⁵ Auch in diesem Zusammenhang ist es besonders spannend, Tatbestand und Rechtsfolgen des § 33 Abs. 4 im Zusammenhang mit dem Regelungsvorschlag im Weißbuch zu untersuchen.

II. Anwendungsbereich und Tatbestandsvoraussetzungen der Bindungswirkung

1. Adressaten der Bindungswirkung

Die Bindungswirkung im Weißbuch ist an “einzelstaatliche Gerichte” adressiert, die “über Schadensersatzklagen” wegen Verstößen gegen Art. 101 oder 102 AEUV zu entscheiden haben. Die Formulierung “einzelstaatlicher Gerichte” in der deutschen

160 *Monopolkommission*, Sondergutachten 41 zur 7. GWB-Novelle (Allg. WettbR), 2004, Rn. 49.

161 *Monopolkommission*, Sondergutachten 41 zur 7. GWB-Novelle (Allg. WettbR), 2004, Rn. 50; Meyer, GRUR 2006, 27, 29; *Komninos*, 44 CMLR 1387, 1393 ff (2007); *Komninos*, EC Private Antitrust Enforcement, 2008, 117 f; dazu näher unten D.II.1.

162 *Monopolkommission*, Sondergutachten 41 zur 7. GWB-Novelle (Allg. WettbR), 2004, Rn. 53 ff; Schütt, WuW 2004, 1124, 1131; Fuchs, WRP 2005, 1384, 1395; Meyer, GRUR 2006, 27, 29; Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., 2007, § 33 Rn. 77.

163 *Monopolkommission*, Sondergutachten 41 zur 7. GWB-Novelle (Allg. WettbR), 2004, Rn. 53; Meyer, GRUR 2006, 27, 29; vgl. auch Durner, EuR 2004, 547, 563 f, 568 ff.

164 Bornkamm in Langen/Bunte, 2006, § 33 Rn. 113; Roth, FS U. Huber, 2006, 1134, 1153.

165 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 162.

Fassung des Weißbuchs ist unglücklich gewählt. Wie sich aus dem Vergleich der englischen Fassung des Weißbuchs [*national courts*] mit der englischen Fassung von Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 [*national courts*] ergibt, soll der Begriff in beiden Regelungen einheitlich verwendet werden. Daher ist auch im neuen Unionsinstrument von den “Gerichte[n] der Mitgliedstaaten” zu sprechen. Der Begriff ist autonom unionsrechtlich in Übereinstimmung mit Art. 267 AEUV zu interpretieren.¹⁶⁶ Dazu zwingt die in Art. 16 Abs. 1 S. 4 VO 1/2003, § 33 Abs. 4 S. 3 GWB und dem Weißbuch¹⁶⁷ implizit bestätigte Vorlagemöglichkeit zum EuGH.¹⁶⁸ Nach ständiger Rechtsprechung stellt der Gerichtshof auf eine Reihe von Merkmalen ab, wie die gesetzliche Grundlage der Einrichtung, ihr ständiger Charakter, die obligatorische Gerichtsbarkeit, das streitige Verfahren, die Anwendung von Rechtsnormen durch die Einrichtung sowie deren Unabhängigkeit.¹⁶⁹ Dazu zählen nationale Zivilgerichte, die über Kartellzivilverfahren zu entscheiden haben.¹⁷⁰ Schiedsgerichte erfüllen nicht die Voraussetzungen des Art. Art. 267 AEUV.¹⁷¹ Weil Schiedsgerichte daher nicht vorlegen können, sind sie auch nicht unmittelbar nach Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 an die Entscheidung der Kommission gebunden. Wird der Schiedsspruch allerdings vor einem ordentlichen Gericht überprüft, ist dieses an die EG-Wettbewerbsregeln¹⁷² und damit auch an Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 gebunden.¹⁷³ Keine Gerichte i. S. v. Art. 267 AEUV sind mitgliedstaatliche Gerichte, denen das nationale Recht in Ausübung der von Art. 35 VO 1/2003 belassenen Kompetenz die Aufgaben als Wettbewerbsbehörde iSv Art. 5 VO 1/2003 zuweist.¹⁷⁴ Diese Institutionen sind über Art. 11ff. VO 1/2003 in das Europäische Wettbewerbsnetz eingebunden.¹⁷⁵

Das Weißbuch beschränkt nach dem Vorbild des § 33 Abs. 4 GWB den Adressatenkreis seiner Bindungswirkung im Vergleich zu Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003. Die Bindungswirkung gilt nur für Gerichte, die über Schadensersatzklagen zu entscheiden haben. Werden im Kartellzivilverfahren andere Ansprüche verfolgt, ist das Ge-

166 Dazu *Leopold/Reiche*, EuZW 2005, 143.

167 Weißbuch, S. 7.

168 Dazu näher C.III.3.

169 EuGH v. 31.5.2005, Rs. C-53/03 - *Syfait/GlaxoSmithKline plc*, Slg. 2005, I-4609 Rn. 29 m.w.N.; *Leopold/Reiche*, EuZW 2005, 143.

170 Schneider in MünchKomm KartellR, Bd. 1, 2007, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 6.

171 EuGH v. 12.3.1982, Rs. 102/81 - *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH/Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG und Co*, Slg. 1982, 1095 Rn. 10 ff; EuGH v. 1.6.1999, Rs. C-126/97 - *Eco Swiss China Time Ltd/ Benetton International NV*, Slg. 1999, I-3055 Rn. 34.

172 EuGH v. 1.6.1999, Rs. C-126/97 - *Eco Swiss China Time Ltd/ Benetton International NV*, Slg. 1999, I-3055 Rn. 36 ff.

173 In der Sache allg. Ansicht, vgl. Schneider in MünchKomm KartellR, 2007, ART. 16 VO 1/2003 Rn. 6; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-Kartellrecht, 2009, ART. 16 VO 1/2003 Rn. 8; Zuber in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, 2009, Art. 16 VerfVO Rn. 12.

174 Vgl. EuGH v. 31.5.2005, Rs. C-53/03 - *Syfait/GlaxoSmithKline plc*, Slg. 2005, I-4609 Rn. 29 ff.

175 Dazu Bekanntmachung u.über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, ABI C 101 v. 27.4.2004, 43.

richt rechtlich nicht gebunden.¹⁷⁶ Das gilt sowohl für andere “offensive” Kartellzivilprozesse, in denen Unterlassung- Beseitigungs- oder Bereicherungsansprüche verfolgt werden, als auch bei “defensiven” Verfahren, in denen Kartellrechtsfragen als Einwendungen oder Einreden und damit als Vorfragen eingeführt werden.¹⁷⁷ Einen überzeugenden sachlichen Grund für die Beschränkung auf Schadensersatzprozesse gibt es weder bei § 33 Abs. 4 GWB noch im Weißbuch. Das zugrunde liegende Problem stellt sich aber bei allen zivilrechtlichen Rechtsbehelfen.¹⁷⁸ Die fehlende Bindungswirkung mag für Unterlassungsansprüche wenig praxisrelevant sein und für defensive Verfahren kann die im nationalen Recht vorgesehene Tatbestandswirkung¹⁷⁹ für Entscheidungen der eigenen Kartellbehörde¹⁸⁰ oder eine aus Art. 4 Abs. 3 EUV (ex-Art. 10 EG) abgeleitete Tatbestandswirkung der Entscheidungen anderer NCA¹⁸¹ jedenfalls teilweise helfen. Die Bindungswirkung könnte aber für Beseitigungs- oder Bereicherungsansprüche - die in ihrer Wirkung dem Schadensersatz nicht unähnlich sind - erhebliche Bedeutung haben.¹⁸² Die Bindungswirkung ist kein Teilaspekt der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen, sondern ein allgemeines Problem der privaten Rechtsdurchsetzung schlechthin.¹⁸³ Der Verweis auf den generellen Ansatz des Weißbuchs, nur Regelungen zu treffen, die den Schadensersatzanspruch von Geschädigten betreffen,¹⁸⁴ mag aus politischer Sicht verständlich sein, kann aber aus rechtspolitischer Sicht nicht überzeugen. Die angestrebte Richtlinie sollte daher die Beschränkung aufheben.

Die gewollte Beschränkung auf die private Rechtsdurchsetzung ist mit einer Anlehnung an den in Art. 1 Abs. 1 S. 1 Brüssel I-VO¹⁸⁵ verwendeten Begriff der “Zivil- und Handelssachen” zu erreichen. Mit der damit einhergehenden feststehenden Tradition der autonomen Auslegung dieses Begriffs wird sichergestellt, dass Verfahren zwischen einer Kartellbehörde und einem Unternehmen im Zusammenhang mit der Ausübung kartellrechtlicher Befugnisse nicht unter die Bindungswirkung fallen,

176 *Bornkamm* in Langen/Bunte, 2006, § 33 Rn. 114; *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker, GWB, 2007, § 33 Rn. 80; *Bechtold*, GWB, 5. Aufl, 2008, § 33 Rn. 35; aA aber *Rehbinder* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, 2. Aufl., 2009, § 33 Rn. 54 nach dem § 33 Abs. 4 GWB entgegen des klaren Wortlauts und der Entstehungsgeschichte auch für Beseitigungsansprüche gelten sollte.

177 Zur Begrifflichkeit *Roth*, Private Enforcement of European Competition Law - Recommendations Flowing from the German Experience, in *Basedow* (Hrsg.), Private Enforcement of EC Competition Law, 2007, 61, 64 ff; *Schmidt*, ZWeR 2007, 394, 397 f.

178 *Monopolkommission*, Sondergutachten 41 zur 7. GWB-Novelle (Allg. WettbR), 2004, Rn. 45
179 Zum Begriff unten C.III.1.

180 *Bornkamm* in Langen/Bunte, 2006, § 33 Rn. 119.

181 Dazu unten D.II.1.

182 *Meyer*, GRUR 2006, 27, 29

183 *Monopolkommission*, Sondergutachten 41 zur 7. GWB-Novelle (Allg. WettbR), 2004, Rn. 45.

184 Weißbuch, S. 1.

185 VO Nr. 44/2001 vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Brüssel I-VO), AB I L 12 v. 16.1.2001, 1.

weil sie keine Zivil- oder Handelssache sind.¹⁸⁶ Damit wird auch eine Kohärenz zum sachlichen Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO¹⁸⁷ hergestellt. Das Internationale Kartellrecht der Union gilt für außervertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen (Art. 1 Abs. 1 S. 1 Rom II-VO). Weil der Begriff dort identisch verwendet wird wie in der Brüssel I-VO,¹⁸⁸ kann man eine einheitliche Auslegung sowohl für die internationale Zuständigkeit, das Kartell-IPR und die private Rechtsdurchsetzung sicherstellen. Der Eingangssatz ist danach folgendermaßen zu formulieren: “Wenn Gerichte der Mitgliedstaaten in Verfahren in Zivil- und Handelssachen über Verhaltensweisen entscheiden, die unter Artikel 101 oder 102 AEUV fallen...”.

2. Sachlicher Anwendungsbereich

a) Erfasste Wettbewerbsbehörden

Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 bindet die Gerichte an die Entscheidungen der Kommission. Insoweit besteht bereits ein - auf das Primärrecht zurückgehendes¹⁸⁹ - sekundärrechtliches Regelungsinstrument der Union, das der einheitlichen Anwendung der Wettbewerbsregelung und der Rechtssicherheit dient. Das Weißbuch geht davon aus, dass daraus auch für Zivilverfahren eine weitreichende Bindungswirkung bezüglich des Rechtsverstoßes folgt¹⁹⁰ und sieht daher konsequent von einer Berücksichtigung der Kommissionsentscheidung im eigenen Regelungsvorschlag ab. § 33 Abs. 4 S. 1 Alt. 2 GWB ordnet dagegen die Bindungswirkung auch der Kommissionsentscheidungen ausdrücklich an. Dem soll allerdings nur klarstellende Bedeutung zukommen.¹⁹¹ Das wird aufgrund unterschiedlicher Auffassungen zur Reichweite der Bindungswirkung in Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 einerseits und § 33 Abs. 4 GWB andererseits nicht von allen so gesehen.¹⁹² Im Übrigen führt die angestrebte Klarstellung im Ergebnis zu neuer Verwirrung. Die nach dem Wortlaut von § 33 Abs. 4 S. 1 GWB vorgesehene Bestandskraft der Entscheidung ist bei Kommissionsentscheidungen ganz anders zu verstehen¹⁹³ und die enthaltene Beschränkung

186 Vgl. EuGH v. 15.2.2007, Rs. 292/05 - *Lechouritou/Deutschland*, Slg. 2007, I-1519 Rn. 29 ff mwN.

187 VO Nr. 864/2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II-VO), ABl L 199 v. 31.7.2007, 40; dazu vertiefend Mankowski, RIW 2008, 177; Roth, FS Kropholler, 2008, 623.

188 Vgl. Erwägungsgrund (7) Rom II-VO.

189 EuGH v. 28.2.1991, Rs. C-234/89 - *Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG*, Slg. 1991, I-935 Rn. 43 ff; EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-11369 Rn. 45 ff.

190 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 140. Näher zum Problem unten C.III.1.b.

191 BT-Drs. 15/3640, S. 54.

192 Siehe dazu unten C.III.1.b.

193 Dazu unten C.II.2.c.

auf festgestellte Verstöße ist wegen der Wirkung von Kommissionsentscheidungen nach Art. 10 VO 1/2003¹⁹⁴ ebenfalls irreführend.¹⁹⁵ Die Kommission tat gut daran, durch eine klare Abgrenzung zwischen den Entscheidungen der Kommission einerseits - Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 - und den Entscheidungen einer nationalen Wettbewerbsbehörde des ECN andererseits zu trennen. Die Beschränkung auf NCA von Mitgliedstaaten im Weißbuch nimmt direkten Bezug auf die Bekanntmachung über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden.¹⁹⁶ Die Institution des Europäischen Wettbewerbsnetzes ist also solche nicht gesetzlich geregelt. Die wesentlichen Elemente, die ihre Existenz ermöglichen, folgen aus der VO 1/2003, insbesondere Art. 11.¹⁹⁷ Die Selbstständigkeit der einzelnen Behörden bleibt unberührt.¹⁹⁸ Aus dem Arbeitspapier zum Weißbuch folgt unmissverständlich, dass neben der Bindung an die Entscheidung der NCA des eigenen Mitgliedstaates gerade auch die Bindung an die Entscheidungen der NCA der anderen Mitgliedstaaten angeordnet werden soll.¹⁹⁹ Das wird sich als ein wesentliches Problem des Regelungsvorschlags herausstellen.²⁰⁰ Außerhalb des Regelungsbereichs bleiben kartellbehördliche Entscheidungen von Drittstaaten, wie beispielsweise den Vereinigten Staaten von Amerika.²⁰¹

Der Kreis der erfassten Wettbewerbsbehörden und Gerichte, deren Entscheidungen bindend sein sollen, wird besonders deutlich, wenn man die Perspektive des einzelnen Mitgliedstaates einnimmt. Diese ist in § 33 Abs. 4 GWB beispielhaft ausgedrückt: Bindungswirkung kommt danach (1.) den eigenen nationalen Kartellbehörden (§ 33 Abs. 4 S. 1 Alt. 1 GWB), (2.a) der Wettbewerbsbehörde oder (2.b) dem als Wettbewerbsbehörde handelnden Gericht eines anderen Mitgliedstaats (§ 33 Abs. 4 S. 1 Alt. 3 GWB) zu. Mit der letzten Präzisierung nimmt das deutsche Recht auf die von Art. 35 VO 1/2003 vorausgesetzte verfahrensrechtliche Autonomie der Mitgliedstaaten Bezug, nach der es ihnen freisteht, die Aufgaben der Wettbewerbsbehörde i.S.v. Art. 5 VO 1/2003 ganz oder teilweise auch Gerichten zuzuweisen.²⁰² Wurden die kartellbehördlichen Entscheidungen angefochten und von den dafür zuständigen Gerichten im Ergebnis bestätigt, geht die Bindungswirkung dann nicht mehr von der kartellbehördlichen, sondern von der gerichtlichen Entscheidung aus. Das wird in § 33 Abs. 4 S. 2 GWB ausdrücklich klargestellt. Das Weißbuch diffe-

194 Dazu unten C.II.2.b.

195 Vertiefend Meyer, GRUR 2006, 27, 30 f, 32.

196 ABI C 101 v. 27.4.2004, S. 43.

197 *de Bronnett*, Kommentar zum Europäischen Kartellverfahrensrecht, 2005, Vorbemerkung zu den Art. 11 bis 14 Rn. 2.

198 Näher dazu *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, 2005, § 7 Rn. 63 ff.

199 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 158 ff.

200 Dazu unten D.III.3.

201 Zum privaten Rechtsschutz in den U.S.A. vgl. *Hempel*, Rechtsschutz, 2002, 173 ff; *Gerber*, Private enforcement of competition law: a comparative perspective, in *Möllers/Heinemann* (Hrsg.), The Enforcement of Competition Law in Europe, 2007, 434 ff.

202 Vgl. Bekanntmachung über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, Rn. 2.

renziert hier weniger deutlich, weicht in der Sache aber nicht von der im deutschen Recht geltenden Regelung ab.

b) Entscheidungstypen

Nicht alle Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden genießen Bindungswirkung. Im Anwendungsbereich des Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 kommt den Entscheidungen der Kommission nach Art. 7, 8 und Art. 29 VO 1/2003 unstrittig Bindungswirkung zu.²⁰³ Umstritten ist dagegen, ob auch der Feststellung der Nichtanwendbarkeit der Art. 101 oder 102 AEUV nach Art. 10 VO 1/2003 Bindungswirkung zukommt.²⁰⁴ Bei Entscheidungen auf der Grundlage des Art. 9 VO 1/2003 wird eine Bindungswirkung von den meisten Stimmen abgelehnt.²⁰⁵ Verhängt die Kommission Geldbußen nach Art. 23 Abs. 2 lit. a VO 1/2003 erzeugt diese Entscheidung ebenfalls Bindungswirkung.²⁰⁶ Das hat praktisch wichtige Auswirkungen für die Bindungswirkung in Folgeverfahren. Das Verschulden gehört zwangsläufig zu den tragen Gründen der Anordnung einer Geldbuße. Konsequenterweise erstreckt sich die in Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 angeordnete Bindungswirkung auf die Feststellungen zur Schuld und hat damit Auswirkungen auf die subjektive Tatseite des Schadensersatzanspruchs.²⁰⁷ Keine Bindungswirkung folgt aus der Festsetzung von Zwangsgeld (Art. 24 VO 1/2004), weil hier zwangsläufig eine Entscheidung nach Art. 7 ff VO 1/2003 vorausgegangen ist, aus der sich die Bindungswirkung ergibt.²⁰⁸

Das Weißbuch enthält im Vergleich zu Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 eine Einschränkung. Bindungswirkung soll nur den Entscheidungen zukommen, in denen Verhaltensweisen „als wettbewerbswidrig befunden wurden“.²⁰⁹ Damit folgt der Vorschlag seinem Vorbild, § 33 Abs. 4 S. 1 GWB, der ebenfalls nur Entscheidungen

203 *Jaeger* in FK KartR, 2006, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 9-11; *Ritter* in Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR EG/2, 4. Aufl., 2007, VO 1/2003 Art. 16 Rn. 3; *Schneider* in MünchKomm KartellR, 2007, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 8.

204 Bejahend *Hirsch*, ZWeR 2003, 233, 251; *de Bronnett*, KarVerfR, 2005, Qrt. 16 Rn. 4; *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, 2005, § 6 Rn. 162; *Zuber* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, 2009, Art. 16 VerfVO Rn. 9; verneinend *Röhling*, GRUR 2003, 1019, 1023; *Schmidt*, BB 2003, 1237, 1241 f; *Jaeger* in FK KartR, 2006, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 15; differenzierend *Bornkamm/Becker*, ZWeR 2005, 213, 421 f.

205 *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, 2005, § 6 Rn. 133; *Jaeger* in FK KartR, 2006, Art. 16 VO 1/2003, Rn. 14; *Ritter* in Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR EG/2, 2007, VO 1/2003 Art. 16 Rn. 3; *Schneider* in MünchKomm KartellR, 2007, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 8; *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2009, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 5; aA *de Bronnett*, KarVerfR, 2005, Art. 16 Rn. 4.

206 Vertiefend *Jaeger* in FK KartR, 2006, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 12; aA *de Bronnett*, KarVerfR, 2005, Art. 16 Rn. 4; *Schneider* in MünchKomm KartellR, 2007, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 8; *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2009, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 5.

207 *Bornkamm* in Langen/Bunte, Bd. 1, 2006, § 33 Rn. 120.

208 Insoweit zutreffend *Schneider* in MünchKomm KartellR, 2007, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 8.

209 Weißbuch, S. 7.

Bindungswirkung zuschreibt, in denen ein Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht festgestellt wurde. Davon weicht beispielsweise das ungarische Recht deutlich ab. Danach kommt sowohl der Feststellung einer Verletzung wie auch der Feststellung, dass keine Verletzung vorliegt, in einer Entscheidung der ungarischen Wettbewerbsbehörde (*Gazdasági Versenyhivatal*) Bindungswirkung zu.²¹⁰ Diese beiderseitig wirkende Feststellungswirkung wirft erhebliche grundrechtliche Probleme auf, wenn der Kläger nicht Beteiligter des Kartellverfahrens vor der Behörde war und daher keine zumutbare Möglichkeit hatte, gegen die Entscheidung der NCA Rechtsschutz zu erlangen.²¹¹ Man könnte daher daran denken, jedenfalls solche Entscheidungen zugunsten des vermeintlichen Rechtsverletzers mit Bindungswirkung zu versehen, wenn der vermeintlich Geschädigte Beteiligter des Ausgangsverfahrens war und er die Möglichkeit hatte, Rechtsschutz zu erlangen.²¹² Das ist für das mitgliedstaatliche Gericht praktisch nicht durchführbar, weil es nicht die Verfahrensrechte und Rechtsbehelfe aller anderen 26 Mitgliedstaaten kennen kann. Daher ist es teilweise zwingend notwendig und teilweise praktisch geboten, die Bindungswirkung auf Entscheidungen zu beschränken, in denen der Wettbewerbsrechtsverstoß des Unternehmens bejaht wurde.

Ausschlaggebend ist dafür die jeweilige Reichweite der Ermächtigungsgrundlagen im nationalen Recht. Art. 5 VO 1/2003 kann diese nicht ersetzen, erteilt dem nationalen Gesetzgeber allerdings einen Gestaltungsauftrag, weil die dort vorgesehenen Entscheidungsbefugnisse im nationalen Recht verankert werden müssen.²¹³ Mit einer wesentlichen Ausnahme (Art. 10 VO 1/2003) sind diese Befugnisse mit denen vergleichbar, die der Kommission zugewiesen sind.²¹⁴ Auszugehen ist zunächst von der Bindungswirkung nach § 33 Abs. 4 S. 1 GWB. Davon sind jedenfalls erfasst: Abstellungs- und Feststellungsentscheidungen (§ 32 GWB); Freistellungsentzug (§ 32d GWB iVm Art. 29 Abs. 2 VO 1/2003) und Bußgeldbescheide (§ 81 GWB), letztere auch bezüglich der subjektiven Tatseite.²¹⁵ Umstritten ist, ob auch einstweiligen Anordnungen nach § 32a GWB Bindungswirkung zukommt.²¹⁶ Mir erscheint es wenig einsichtig, warum die Feststellung des Wettbewerbsverstoßes in einer be-

210 Art. 88/B para 5 Hungarian Competition Act [“The statement on the existence or absence of an infringement, made in the decision of the Hungarian Competition Authority against which no action has been filed or in the decision of the review court, shall be binding on the court hearing the lawsuit.”]. Übersetzung von der ungarischen Wettbewerbsbehörde, erhältlich unter <http://www.gvh.hu/domain2/files/modules/module25/7874E8E091B53E38.pdf> [Stand: 15.9.2009].

211 Meyer, GRUR 2006, 27, 31.

212 So Meyer, GRUR 2006, 27, 31.

213 Näher zum Ganzen Bauer in MünchKomm KartellR, Bd. 1, 2007, Art. 5 VO 1/2003 Rn. 2 ff.

214 Vertiefend Klees, Europäisches Kartellverfahrensrecht, 2005, §7 Rn. 38 ff.

215 Bornkamm in Langen/Bunte, 2006, § 33 Rn. 120; Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB, 2007, § 33 Rn. 78; Bechtold, GWB, 2008, § 33 Rn. 36; Logemann, Schadensersatz, 2009, 248 f.

216 Bejahend Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB, 2007, § 33 Rn. 78; Rehbinder in Loevenheim/Meessen/Riesenkampff, 2009, § 33 Rn. 54; verneinend Bechtold, GWB, 2008, § 33 Rn. 36; Logemann, Schadensersatz, 2009, 248 f.

standskräftigen einstweiligen Anordnung nur vorläufigen Charakter haben solle. In Übereinstimmung mit der Interpretation von Art. 8 VO 1/2003 ist jedenfalls für den Regelungsvorschlag im Weißbuch davon auszugehen, dass einstweilige Maßnahmen erfasst sind. Den Verpflichtungszusagen von NCA (§ 32c GWB iVm Art. 5 S. 2, 9 VO 1/2003) kommt dagegen keine Bindungswirkung zu.²¹⁷ Es handelt sich dabei gerade nicht um die Feststellung der Nichtanwendbarkeit von Art. 101 oder 102 AEUV, die nach Art. 10 VO 1/2003 in die ausschließliche Zuständigkeit der Kommission fällt. Ebenfalls keine Bindungswirkung folgt aus einer Entscheidung einer NCA, nicht tätig zu werden, weil nach den ihnen vorliegenden Informationen die Voraussetzungen für einen Rechtsverstoß nicht vorliegen. Es handelt sich dabei um einen Entscheidungstyp, der sich dadurch auszeichnet, dass ein Wettbewerbsverstoß gerade nicht positiv festgestellt wurde.²¹⁸ An einer Stelle unterscheidet sich der sachliche Anwendungsbereich der Bindungswirkung im Unionsrecht von der nach § 33 Abs. 4 S. 1 GWB. Nach § 33 Abs. 4 GWB sind auch Entscheidungen erfasst, in denen ein Verstoß gegen das GWB festgestellt wurde. Die Bindung an Entscheidungen nationaler Kartellbehörden beim Verstoß gegen das nationale Kartellrecht kann allerdings in der angestrebten Richtlinie nicht übernommen werden, weil die Union keine Kompetenz zur Regelung rein innerstaatlicher Sachverhalte hat.

c) Bestandskraft der Entscheidung

Die Bindungswirkung einer Kommissionsentscheidung nach Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 setzt nicht voraus, dass die Entscheidung bereits formell bestandskräftig geworden ist.²¹⁹ Die Gerichte sind daher an die bekanntgegebene Entscheidung (Art. 297 Abs. 2 AEUV) der Kommission gebunden, unabhängig davon, ob die Frist von zwei Monaten zur Erhebung einer Nichtigkeitsklage vor dem EuGH (Art. 263 Abs. 4 und 6 AEUV iVm Art. 256 Abs. 1 AEUV) noch nicht abgelaufen ist, ob der Adressat Nichtigkeitsklage erhoben hat, ob die Entscheidung nach Art 278 AEUV ausgesetzt wurde²²⁰ oder ob gegen eine ergangene Entscheidung des EuG Rechtsmittel (Art. 256 Abs. 1 AEUV iVm Art. 60 Satzung des Gerichtshofs) eingelegt wurden. Wurde Nichtigkeitsklage erhoben, muss das nationale Gericht grundsätzlich das Verfahren aussetzen, um die Entscheidung abzuwarten.²²¹ Daneben kann es auch dem Gerichtshof eine Vorabentscheidungsfrage über die Gültigkeit der Kommissi-

217 Näher Meyer, GRUR 2006, 27, 31; Logemann, *Schadensersatz*, 2009, 249.

218 Bornkamm in Langen/Bunte, 2006, § 32c Rn. 12; Bach in Immenga/Mestmäcker, GWB, 2007, § 32c Rn. 21; Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB, 2007, § 33 Rn. 85; Bechtold, GWB, 2008, § 32 Rn.5.

219 Hirsch, ZWeR 2003, 233, 248.

220 EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd, Slg. 2000, I-11369 Rn. 53.

221 EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd, Slg. 2000, I-11369 Rn. 55, 57.

onsentscheidung vorlegen.²²² Die Bindung an die Kommissionsentscheidung entfällt erst, wenn die Unionsgerichte rechtskräftig in derselben Sache einen anderen materiellrechtlichen Standpunkt vertreten haben.²²³

§ 33 Abs. 4 GWB und - im Folgenden - das Weißbuch wählen einen strengeren Ansatz. Danach soll nur bestandskräftigen Entscheidungen oder rechtskräftigen Gerichtsentscheidungen von angefochtenen Entscheidungen der NCA Bindungswirkung zukommen.²²⁴ Das Weißbuch sollte hier auch im Wortlaut dem Modell von § 33 Abs. 4 GWB folgen, der deutlich unterscheidet. Nach S. 1 geht die Bindungswirkung von der bestandskräftigen Entscheidung selbst aus. Wird sie angefochten, aber bestätigt, kommt nach S. 2 der rechtskräftigen Gerichtsentscheidung die maßgebliche Bindungswirkung zu.²²⁵

Der Begriff der Bestandskraft ist interpretationsbedürftig. Dem Gericht stehen mehrere Möglichkeiten zur Wahl: Geht es um die Entscheidung der NCA des eigenen Mitgliedstaates, kann es auf das Begriffsverständnis des nationalen Rechts ankommen, geht es dagegen um die Entscheidung der NCA eines anderen Mitgliedstaats kommt es entweder auf das Recht dieses Mitgliedstaates an oder die Vorfrage nach der Bestandskraft ist nach der *lex fori* des Gerichtsstaats zu entscheiden. Schließlich könnte in allen Fällen nach einem einheitlichen, unionsrechtlich vorgegebenen Begriff entschieden werden. Die formelle Bestandskraft ist im Unionsrecht mit der Unanfechtbarkeit einer Entscheidung gleichzusetzen.²²⁶ Sie tritt ein, wenn die Klagefristen abgelaufen sind, oder der Rechtsweg gegen die Entscheidung erschöpft ist.²²⁷ Damit sind in der Sache unanfechtbare Entscheidungen gemeint. Es kommt also nicht darauf an, dass dem Rechtsbehelf auch Suspensiveffekt zukommt. Entscheidend ist nur, dass eine gerichtliche Entscheidung über die konkrete kartellbehördliche Maßnahme nicht mehr möglich ist. Ob eine Entscheidung formell bestandskräftig geworden ist, hängt dann von den Klagefristen und den Rechtsbehelfen im jeweiligen nationalen Verfahrensrecht ab. Das kann im Einzelfall komplizierte Fragen aufwerfen. Ein Beispiel dafür ist die Wirkung der Verfassungsbeschwerde im deutschen Recht (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG iVm §§ 13, Nr. 8a, 90 ff BVerfGG). Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG ist sie kein zusätzlicher, sondern ein außerordentlicher Rechtsbehelf, der die in den Prozessordnungen vorgesehenen Rechtsmittel nicht ersetzt, sondern als subsidiärer Rechtsbehelf dazu tritt.²²⁸ Die formelle Rechtskraft der angefochtenen Entscheidung ist sogar Zulässigkeitsvorausset-

222 EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd.*, Slg. 2000, I-11369 Rn. 57; zum Verfahren siehe *Jaeger* in FK KartR, 2006, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 19; kritisch dazu *Bornkamm*, ZWeR 2003, 73, 78 f.

223 *Schneider* in MünchKomm KartellR, 2007, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 10.

224 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 155 f.

225 Dazu *Bechtold*, GWB, 2008, § 33 Rn. 41.

226 *Schroeder*, Bindungswirkungen von Entscheidungen nach Art. 249 EG im Vergleich zu denen von Verwaltungsakten nach deutschem Recht, 2006, 43 ff.

227 EuGH v. 13.1.2004, Rs. C-453/00 - *Kühne & Heitz NV/Produktschap voor Pluimvee en Eieren*, Slg. 2004, I-837 Rn. 24.

228 BVerfGE 18, 315, 325.

zung der Verfassungsbeschwerde (§ 90 Abs. 2 BVerfGG). Nach nationalem Recht liegt eine bestandskräftige Entscheidung vor. Das unionsrechtliche Begriffsverständnis im neuen Regelungsinstrument muss davon abweichen. Danach führt im Ergebnis ein institutionalisierter außerordentlicher Rechtsbehelf im nationalen Verfahrensrecht dazu, dass die Entscheidung der NCA noch nicht bestandskräftig geworden ist. Das folgt aus dem mit dem Weißbuch verfolgten Zweck der Rechtssicherheit und einheitlichen Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts. Bindet man Gerichte auch anderer Mitgliedstaaten an die Entscheidung der NCA, die ihrerseits aufgrund eines außerordentlichen Rechtsbehelfs des nationalen Rechts zu Fall gebracht werden kann, schafft man die Gefahr widersprechender Entscheidungen. Dies ist zu vermeiden, indem man die Bindungswirkung nur eintreten lässt, wenn der Betroffene alle im nationalen Recht zur Verfügung stehenden ordentlichen und außerordentlichen Rechtsbehelfe zur Anfechtung einer Entscheidung verstreichen hat lassen oder erfolglos eingelebt hat.

3. Persönlicher Anwendungsbereich: Grundsatz der zweifachen Identität

Entscheidende Bedeutung kommt der Frage zu, wem gegenüber die Entscheidung Bindungswirkung erzeugt. Die Entscheidungen der Kommission sind nur dann nach Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 bindend, wenn der Untersuchungsgegenstand vor der Kommission mit dem des nationalen Gerichts identisch ist.²²⁹ Es genügt nicht, dass das Rechtsproblem, das dem nationalen Gericht unterbreitet wird, und das Problem, das die Kommission beschäftigt, im Zusammenhang stehen oder sonst Ähnlichkeiten aufweisen.²³⁰ Notwendig ist eine absolute Identität des rechtlichen und tatsächlichen Rahmens.²³¹ In beiden Verfahren muss es daher um denselben Lebenssachverhalt gehen, der den Verstoß gegen Art. 101 oder 101 AEUV begründet. Man kann hier eine vorsichtige Parallele zum unionsrechtlichen Begriff des Streitgegenstandes ziehen.²³² Die *cause* im Kartellverfahren vor der Kommission und im anschließenden Schadensersatzprozeß müssen identisch sein. Unter der *cause* ist hier das rechtliche Fundament der Kommissionsentscheidung zu verstehen, das aus den die Art. 101 oder 102 AEUV ausfüllenden rechtlich qualifizierten Tatsachen besteht.²³³ Das Kartellverfahren und der Schadensersatzanspruch müssen sich gegen

229 GA Cosmas Schlussanträge v. 16.5.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd/HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-Rn. 16; *Kjølbe*, 39 CMLR 175, 182 (2002); *de Bronnett*, KarVerfR, 2005, Art. 16 Rn. 2; *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, 2005, § 8 Rn. 112; *Jaeger* in FK KartR, 2006, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 6.

230 GA Cosmas Schlussanträge v. 16.5.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd/HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-Rn. 6.

231 GA Cosmas Schlussanträge v. 16.5.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd/HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-Rn. 6.

232 Dazu *Germelmann*, Die Rechtskraft von Gerichtsentscheidungen in der Europäischen Union, 2009, 355 ff.

233 Vgl. *Germelmann*, Rechtskraft, 2009, 381.

dasselbe rechtsverletzende Unternehmen bzw. dieselbe Unternehmensvereinigung richten.²³⁴ Das wird in der Entscheidung des House of Lords in *Inntrepreneur Pub Company v. Crehan*²³⁵ beispielhaft deutlich. Das nationale Gericht ist danach nicht an eine Kommissionsentscheidung gebunden, die zwar dieselben tatsächlichen und rechtlichen Fragen aufwirft, aber an einen Dritten ergangen ist, der nicht Partei des Verfahrens und dessen Verhalten nicht Streitgegenstand ist.²³⁶ Maßgeblich dafür ist die Erwägung, dass eine Bindung an eine gegen Dritte adressierte Entscheidung sich nicht mehr mit dem im Unionsrecht verankerten Grundsatz auf rechtliches Gehör²³⁷ vereinbaren lässt.²³⁸ Daraus folgt, dass Identität des Betroffen dann vorliegt, wenn der Adressat einer Entscheidung der Kommission im Folgeverfahren Partei im Schadensersatzprozess ist. Hier folgt aus Art. 263 Abs. 4 AEUV, dass dem Adressaten einer Entscheidung der Rechtsschutz vor europäischen Gerichten zweifelsfrei eröffnet ist.²³⁹ Problematisch sind die Fallgruppen, in denen im Entscheidungstenor ein wettbewerbswidriges Verhalten eines Unternehmens genannt wird, ohne dass die Entscheidung auch an dieses Unternehmen gerichtet ist. Soweit in solchen Fällen eine Klagebefugnis des Unternehmens nach Art. 263 Abs. 4 AEUV offensichtlich besteht,²⁴⁰ könnte man darüber nachdenken, eine Bindungswirkung im Folgeverfahren anzunehmen. Darin liegt allerdings eine erhebliche Ausdehnung der Bindungswirkung, die nicht mit der Rechtsprechung des EuGH vereinbar ist. Der EuGH hat in der Rs. *Masterfoods* zur Begründung der Bindungswirkung maßgeblich auf die Rechtswirkung der Kommissionsentscheidung abgestellt.²⁴¹ Aus der englischen Fassung des Urteils wird deutlich, dass man damit nur eine Bindung gegenüber dem Adressaten der Entscheidung rechtfertigen kann (“a decision adopted by the Commission implementing Articles 85(1), 85(3) or 86 of the Treaty is to be binding in its entirety upon those to whom it is *addressed*.”).²⁴² Zusammenfassend gilt, dass den Entscheidungen der Kommission Bindungswirkung nur zukommt, wenn der Grundsatz der zweifachen Identität erfüllt ist: (1.) Identität des Lebenssachverhalts und (2.) Identität zwischen Adressaten der Entscheidung und Partei im Zivilprozess. Die Bindungswirkung fällt weg, sobald und soweit der entscheidungserhebliche Sachverhalt im nationalen Verfahren von dem in der Kommissionsentscheidung ab-

234 Schneider in MünchKomm KartellR, 2007, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 9.

235 [2006] UKHL 38.

236 *Inntrepreneur Pub Company v. Crehan*, Opinion of Lord Hoffmann, para. 43 et seq. [2006] UKHL 38; dazu kritisch *Hanley*, 44 CMLR 817, 826 f; zustimmend *Komninos*, 44 CMLR 1387, 1404 (2007).

237 Dazu unten D.III.2.

238 *Inntrepreneur Pub Company v. Crehan*, Opinion of Lord Hoffmann, para. 67 [2006] UKHL 38; dazu *Hanley*, 44 CMLR 817, 825 (2007).

239 Schwarze in Schwarze, EU, 2. Aufl., 2009, Art. 230 Rn. 31 mwN.

240 Zu den Möglichkeiten näher Schwarze in Schwarze, EU, 2009, Art. 230 Rn. 36 ff.

241 EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-11369 Rn. 50.

242 EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-11369 Rn. 50 [Hervorhebung von mir.].

weicht²⁴³ oder die Entscheidung nicht an eine der Parteien im Folgeprozess gerichtet war.

Dieselben Grundsätze gelten auch für § 33 Abs. 4 GWB. Das folgt unmittelbar aus dem Wortlaut von § 33 Abs. 4 S. 1 GWB, weil das Gericht “insoweit an die Feststellung des Verstoßes gebunden”²⁴⁴ ist, wenn es Klagen wegen “eines Verstoßes gegen” das Wettbewerbsrecht zu entscheiden hat. Es muss sich in beiden Fällen um einen identischen Verstoß handeln. Das setzt voraus, dass im Zivilverfahren die Person verklagt wird, gegen die sich das Kartellverwaltungsverfahren richtete (§ 54 Abs. 2 Nr. 2 GWB) und der die Entscheidung der Kartellbehörden daher bekanntgegeben wurde.²⁴⁵ Nur wer als Adressat der Verfügung der Kartellbehörde und damit als Beteiligter (vgl. § 54 Abs. 2 GWB) die Möglichkeit hatte, vor der Behörde und – anschließend – auch vor dem Beschwerdegericht (vgl. § 63 Abs. 2 GWB) seinen rechtlichen Standpunkt vorzubringen, kann aus grundrechtlicher Sicht an die Feststellungen der Entscheidung gebunden sein.²⁴⁶ Der Grundsatz der zweifachen Identität ist auch noch gewahrt, wenn im Folgeverfahren der Gesamtrechtsnachfolger des Adressaten Partei ist.

Das Weißbuch folgt der Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs.²⁴⁷ Danach soll der persönliche Anwendungsbereich auf (1.) dieselben Verhaltensweisen, d.h., denselben Lebenssachverhalt, und (2.) denselben Rechtsverletzer beschränkt werden. Damit gilt – in Übereinstimmung mit Art. 16 VO 1/2003 – der Grundsatz der zweifachen Identität auch für die Bindung an Entscheidungen der NCA. Den kartellbehördlichen Entscheidungen kommt eine Bindungswirkung im Folgeverfahren insbesondere nur dann zu, wenn die Partei des Zivilverfahrens auch Adressat der kartellbehördlichen Entscheidung war. Auch dahinter steht die zutreffende Erwägung, dass nur dadurch der Grundsatz des rechtlichen Gehörs gewahrt bleibt.²⁴⁸ An sich halte ich es für sinnvoll, diese Beschränkung auch in den Text des zukünftigen Regelungsinstruments zu übernehmen und sie dahingehend zu konkretisieren, dass die Entscheidung nur Bindungswirkungen gegenüber ihren Adressaten hat. Allerdings weicht man damit vom Wortlaut des Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 ab, was die identische Auslegung beider Normen beeinträchtigen könnte. Daher sollte diese Auslegung jedenfalls in den Erwägungsgründen klargestellt werden.

Die Bindungswirkung nach Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 und § 33 Abs. 4 GWB tritt unabhängig davon ein, ob der Kläger des Kartellzivilverfahrens am Verwaltungsverfahren als Dritter iSv Art. 27 Abs. 3 VO 1/2003 oder gem. § 54 Abs. 2 GWB beteiligt war. Die Bindungswirkung setzt – anders als die Wirkungen der materiellen

243 Jaeger in FK KartR, 2006, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 7; Komninos, 44 CMLR 1387, 1398 f (2007).

244 Hervorhebung vom Verfasser.

245 Bornkamm in Langen/Bunte, 2006, § 33 Rn. 122.

246 Bornkamm in Langen/Bunte, 2006; Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB, 2007, § 34 Rn. 79; Bechtold, GWB, 2008, § 33 Rn. 39.

247 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 154.

248 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 154.

Rechtskraft - keine *triple identité*²⁴⁹ voraus. Das wird im Weißbuch zu Recht übernommen.²⁵⁰ Die Entschließung des Parlaments ist in diesem Punkt dagegen unklar, weil eine Identität "der Parteien" gefordert wird.²⁵¹ Das sollte man nicht dahingehend interpretieren, dass die Parteien im Kartellschadensersatzprozess auch "Parteien" bzw. Beteiligte im Kartellverwaltungsverfahren waren. Andernfalls wäre der mit der Bindungswirkung angestrebte Erleichterungszweck in den meisten Fällen hinfällig, weil der Geschädigte gerade nicht Beteiligter des Kartellverwaltungsverfahrens war. Exemplarisch zu nennen sind hier Verbraucherklagen, wie sie beispielsweise der Rs. *Manfredi*²⁵² zugrunde lagen. Grundrechtliche Probleme bestehen hier nicht, weil sich die Bindung des Gerichts nicht zum Nachteil des Klägers im Folgeverfahren auswirkt: Wie oben gesehen kommt nur Entscheidungen Bindungswirkung zu, die einen Wettbewerbsverstoß bejahen.²⁵³

Entfällt die Bindungswirkung, wenn der entscheidungserhebliche Sachverhalt nicht identisch ist, entstehen Folgeprobleme hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast. Ausgangspunkt einer Regelung muss Art. 2 VO 1/2003 sein. Die Bindungswirkung betrifft die "Zuwiderhandlung" iSv Art. 2 S. 1 VO 1/2003. Das bedeutet, dass der Kläger darlegen und im Zweifel beweisen muss, dass der Sachverhalt im Anschlussverfahren identisch mit demjenigen der Entscheidung der NCA ist.

4. Räumlicher Anwendungsbereich

Im Arbeitspapier zum Weißbuch begründet die Kommission in einem langen Abschnitt unter der Überschrift "Territorial scope of binding effect of NCA decisions",²⁵⁴ warum auch Entscheidungen von NCA anderer Mitgliedstaaten berücksichtigt werden. In Deutschland würde man diesen Punkt wohl eher als ein Problem des sachlichen Anwendungsbereichs diskutieren.²⁵⁵ Unter dem räumlichen Anwendungsbereich diskutiert man gemeinhin einen anderen Aspekt: Auf welches Gebiet erstreckt sich die Bindungswirkung einer Entscheidung einer NCA? Dabei handelt es sich in der Sache um einen Aspekt des Geltungsbereich der Entscheidung als hoheitlichen Akt,²⁵⁶ weil das nationale Recht (§ 33 Abs. 4 S. 1 GWB) bzw. das zu-

249 Zu der *triple identité* als Voraussetzung der *autorité relative de la chose jugée* im französischen Recht und dem Einfluss des französischen Verständnisses auf das Gemeinschaftsrecht vgl. Germelmann, Rechtskraft, 2009, 125 ff, 373 ff.

250 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 154.

251 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 25.4.2007 zu dem Grünbuch: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, Dok. P6_TA(2007)0152, Rn. 7.

252 EuGH v. 13.7.2006, Rs. 295/04-298/04 - *Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, Slg. 2006, I-6619.

253 Siehe oben C.II.2.b.

254 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 158 ff.

255 Dazu oben C.II.2.a.

256 Dazu allgemein Wagner-von Papp, Internationales Wettbewerbsrecht, in Tietje (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, 2009, 455, Rn. 82 ff.

künftige Unionsrecht der Entscheidung Auswirkungen im Ausland zuschreiben. Nach ganz überwiegender Ansicht reicht die Bindungswirkung aus § 33 Abs. 4 GWB nur soweit wie die Entscheidungskompetenz der Behörde.²⁵⁷ Sie bezieht sich danach in räumlicher Hinsicht nur auf Sachverhalte, die Auswirkungen auf den Markt des Mitgliedstaates haben, für das die NCA zuständig ist und nur soweit es um diese Auswirkungen geht.²⁵⁸ Keine Bindungswirkung besteht dann für Auswirkungen derselben wettbewerbsbeschränkenden Handlung auf andere Mitgliedstaaten.²⁵⁹ Diese Auffassung ist letztlich eine Konsequenz des unionsweit geltenden Auswirkungsprinzips.²⁶⁰ Die Kommission teilt im Arbeitspapier zum Weißbuch dieses Verständnis, wenn sie davon ausgeht, dass es der Verfahrensvereinfachung dient, wenn ein Kläger vor einem Gericht sich auf die Entscheidungen mehrerer NCA berufen kann, um Ansprüche gegen die Beteiligten eines internationalen Kartells geltend zu machen.²⁶¹ Ich möchte gleichwohl dem Max-Planck-Institut folgen, das in seiner Stellungnahme anregt, die territoriale Beschränkung der Bindungswirkung im Wortlaut zu verankern.²⁶²

5. Zeitlicher Anwendungsbereich

Für eine zeitnahe praktische Bedeutung der neuen Regelung kommt es entscheidend auf ihren zeitlichen Anwendungsbereich an. Greift die Bindungswirkung nur bei Entscheidungen, die nach dem Inkrafttreten der Richtlinie bestandskräftig geworden sind oder erfasst sie auch Entscheidungen im Zeitraum davor? Eine dritte Möglichkeit wäre es, auf den Ablauf der Umsetzungsfrist abzustellen. Die Frage ist in Deutschland nach der Einführung von § 33 Abs. 4 GWB gestellt worden.²⁶³ Man wird differenzieren müssen: Entscheidungen, die vor Inkrafttreten der Richtlinie bestandskräftig geworden sind und gegen die der Adressat keine Rechtsbehelfe eingelegt hat, entfalten keine Bindungswirkung. Insoweit steht einer tatbestandlichen Rückanknüpfung²⁶⁴ das Vertrauen des Adressaten auf den Fortbestand der bisher-

257 BT-Drs. 15/3640, 54.

258 Roth, FS U. Huber, 2006, 1134, 1153; Bechtold, GWB, 2008, § 33 Rn. 38; Logemann, Schadensersatz, 2009, 253.

259 Kritisch dazu Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB, 2007, § 33 Rn. 81.

260 Zum Auswirkungsprinzip zuletzt Wagner-von Papp, Internationales Wettbewerbsrecht, in Tietje (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, 2009, 455, Rn. 6 ff; unter dem Blickwinkel des Kartelldeliktsrechts insbesondere Roth, FS Kropholler, 2008, 623, 625 ff.

261 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 161.

262 Stellungnahme MPI, IIC 2008, 799, 803 f.

263 Offengelassen von OLG Düsseldorf v. 3.5.2006 - VI-W (Kart) 6/06 - Zementkartell, WuW/E DE-R 1755, 1757; für eine Beschränkung auf nachfolgende Entscheidungen Bechtold, GWB, 2008, § 33 Rn. 35.

264 Zutreffend Jintgen, Prozessuale Durchsetzung, 2007, 139 f; zu den Begriffen vgl. Sachs in Sachs, GG, 5. Aufl., 2009, Art. 20 Rn. 132 ff.

gen Regelung entgegen.²⁶⁵ Das folgte vor dem Inkrafttreten des Lissabon-Vertrags aus Art. 6 Abs. 1 EU aF, der den Vertrauensschutz als materielles Rechtsstaatsprinzip verankert.²⁶⁶ Jetzt dürfte sich die Rechtsgrundlage dafür in Art. 6 Abs. 3 EUV finden. Hat der Adressat allerdings Rechtsbehelfe eingelegt oder ist es bereits zu einem rechtskräftigen Urteil gekommen, bestehen aus rechtssstaatlicher Sicht keine Bedenken gegen diese unechte Rückwirkung.²⁶⁷ Für diese Fälle besteht daher kein Anlass, auf das Inkrafttreten der Richtlinie oder sogar auf den Ablauf der Umsetzungsfrist abzustellen. Zur Klarstellung dieser Rechtslage wäre es wünschenswert, wenn in der Richtlinie oder jedenfalls im nationalen Recht die zeitliche Anwendbarkeit der Bindungswirkung ausdrücklich geregelt wird.

III. Rechtsfolgen

1. Bindungswirkung: Tatbestands- oder Feststellungswirkung?

Rechtsfolge der im Weißbuch vorgeschlagenen Regelung soll es sein, dass die Gerichte „keine Entscheidungen erlassen [dürfen], die diesen Entscheidungen oder Urteilen zuwiderlaufen“.²⁶⁸ Die Parallele zum Wortlaut des Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 ist geradezu offensichtlich. Weil diese Norm im Weißbuch als der *acquis communautaire* einer Bindungswirkung für Zivilgerichte interpretiert wird,²⁶⁹ liegt es nahe, dass sich die Rechtsfolgen von Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 und dem Vorschlag im Weißbuch decken. Ganz anders formuliert dagegen § 34 Abs. 4 S. 1 GWB. Danach „ist das Gericht insoweit *an die Feststellung des Verstoßes gebunden*, wie sie in einer bestandskräftigen Entscheidung ... getroffen wurde“.²⁷⁰ Trotz des deutlich abweichenden Wortlauts, strebe das Weißbuch gerade „such a binding effect for the decisions of all NCAs“²⁷¹ an. Ich werde daher zunächst auf den Umfang der Bindungswirkung im deutschen Recht eingehen, bevor ich mich der Bindungswirkung im Unionsrecht widme.

a) § 33 Abs. 4 GWB als Feststellungswirkung

Einigkeit herrscht darüber, dass aus § 33 Abs. 4 S. 1 GWB eine Bindungswirkung für das Gericht folgt. Damit ist aber noch wenig über die Reichweite der Bindungs-

265 Anders Jüntgen, Prozessuale Durchsetzung, 2007, 140, der hier keinen Vertrauensschutz geben möchte.

266 Stumpf in Schwarze, EU, 2. Aufl., 2009, Art. 6 EUV Rn. 10 mwN.

267 Vgl. zum deutschen Verfassungsrecht Sachs in Sachs, GG, 2009, Art. 20 Rn. 136 f.

268 Weißbuch, S. 7.

269 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 139 ff.

270 Hervorhebung von mir.

271 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 143.

wirkung gesagt. Entscheidend ist, ob der Behördenentscheidung Tatbestandswirkung oder Feststellungswirkung zukommt. Hier herrscht großes terminologisches Durcheinander. In der Begründung zum RegE der 7. GWB-Novelle wird die Rechtsfolge des § 33 Abs. 4 S. 1 GWB ohne Problembewusstsein mit dem Begriff der “Tatbestandswirkung” umschrieben,²⁷² in der Literatur wird die Rechtsfolge dagegen überwiegend als “Feststellungswirkung” bezeichnet.²⁷³ Manche benutzen gleich beide Begriffe synonym²⁷⁴ und andere verwenden bewusst den Begriff der Tatbestandswirkung, um ihn von der Feststellungswirkung abzugrenzen.²⁷⁵ Beide Begriffe stammen aus dem Verwaltungsrecht und werden auch dort nicht durchweg einheitlich verwendet.²⁷⁶ Vereinfachend ausgedrückt, bezieht sich die Tatbestandswirkung nur auf die Existenz des Verwaltungsakts als solchen (Tatbestandswirkung ieS) sowie den Inhalt der Regelung (Tatbestandswirkung iwS),²⁷⁷ die Feststellungswirkung erstreckt die Bindung zudem auf der Regelung zugrundeliegende tatsächliche bzw. rechtliche Feststellungen.²⁷⁸ Man könnte auch formulieren, dass sich die Tatbestandswirkung iwS auf den verfügenden Teil (den Entscheidungstenor), die Feststellungswirkung auf die Entscheidungsgründe bezieht.²⁷⁹ Die Tatbestandswirkung ieS ist völlig unproblematisch bei rechtsgestaltenden Verwaltungsakten.²⁸⁰ Außerhalb der Fusionskontrolle hat die Rechtsfigur des gestaltenden Verwaltungsakts im Kartellrecht aber den Rückzug angetreten.²⁸¹ Nach modernem Verständnis kommt feststellenden Behördenentscheidungen jedenfalls Tatbestandswirkung iwS zu.²⁸² Das ist für Verwaltungsakte der Kartellbehörden besonders bedeutsam. Tatbestandswirkung bedeutet in diesem Zusammenhang, dass ein Gericht, ungeachtet seiner Unabhängigkeit, aufgrund von Art. 20 Abs. 3 GG und § 43 VwVfG an Akte der Exekutive gebunden ist, soweit diese eine rechtliche Regelung enthalten und nicht selbst

272 BT-Drs. 16/3640, 54; dem folgend *Hempel*, WuW 2005, 137, 143; *Bornkamm* in Langen/Bunte, 2006, § 33 Rn. 112; *Bechtold*, GWB, 2008, § 33 Rn. 35.

273 *Schütt*, WuW 2004, 1124, 1131; *Roth*, FS U. Huber, 2006, 1134, 1152 f; *Dreher*, ZWeR 2008, 325, 327 ff; *Logemann*, Schadensersatz, 2009, 255.

274 *Rehbinder* in Loewenheim/Meessen/Riesencampff, 2009, § 33 Rn. 54.

275 *Meyer*, GRUR 2006, 27, 29 f.

276 Dazu vertiefend *Seibert*, Die Bindungswirkung, 1989, 69 ff, 127 ff.

277 Instruktiv *Schroeder*, Bindungswirkung von Entscheidungen, 2006, 281 mwN; in der Terminologie abweichend *Dreher*, ZWeR 2008, 325, 328 f, der die Tatbestandswirkung nur als Tatbestandswirkung ieS versteht.

278 *Seibert*, Bindungswirkung, 1989, 129; *Ruffert* in Ehrichsen/Ehlers, Allg. VerwR, 13. Aufl., 2006, § 21 Rn. 17 ff; *Ramsauer* in Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl., 2008, § 43 Rn. 16 ff; *Sachs* in Stelfkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl., 2008, § 43 Rn. 154 ff; terminologisch abweichend *Dreher*, ZWeR 2008, 325, 329, der die Feststellungswirkung mit der Tatbestandswirkung iwS verwechselt.

279 Vgl. GA Cosmas Schlussanträge v. 16.5.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd/HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-Rn. 16; *Dreher*, ZWeR 2008, 325, 328 f (der allerdings die Tatbestandswirkung enger versteht (siehe Fn.).

280 *Schmidt*, ZWeR 2007, 394, 410 f.

281 Ebenda, 411 f.

282 *Bornkamm*, ZWeR 2003, 73, 72; *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker, GWB, 2007, § 33 Rn. 83; vertiefend *Seibert*, Bindungswirkung, 1989, 87 ff, 192 ff.

Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung sind.²⁸³ Damit ist die Tatbestandswirkung Ausfluss des Gewaltenteilungsgrundsatzes und des Rechtsstaatsprinzips, weil sie der Rechtssicherheit dient, indem sich widersprechende Entscheidungen von Verwaltungsbehörden und Gerichten verhindert werden. Davon ist selbstverständlich dann eine Ausnahme zu machen, wenn es um die Überprüfung des Verwaltungsakts als solchen geht. Dies trifft nach ständiger Rechtsprechung des BGH auch bei Amtshaftungsprozessen zu. Der BGH geht nämlich davon aus, dass die Zivilgerichte in Verfahren über Ansprüche aus Amtshaftung (§ 839 BGB iVm Art. 34 GG) die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts überprüfen müssen, selbst wenn er bestandskräftig geworden ist.²⁸⁴ Die Bestandskraft des Verwaltungsakts und die aus ihm folgende Tatbestandswirkung wird von der in die Vorfragenkompetenz der Zivilgerichte fallende Beurteilung der Rechtswidrigkeit nicht berührt.²⁸⁵ Eine auch die Zivilgerichte bindende Wirkung kommt- im Amtshaftungsprozess - nur dem rechtskräftig von einem Gericht überprüften Verwaltungsakt zu.²⁸⁶

Man muss sich aber immer den (beschränkten) Umfang der Tatbestandswirkung vor Augen halten: Die Tatbestandswirkung ist streng an die in der Entscheidung getroffene Regelung gekoppelt.²⁸⁷ Die Tatbestandswirkung einer von der Kartellbehörde ausgesprochenen Untersagungsverfügung beschränkt sich darauf, dass das Gericht diese Anordnung akzeptieren muss und keine Maßnahme treffen darf, die dem Entscheidungstenor widerspricht.²⁸⁸ Hat das BKartA einer Vertragspartei die Durchsetzung eines wettbewerbsbeschränkenden Vertrags bestandskräftig untersagt und klagt die Partei auf Erfüllung dieses Vertrages, folgt aus der Tatbestandswirkung der Abstellungentscheidung (§ 32 GWB), dass das LG die Klage abweisen muss.²⁸⁹ Der Erfüllungsanspruch ist bereits wegen der Tatbestandswirkung der bestandskräftigen Verfügung ausgeschlossen. Dagegen kommt der Verfügung keine verpflichtende rechtliche Bedeutung zu, wenn der Vertragspartner auf Schadensersatz klagt. Darüber trifft die Entscheidung keine Regelung, der Tatbestandswirkung zukommen könnte.²⁹⁰ Das kann man nur erreichen, wenn dem Verwaltungsakt auch Feststellungswirkung zukommt, weil dann eine Bindung an die Entscheidungselemente sichergestellt ist.²⁹¹ Die Feststellungswirkung geht über die Bindungswirkung hinaus und bedarf daher einer gesetzlichen Grundlage.²⁹² Sie darf nur bei eindeutigem Wortlaut der Vorschrift angenommen werden, da die Bindung an die nicht in Rechtskraft erwachsenden Feststellungen einer Entscheidung im deutschen Rechts-

283 *BVerwG*, NVwZ 2003, 742, 743.

284 BGH v. 15.11.1990 - III ZR 302/89, NJW 1991, 1168, 1169.

285 Ebenda.

286 Ebenda.

287 *BVerwG*, NJW 1995, 542, 547; *Schroeder*, Bindungswirkung, 2006, 299.

288 Vgl. *Bornkamm*, ZWeR 2003, 73, 80 ff; *Bornkamm/Becker*, ZWeR 2005, 213, 219 f.

289 *Bornkamm/Becker*, ZWeR 2005, 213, 419.

290 Vgl. *Bornkamm*, ZWeR 2003, 73, 83.

291 Vgl. *Seibert*, Bindungswirkung, 1989, 129.

292 *Seibert*, Bindungswirkung, 1989, 130 f; *BVerwG*, NJW 1995, 542.

system eine Ausnahme bildet.²⁹³ Mir erscheint es notwendig, bezüglich der Feststellungswirkung genauer zwischen der Feststellungswirkung in rechtlicher und der Feststellungswirkung in tatsächlicher Hinsicht zu unterscheiden. Bei der Feststellungswirkung in rechtlicher Hinsicht sind die Gerichte verpflichtet, die Gründe und den verfügenden Teil der Behördenentscheidung als maßgeblichen Inhalt der Regelung bei ihrer *rechtlichen* Beurteilung eines identischen Sachverhaltes zu beachten. Bei der Feststellungswirkung in tatsächlicher Hinsicht erstreckt sich die Bindung auf die dem Verwaltungsakt zugrundeliegenden Tatsachen.

Legt man diese Begriffsdefinitionen zu Grunde, muss man die in § 33 Abs. 4 S. 1 GWB angeordnete Bindungswirkung als Feststellungswirkung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht interpretieren.²⁹⁴ Die „Feststellung des Verstoßes ... in einer bestandskräftigen Entscheidung“ (§ 33 Abs. 4 S. 1 GWB) „umfasst sachlich sowohl die Tatsachen als auch deren rechtliche Beurteilung als Verstoß gegen das deutsche oder EG-Kartellrecht.“²⁹⁵ Die in § 33 Abs. 4 GWB angeordnete Feststellungswirkung in tatsächlicher Hinsicht ist aus prozessualer Sicht eine Beweisregel i. S. v. § 286 Abs. 2 ZPO.²⁹⁶ Zwar bestimmt die Vorschrift, dass die Gerichte nur in den durch „dieses Gesetz“ - also die ZPO - bezeichneten Fällen an gesetzliche Beweisregeln gebunden sind. Damit sollten jedoch nur die in Landesgesetzen aufgestellten Beweisregeln aufgehoben werden, die in Reichs- oder Bundesgesetzen enthaltenen Beweisregeln sind davon nicht betroffen.²⁹⁷ In einer Anschlussklage entscheidet das Gericht also nicht mehr nach freier Überzeugung (§ 286 Abs. 1 ZPO), ob die Tatsachen, die einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht begründen, vorliegen oder nicht. § 33 Abs 4 GWB führt dazu, dass ihr Vorliegen als bewiesen gilt. Damit sind die in der Entscheidung festgestellten Tatsachen für den Zivilprozess nicht mehr beweisbedürftig. Die Feststellungswirkung in rechtlicher Hinsicht ist dagegen keine Beweiserleichterung.²⁹⁸ Gegenstand des Beweises sind nämlich nur Tatsachen. Die Bindung des Gerichts an die von der Kartellbehörde vorgenommene rechtliche Würdigung beschränkt das Gericht in der rechtlichen Würdigung der nicht mehr beweisbedürftigen Tatsachen. Dem Gericht wird insoweit die Kompetenz entzogen, die Wettbewerbswidrigkeit des konkreten Verhaltens selbst zu beurteilen.²⁹⁹

293 BVerwG Urt. v. 27.6.1984 - 6 C 78/82, NVwZ 1985, 115, 116.

294 Vgl. Schütt, WuW 2004, 1124, 1131; Roth, FS U. Huber, 2006, 1134, 1154; Logemann, Schadensersatz, 2009, 255; vertiefend Jüntgen, Durchsetzung, 2007, 138 f; Dreher, ZWeR 2008, 325, 328 f; aA Meyer, GRUR 2006, 27, 30.

295 Bechtold, GWB, 2008, § 33 Rn. 36.

296 Näher Jüntgen, Durchsetzung, 2007, 138 f [allerdings ohne die hier vorgenommene Differenzierung].

297 BGH v. 9.7.1985 - VI ZR 214/83, NJW 1985, 2644, 2646.

298 Nicht gesehen von Dreher, ZWeR 2008, 325, 330.

299 Zur grundrechtlichen Beurteilung siehe unten D.II.1.

b) Die Bindungswirkung im Unionsrecht

Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 verpflichtet die nationalen Gerichte dazu, keine Entscheidungen zu erlassen, die der bekanntgegebenen³⁰⁰ Entscheidung der Kommission zuwiderlaufen. Zweck der Regelung ist es, im Interesse der Rechtssicherheit und einheitlichen Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts Entscheidungen nationaler Gerichte zu verhindern, die der getroffenen Entscheidung der Kommission widersprechen.³⁰¹ Den Entscheidungen der Kommission kommt also eine noch näher zu bestimmende Bindungswirkung zu. Diese Bindungswirkung ist zunächst als Abweichungsverbot zu verstehen.³⁰² Aus dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte der Vorschrift, insbesondere den beiden Entscheidungen des EuGH in den Rs. *Delimits*³⁰³ und *Masterfoods*³⁰⁴ folgt, dass Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 den Gerichten grundsätzlich die Kompetenz beläßt, zu prüfen, ob die Entscheidung der Kommission mit dem Unionsrecht übereinstimmt. Kommt das nationale Gericht dabei zu einer abweichenden Auffassung, verliert es die Entscheidungskompetenz, weil diese beim EuGH konzentriert ist (vgl. Art. 16 Abs. 1 S. 4 EuGH).³⁰⁵ Es darf keine Entscheidung treffen, die der Entscheidung der Kommission widerspricht. Dieses Abweichverbot entspricht in der Sache einer Tatbestandswirkung.³⁰⁶ Für die Auswirkung von Kommissionsentscheidungen auf Anschlussklagen kommt es aber ganz entscheidend darauf an, wie weit die Bindungswirkung reicht: Beschränkt sich Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 darauf, lediglich eine Tatbestandswirkung der Kommissionsentscheidung anzugeben oder führt die Regelung dazu, dass die Gerichte auch an die tragenden Gründe der Entscheidung gebunden sind? Mit anderen Worten: Kommt den Entscheidungen auch Feststellungswirkung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu? Die von Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 ausgehende Bindungswirkung wird in der Literatur vielfach unspezifisch dahingehend beschrieben, dass das nationale Gericht an die materiell-rechtliche Beurteilung der im Einzelfall relevanten Vereinbarung oder Verhaltensweise durch die Kommission gebunden sei.³⁰⁷ Das lässt unter Berücksichtigung von Tatbestandswirkung und Feststellungswirkung in rechtlicher und in tatsächlicher Hinsicht drei verschiedene Interpretationsmöglichkeiten zu: (1.) Die Gerichte sind nur an die in der Kommissionsentschei-

300 Siehe C.II.2.c.

301 Vgl. Erwägungsgrund (22) VO 1/2003.

302 Dazu *Komninos*, 44 CMLR 1387, 1392 ff (2007); *Ashton*, ZWeR 2008, 318, 321; *Komninos*, EC Private Antitrust Enforcement, 2008, 115 ff; zum Begriff vgl. auch *Schroeder*, Bindungswirkung, 2006, 164.

303 EuGH v. 28.2.1991, Rs. C-234/89 - *Stergiros Delimitis/Henninger Bräu AG*, Slg. 1991, I-935.

304 EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-11369.

305 EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-11369 Rn. 54, 57; *Bornkamm*, ZWeR 2003, 73, 276 f.

306 *Bornkamm*, ZWeR 2003, 73, 82 f; vertiefend dazu *Schroeder*, Bindungswirkung, 2006, 306 ff.

307 *Jaeger* in FK KartR, 2006, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 18; *Schneider* in MünchKomm KartellR, 2007, Art. 16 VO 1/2003, Rn. 1.

dung getroffene inhaltliche Regelung gebunden, die auf eine Abstellung oder sonstige Sanktionierung eines näher bestimmten Wettbewerbsverstoßes zielt. (2.) Die Bindung erstreckt sich auch auf die von der Kommission getroffenen Sachverhaltsfeststellungen. (3.) Die Gerichte sind auch an die dieser Regelung zugrundeliegende rechtliche Würdigung eines identischen Sachverhalts durch die Kommission gebunden.

Im Deutschland gibt es gewichtige Stimmen, die die Bindungswirkung lediglich als Tatbestandswirkung und gerade nicht als Feststellungswirkung interpretieren.³⁰⁸ Danach verpflichtet Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 das nationale Gericht dazu, bei der rechtlichen Würdigung der von ihm autonom festzustellenden Tatsachen, nicht von der Auffassung der Kommission abzuweichen.³⁰⁹ Das Gericht dürfe nur im Ergebnis keine Entscheidung erlassen, die ein bestimmtes Verhalten abweichend von der Kommissionsentscheidung regelt.³¹⁰ Es bleibe ihm aber unbenommen, vom Kläger zu verlangen, die Tatsachen darzulegen und zu beweisen, aus denen der Wettbewerbsverstoß folgen soll.³¹¹ Ganz anders die Auffassung der Kommission.³¹² Sie vertritt im Weißbuch die Ansicht, dass ihre vorangegangene Entscheidung “irrebuttable proof” einer Rechtsverletzung des Beklagten ist.³¹³ Das nationale Gericht ist danach sowohl an die rechtliche Würdigung als auch an die Tatsachenfeststellung gebunden.³¹⁴ Dem Gericht sind Beweisaufnahme und Beweiswürdigung verwehrt.³¹⁵ Eine Ausnahme davon gilt, wenn der Beklagte bestreitet, dass es sich um einen identischen Sachverhalt handelt.³¹⁶ Die Kommission geht also von einer Tatbestands- und Feststellungswirkung ihrer Entscheidung sowohl in tatsächlicher wie in rechtlicher Hinsicht aus.

Der Wortlaut von Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 erlaubt die von der Kommission vorgenommene Interpretation. Es dient auch dem Interesse der Rechtssicherheit, wenn die bestandskräftig gewordenen tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen in Anschlussklagen einheitlich gewürdigt werden.³¹⁷ Aus den Entscheidungen *Delimitis*³¹⁸ und *Masterfoods*³¹⁹ kann man keine gegenteiligen Schlüsse ziehen, weil Anschlussklagen in beiden Verfahren nicht Gegenstand waren. Man muss dagegen be-

308 Zuber EG-Kommission, 2001, 71 f; *Bornkamm*, ZWeR 2003, 73, 79 ff; *Bornkamm/Becker*, ZWeR 2005, 213, 220; *Bornkamm* in Langen/Bunte, 2006, § 33 Rn. 117; Roth, FS U. Huber, 2006, 1134, 1153 Rn. 100; anders aber die Zuordnung dieser Stimmen aufgrund seines eigenen abweichenden Verständnisses bei Dreher, ZWeR 2008, 325, 328 f.

309 Vgl. *Bornkamm* in Langen/Bunte, 2006, § 33 Rn. 117.

310 *Bornkamm/Becker*, ZWeR 2005, 213, 220.

311 *Bornkamm* in Langen/Bunte, 2006, § 33 Rn. 117.

312 Vgl. näher Meinungsstand *Logemann*, Schadensersatz, 2009, 157 f.

313 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 140.

314 So auch *Durner*, EuR 2004, 547, 549.

315 So auch *Kjølbe*, 39 CMLR 175, 181 (2002).

316 Siehe oben C.II.3.

317 *Logemann*, Schadensersatz, 2009, 157 f.

318 EuGH v. 28.2.1991, Rs. C-234/89 - *Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG*, Slg. 1991, I-935.

319 EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-11369.

rücksichtigen, dass die von der Kommission vertretene Auffassung die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen erleichtert und damit die praktische Wirksamkeit des unionsrechtlichen Wettbewerbsrechts stärkt.³²⁰ Aufschlussreich ist schließlich die Gerichtspraxis. In seinen Schlussanträgen zu *Masterfoods* geht GA Cosmas davon aus, dass die Bindungswirkung einen identischen rechtlichen und tatsächlichen Rahmen der Streitigkeit betrifft und neben dem verfügenden Teil auch die Gründe der Kommissionsentscheidung betrifft.³²¹ Aufschlussreich ist auch das Verständnis von Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 in der bereits oben erwähnten Entscheidung des *House of Lords* in *Inntrepreneur Pub Company v. Crehan*.³²² Entscheidungserheblich war in den Worten von Lord Hoffmann folgende Frage:

“If an action before a national court raises a question of fact which has already been decided by the Commission in proceedings relating to other participants in the same market, ought the national court to follow the Commission or is it free to reach a different conclusion?”.³²³

Die Argumentation, mit der *Lord Hoffmann* und *Lord Bingham of Cornhill* diese Frage verneinen, zeigt in aller Deutlichkeit, dass sie die Bindung des Gerichts bejahen würden, wenn es sich um eine an den Beklagten gerichtete Entscheidung der Kommission gehandelt hätte. Den Entscheidungen der Kommission kommt - in Übereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts³²⁴ - nach Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 sowohl Tatbestands- als auch umfassende Feststellungswirkung zu.

Dasselbe gilt dann für die im Regelungsvorschlag angestrebte Bindungswirkung der Entscheidungen von NCA. Dafür spricht, dass insoweit derselbe Wortlaut wie in Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 verwendet werden soll und der Verweis auf das deutsche Vorbild. Schließlich können die vom Weißbuch angestrebten Ziele der einheitlichen Anwendung und Rechtssicherheit einerseits und der verfahrensrechtlichen Effizienz andererseits nur mit einer Feststellungswirkung in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht erreicht werden. Mit einer Tatbestandswirkung ist das - wie oben festgestellt - nicht möglich. Man muss sich aber zugleich darüber klar sein, dass diese umfassende Feststellungswirkung behördlicher Entscheidungen einen hohen Preis fordert: die richterliche Entscheidungskompetenz wird in rechtlicher Hinsicht erheblich beschränkt und in tatsächlicher Hinsicht völlig ausgeschlossen. Teilt das nationale Gericht die rechtliche Einschätzung der NCA nicht, wird ihm nach dem Regelungsvorschlag die Möglichkeit genommen, abweichend zu entscheiden und ihm bleibt nur die Vorlage nach Art. 267 AEUV zum EuGH. Damit reduziert sich

320 Vgl. EuGH v. 20.9.2001, Rs. C-453/99 - *Courage/Crehan*, Slg. 2001, I-6297 Rn. 26 f.

321 GA Cosmas Schlussanträge v. 16.5.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd/HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-Rn. 16.

322 [2006] UKHL 38.

323 *Inntrepreneur Pub Company v. Crehan*, Opinion of Lord Hoffmann, para 14, [2006] UKHL 38.

324 Dazu *Schroeder*, Bindungswirkung, 2006, 208 f, 265 f, 312.

die Entscheidungskompetenz auf eine Prüfungskompetenz. Noch gravierender ist die Beschränkung in tatsächlicher Hinsicht. Bestandskräftig festgestellte Tatsachen in Entscheidungen von Kommission und NCA sind - nach deutscher prozessrechtlicher Terminologie - keine beweisbedürftigen Tatsachen mehr.³²⁵ Selbst wenn das Gericht aufgrund des Beklagenvortrags erhebliche Zweifel an den festgestellten Tatsachen haben sollte,³²⁶ bleibt es an diese gebunden. Ein Vorlageverfahren scheidet aus, weil die Feststellung und tatsächliche Bewertung der dem Ausgangsrechtsstreit zugrundeliegenden Tatsachen vom EuGH nicht im Rahmen eines Vorlageverfahrens überprüft wird. Eine volle Überprüfung der Tatsachen, die der fraglichen Entscheidung zugrunde liegen, erlaubt nur die Nichtigkeitsklage nach Art. 263 Abs. 4 AEUV³²⁷ oder deren Äquivalent im nationalen Recht. Damit fällt bei Anschlussklagen der gesamte Komplex von Tatsachenfeststellung und Beweiswürdigung nicht nur aus der richterlichen Verwerfungskompetenz, sondern bereits aus seiner Prüfungskompetenz.

c) Die Bindungswirkung gerichtlicher Entscheidungen

Abschließend ist noch kurz auf die Begründung der Bindungswirkung in den Fällen einzugehen, in denen die Entscheidung der NCA in einem gerichtlichen Verfahren rechtskräftig bestätigt wurde. Man könnte daran denken, sie auf die materielle Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen zu stützen. Danach handelte es sich bei der Frage, ob ein Wettbewerbsverstoß vorliegt, um eine Vorfrage, die bereits im Kartellverfahrensprozess mit Bindung für die nachfolgenden Verfahren verbindlich entschieden wurde. Mit diesem Ansatz kann man die in Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003, § 33 Abs. 4 S. 2 GWB und im Weißbuch vorgesehenen Bindungswirkungen aber nicht erklären. Die Bindungswirkung rechtskräftiger Entscheidungen wirkt im Unionsrecht³²⁸ wie in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen (*autorité relative de la chose jugée* im französischen Recht³²⁹ bzw. der *res judicata* im englischen Recht³³⁰) grundsätzlich nur relativ.³³¹ Die förmliche Beteiligung des Klägers des Kartellschadensersatzverfahrens im vorangegangen Kartellverwaltungsverfahren ist daher tatbestandliche Voraussetzung³³² oder subjektive Grenze³³³ der materiellen

325 Dazu oben B.II.

326 Das dies durchaus der Fall ist, zeigt die Prozessgeschichte in *Inntrepreneur Pub Company v. Crehan*, [2006] UKHL 38; dazu auch *Komninos*, 44 CMLR 1387, 1401 ff (2007) und *Hanley*, 44 CMLR 817, (2007).

327 GA Cosmas Schlussanträge v. 16.5.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd/HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-Rn. 52; *Malferrari*, EuR 2001, 605, 614.

328 Dazu vertieft *Germelmann*, Rechtskraft, 2009, 366 f.

329 Dazu näher *Germelmann*, Rechtskraft, 2009, 142 ff.

330 Dazu *Germelmann*, Rechtskraft, 2009, 233 ff.

331 Zum deutschen Recht vgl. *Germelmann*, Rechtskraft, 2009, 41 ff mwN.

332 So im französischen Recht, vgl. *Germelmann*, Rechtskraft, 2009, 125, 142 f.

Rechtskraft. Es kann durchaus vorkommen, dass der Geschädigte bereits Beteiligter am Wettbewerbsverwaltungsverfahren war. Diese Beteiligung ist in den genannten Regelungen aber gerade nicht zwingend vorausgesetzt.³³⁴ Daraus folgt, dass mit dem Institut der - je nach Ausgestaltung im nationalen Verfahrensrecht auch gerichts-zweigübergreifenden³³⁵ - materiellen Rechtskraft die Bindungswirkung aller rechtskräftigen kartellverfahrensrechtlichen Urteile nicht begründet werden kann. Selbst in den Fällen, in denen Parteiidentität besteht, stellt sich die Frage, ob man die angeordnete Bindungswirkung dieser Entscheidungen mit der materiellen Rechtskraft erklären kann. Jedenfalls im deutschen Prozessrecht herrscht ein enges Verständnis der Reichweite der materiellen Rechtskraft. Grundsätzlich nimmt weder die Tatsachenfeststellung noch die rechtliche Würdigung an der materiellen Rechtskraft teil, es sei denn, die Feststellungen in den Entscheidungsgründen werden zur Interpretation des Entscheidungstenors herangezogen.³³⁶ Wie oben herausgearbeitet, liegt die Wirkung der genannten Regelungen gerade darin, dass die Tatsachenfeststellungen und die rechtliche Würdigung des Gerichts für nachfolgende Zivilprozesse bindend sein sollen. Diese Bindung lässt sich am besten mit dem prozessualen Institut der Feststellungswirkung erklären:³³⁷ Weil eine Rechtsvorschrift dies anordnet, wird das Zivilgericht an die tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen des Kartellverwaltungsverfahrensgericht gebunden. Damit kommt es zu einem Erklärungsgleichklang zwischen der Bindungswirkung bestandskräftiger Entscheidungen von Kartellbehörden und rechtskräftigen Gerichtsentscheidungen.

d) Reichweite der Bindungswirkung

Der sachliche Umfang der Bindungswirkung ist auf die Feststellung des Wettbewerbsverstoßes beschränkt. Handelt es sich um eine Bußgeldentscheidung, nimmt auch die Feststellung der subjektiven Voraussetzungen an der Bindungswirkung teil.³³⁸ Die Bindungswirkung erstreckt sich - wie bei § 33 Abs. 4 GWB - nicht auf die übrigen Voraussetzungen des Kartellschadensersatzanspruchs.³³⁹ Dazu zählen

333 So im deutschen Recht, vgl. *Clausig* in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 17. Erg.-Lief., Bd. II, 2008, § 121 Rn. 93 ff; *Vollkommer* in Zöller, ZPO, 27. Aufl., 2009, § 325 Rn. 3.

334 Dazu oben C.II.3.

335 Vgl. art. 32 legge 10 ottobre 1990, n. 287, wonach zur Überprüfung der Entscheidungen der italienischen Wettbewerbsbehörde ausschließlich die Verwaltungsgerichte zuständig sind, während die Schadensersatzansprüche vor den Zivilgerichten geltend zu machen sind.

336 *Gottwald*, Rosenberg/Schwab/Gottwald, 2004, § 152 Rn. 8 ff; *Clausig* in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 2008, § 121 Rn. 45 ff; *Vollkommer* in Zöller, ZPO, 2009, Vor 322 Rn. 31; aus rechtsvergleichender Perspektive *Germelmann*, Rechtskraft, 2009, 51 ff.

337 Vgl. *Schenke*, Verwaltungsgerichtsordnung, 15. Aufl., 2007, § 121 Rn. 6; *Clausig* in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 2008, § 121 Rn. 39.

338 Siehe oben C.II.2.b.

339 Vgl. *Bornkamm* in Langen/Bunte, 2006, § 33 Rn. 120; *Roth*, FS U. Huber, 2006, 1134, 1154; *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker, GWB, 2007, § 33 Rn. 78; *Bechtold*, GWB, 2008, § 33 Rn. 36; *Logemann*, Schadensersatz, 2009, 255 f [jeweils zu § 33 Abs. 4 GWB].

insbesondere Schadensermittlung und Schadensumfang, haftungsbegründende und haftungsausfüllende Kausalität und - soweit es sich nicht um einen Bußgeldbescheid handelt - auch das Verschulden des Beklagten.

2. Aussetzung bei Anfechtung der Entscheidung

Aufgrund der Feststellungswirkung bestandskräftiger Entscheidungen der NCA stellt sich für das Zivilgericht die Frage, wie es zu verfahren hat, wenn die Rechtsbehelfsfrist noch nicht verstrichen ist oder über den eingelegten Rechtsbehelf noch nicht rechtskräftig entschieden ist. Praktische Bedeutung wird dabei nur der zweiten Fallgruppe zukommen. Die Fragen sind für Entscheidungen der Kommission im Wesentlichen geklärt. Hat der von der Entscheidung Betroffene Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 Abs. 4 und 6 AEUV eingelegt oder ist die Klagefrist dazu noch nicht abgelaufen soll das nationale Gericht im Regelfall³⁴⁰ das Verfahren bis zur endgültigen Entscheidung der Unionsgerichte aussetzen.³⁴¹ Diese Verhaltenspflicht stammt aus dem Unionsrecht. Unklar ist, ob die Aussetzungsgrundlage im nationalen Recht liegt (in Deutschland in § 148 ZPO)³⁴² oder ob Art. 16 Abs. 1 S. 3 VO 1/2003 die Ermächtigungsgrundlage dafür ist. Wortlaut und systematische Stellung legen es zwar nahe, dass sich die Aussetzungsmöglichkeit auf den in Art. 16 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003 geregelten Fall einer erst beabsichtigten Kommissionsentscheidung bezieht. Beide ermöglichen es jedoch, diese Wirkung auch auf die abgeschlossene, aber noch nicht formell bestandskräftig gewordene Entscheidung zu beziehen, solange der Schwebezustand andauert. Im Ergebnis bestehen keine Unterschiede, weil auch bei nationaler Rechtsgrundlage die Ermessensentscheidung des Gerichts unionsrechtlich begrenzt ist.³⁴³ Setzt das Gericht sein Verfahren aus, folgt aus dem Unionsrecht die Pflicht, zu prüfen, ob vorläufige Maßnahmen zu erlassen sind, um die Interessen der Beteiligten bis zu seiner abschließenden Entscheidung zu schützen.³⁴⁴ Diese können auch der bekanntgegebenen Kommissionsentscheidung zuwiderlaufen.³⁴⁵

Die Rechtslage ist hinsichtlich der Entscheidungen der NCA schwieriger. Die Kommission möchte die nationalen Gerichte "ermuntern", eine Aussetzung des

340 Zur gleichzeitig zulässigen Vorlage an den EuGH siehe EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-11369 Rn. 57; kritisch dazu *Bornkamm*, ZWeR 2003, 73, 78 f.; vertiefend zum Vorgehen des nationalen Gerichts *Malferrari*, EuR 2001, 605, 610 ff.; *Hirsch*, ZWeR 2003, 233, 249 f.; *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, 2005, § 8 Rn. 114 ff.; *Jaeger* in FK KartR, 2006, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 19.

341 EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-11369 Rn. 57.

342 So *Bornkamm*, ZWeR 2003, 73, 83; *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, 2005, § 8 Rn. 117 f.

343 *Kjolbe*, 39 CMLR 175, 183 (2002); *Schmidt*, ZWeR 2007, 394, 413 f.

344 Vgl. EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-11369 Rn. 58.

345 *Jaeger* in FK KartR, 2006, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 20.

Schadensersatzprozesses zu bedenken, bis die Entscheidung der NCA formell bestandskräftig wurde oder rechtskräftig bestätigt wurde. Fest steht, dass eine Pflicht zur Aussetzung jedenfalls nicht aus dem primären Unionsrecht abgeleitet werden kann. Der EuGH hat die Aussetzungsverpflichtung bei Kommissionentscheidungen aus dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (jetzt Art. 4 Abs. 3 EUV) abgeleitet.³⁴⁶ Dieser Begründungsansatz kann ein Gericht im Verhältnis zur eigenen Kartellbehörde oder zu NCA anderer Mitgliedstaaten nicht binden.³⁴⁷ Die Aussetzung eines Schadensersatzprozesses, um die rechtskräftige Entscheidung abzuwarten, kann daher nur nach nationalem Recht erfolgen. In Deutschland ermöglicht § 148 ZPO im Ergebnis eine Aussetzung.³⁴⁸ Danach steht die Aussetzung im Ermessen des Gerichts. Eine Pflicht zur Aussetzung besteht nicht.³⁴⁹ Das Gericht kann daher unter Beachtung des unionsrechtlich verankerten Grundsatzes des effektiven Rechtsschutzes³⁵⁰ auch in der Sache selbst entscheiden, ohne die Entscheidung der NCA abzuwarten.³⁵¹ Damit besteht zwar die Gefahr widersprechender Entscheidungen, wenn die NCA zu einem anderen Ergebnis kommt. Diese wird aber vom Weißbuch bewusst hingenommen, weil nur formell bestandskräftige Entscheidungen Bindungswirkung erzeugen sollen. Inwieweit das Problem in Anschlussklagen überhaupt praxisrelevant wird, hängt maßgeblich von der Ausgestaltung der Verjährung von Schadensersatzansprüchen ab. Setzt sich die Kommission mit ihrem Vorschlag durch, mit bestandskräftiger Entscheidung der NCA oder Rechtskraft der bestätigenden Gerichtsentscheidung eine neue Verjährungsfrist beginnen zu lassen,³⁵² wird es sich in der Praxis nicht stellen.

3. Vorlage an den EuGH

Alle drei hier untersuchten Regelungsinstrumente stellen ausdrücklich klar, dass die Bindungswirkung unbeschadet der Vorlagemöglichkeit und -pflicht aus Art. 267 AEUV gilt (Art. 16 Abs. 1 S. 4 VO 1/2003, § 33 Abs. 4 S. 3 GWB und das Weißbuch³⁵³). Das geht zurück auf die *Masterfoods*-Entscheidung.³⁵⁴ Ob das Vorabentscheidungsersuchen zulässig ist, bestimmt sich ausschließlich nach Art. 267 AEUV.

346 EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd.*, Slg. 2000, I-11369 Rn. 57.

347 Dazu näher unten D.II.1.

348 Zu den Voraussetzungen allgemein *Stadler* in Musielak, ZPO, 6. Aufl., 2008, § 148 Rn. 6 f; speziell zur Aussetzung wegen der Vorgreiflichkeit einer Behördenentscheidung *Roth* in Stein/Jonas, ZPO, 21. Aufl., 1994, § 148 Rn. 119 ff.

349 OLG Düsseldorf v. 3.5.2006 - VI-W (Kart) 6/06 - *Zementkartell*, WuW/E DE-R 1755, 1757.

350 EuGH v. 19.1.1991, Rs. C-249/88 - *Kommission/Belgien*, Slg. 1991, I-1275 Rn. 23.

351 Vgl. zu den dafür sprechenden Gründen *Zuber*, EG-Kommission, 2001, 36 ff.

352 Weißbuch, S. 10; Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 237 ff.

353 Weißbuch, S. 7.

354 EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd.*, Slg. 2000, I-11369 Rn. 57.

Das wirft im Zusammenhang mit Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 die praktisch wichtige Frage auf, ob ein Vorabentscheidungsersuchen unzulässig ist, wenn das betroffene Unternehmen keine Nichtigkeitsklage erhoben hat obwohl diese offensichtlich zulässig und zumutbar gewesen wäre.³⁵⁵ Der EuGH geht seit der *TWD*-Entscheidung grundsätzlich davon aus, dass die in Art. 263 Abs. 6 AEUV (ex Art. 230 Abs. 5 EG) enthaltenen Klagefristen der Wahrung der Rechtssicherheit dienen sollen: Sie verhindern, dass das Rechtswirkungen entfaltende Unionshandeln wieder und wieder in Frage gestellt wird.³⁵⁶ Auch die Person, die die Entscheidung offensichtlich anfechten können und die vorgesehene Klagefrist hat verstreichen lassen, soll nicht die Möglichkeit haben, vor den nationalen Gerichten ihre Rechtmäßigkeit erneut in Frage zu stellen, um ihr nicht die Möglichkeit zu bieten, die Bestandskraft, die die Entscheidung ihr gegenüber nach Ablauf der Klagefrist besitzt, zu umgehen.³⁵⁷ Die (formelle) Bestandskraft einer Entscheidung trägt daher zur Rechtssicherheit bei.³⁵⁸ Diese Rechtsprechung wird regelmäßig auf die Bindung an kartellrechtliche Entscheidungen übertragen.³⁵⁹ Das verschärft im Ergebnis die Ohnmacht des nationalen Richters: Ihm bleibt nur mehr die Möglichkeit, sich der Beurteilung der Kommission anzuschließen, auch wenn er sie nicht mit Art. 101 oder 102 AEUV für vereinbar hält. Ihm wird damit auch die Prüfungskompetenz entzogen. Das wirft gravierende Probleme auf.³⁶⁰ Man könnte versuchen, die Unzulässigkeit auf die Fälle zu beschränken, in denen die Anregung zur Vorlage von der Partei des Ausgangsrechtsstreits ausgeht, die die Entscheidung anfechten hätte können, während Vorlagen, die das nationale Gericht anstrengt, weil es die Kommissionsentscheidung als unvereinbar mit Art. 101 und 102 AEUV ansieht, dagegen zulässig bleiben.³⁶¹ Das kann nicht überzeugen, weil es in der Praxis zu unüberwindlichen Abgrenzungsschwierigkeiten führt. Dennoch ist bei der Übertragung der *TWD*-Grundsätze auf Folgeklagen Zurückhaltung geboten. Dafür sprechen drei Erwägungen: (1.) In Folgeverfahren stellt sich die Frage nach der Feststellungswirkung der Kommissionsentscheidung. Die *TWD*-Entscheidung behandelte dagegen ein Problem der Tatbestandswirkung einer bestandskräftigen Kommissionsentscheidung. Aus der Vorlagefrage ergibt sich deutlich, dass das Verwaltungsgericht die Klage als unbegründet abweisen müsste,

355 Vertiefend zum Problem *Schwarze* in Schwarze, EU, 2009, Art. 234 EG Rn. 24.

356 EuGH v. 9.3.1994, Rs. 188/92 - *TWD Textilwerke Deggendorf/Deutschland*, Slg. 1994, I-833 Rn. 16.

357 EuGH v. 9.3.1994, Rs. 188/92 - *TWD Textilwerke Deggendorf/Deutschland*, Slg. 1994, I-833 Rn. 17 f. Siehe dazu näher Kamann/Selmayr, NVwZ 1999, 1041, 1042 f.

358 Vgl. EuGH v. 13.1.2004, Rs. C-453/00 - *Kihne & Heitz NV/Produktschap voor Pluimvee en Eieren*, Slg. 2004, I-837 Rn. 24.

359 So GA Cosmas Schlussanträge v. 16.5.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd/HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-Rn. 41 f; *Kjølbe*, 39 CMLR 175, 183 (2002); *Berrisch/Burianski*, WuW 2005, 878, 882; *Jaeger* in FK KartR, 2006, Art. 16 Vo 1/2003; *Meyer*, GRUR 2006, 27, 33; *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker, GWB, 2007, § 33 Rn. 89; *Rehbinder* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, 2009, § 33 Rn. 55.

360 Dazu unten D.III.

361 *Schroeder*, Bindungswirkung von Entscheidungen, 2006, 270 f (im Ergebnis aber verneinend).

wenn die Entscheidung nicht überprüft werden darf, weil ihr insoweit Tatbestandswirkung zukommt.³⁶² Der EuGH betont die Funktion der formellen Bestandskraft, „das Rechtswirkungen entfaltende Gemeinschaftshandeln“ im Interesse der Rechtsicherheit nicht wiederholt in Frage zu stellen.³⁶³ Die Rechtswirkung der Kommissionsentscheidung ergibt sich aus ihrem Entscheidungstenor. Daher ist es folgerichtig, wenn der EuGH in der Rs. *Masterfoods* die Vorlage nach Art. 267 AEUV an die Voraussetzung knüpft, dass der Adressat der Entscheidung der Kommission innerhalb der vorgesehenen Frist eine Nichtigkeitsklage erhoben hat.³⁶⁴ In *Masterfoods* ging es um eine Konstellation, in der die Tatbestandswirkung der Kommissionsentscheidung fraglich war. Die Tatbestandswirkung wird bei einer anderen Beurteilung desselben Sachverhalts im folgenden Schadensersatzprozeß gerade nicht tangiert. Folgt der EuGH der Rechtsauffassung des nationalen Gerichts im Folgeverfahren, ändert dies nichts an der Bestandskraft der Kommissionsentscheidung und deren Tatbestandswirkung. Daher können die Grundsätze der *TWD*-Entscheidung nicht ohne weiteres auf die von der Tatbestandswirkung streng zu unterscheidende Feststellungswirkung übertragen werden. (2.) Die Vorlagemöglichkeit nationaler Gerichte ist ein wesentliches Argument dafür, die Einschränkung ihrer Entscheidungskompetenzen zu rechtfertigen.³⁶⁵ (3.) Art. 267 AEUV ist ein Instrument der Zusammenarbeit von nationalen Gerichten und EuGH.³⁶⁶ Im Rahmen dieser Zusammenarbeit kann das mit dem Rechtsstreit befasste nationale Gericht, in dessen Verantwortungsbereich die zu erlassende Entscheidung fällt, im Hinblick auf den Einzelfall sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung für den Erlass seines Urteils als auch die Erheblichkeit der Fragen, die es dem Gerichtshof vorlegt, am besten beurteilen.³⁶⁷ Hält das Gericht die Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV auf den Sachverhalt für unvereinbar mit dem Unionsrecht, verlangt die objektive Funktion des Art. 267 AEUV, dass es seine Bedenken dem EuGH vorlegen kann. Betreffen diese Fragen die Auslegung des Unionsrechts, so ist der Gerichtshof daher grundsätzlich gehalten, darüber zu befinden.³⁶⁸ Andernfalls wäre die behauptete Zusammenarbeit zu einer leeren Hülse reduziert.³⁶⁹

Das Problem wird sich bei der im Weißbuch vorgeschlagenen Regelung verschärft, wenn auch in anderer Form, stellen. Die Zulässigkeit einer Vorlage des nationalen Gerichts im Folgeverfahren wird mit Blick auf die *TWD*-Entscheidung von manchen bezweifelt werden. Eine Nichtigkeitsklage vor Unionsgerichten ist für den Betroffenen einer Entscheidung der NCA zwar offensichtlich unzulässig. Damit

362 Vgl. EuGH v. 9.3.1994, Rs. 188/92 - *TWD Textilwerke Deggendorf/Deutschland*, Slg. 1994, I-833 Rn. 8 f.

363 Ebenda, Rn. 16.

364 EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-11369 Rn. 55.

365 Dazu unten D.III.3.

366 EuGH v. 4.7.2006, Rs. C-212/04 - *Adeneler/ELOG*, Slg. 2006, I-6057 Rn. 40.

367 Ebenda, Rn. 41.

368 Ebenda.

369 Vgl. *Bartels*, ZfRV 2002, 83, 92.

stellt sich das Konkurrenzproblem zwischen Art. 263 Abs. 4 und Art. 267 AEUV schon im Ausgangspunkt nicht. Allerdings könnte man sich auf den Standpunkt stellen, dass der Betroffene Rechtsschutz vor nationalen Gerichten hätte erlangen können und mit der Vorlagefrage eines Gerichts die Möglichkeit habe, die im nationalen Recht ihm gegenüber erwachsene Bestandskraft der Entscheidung zu umgehen. Danach wäre ein Verfahren nach Art. 267 AEUV unter Verweis auf den Grundsatz der Rechtssicherheit wegen der (formellen) Bestandskraft der kartellbehördlichen Entscheidung unzulässig. Das wirft erhebliche Probleme auf, weil damit im Ergebnis die selbstständige Entscheidungskompetenz der nationalen Gerichte - vor allem in der Konstellation einer unanfechtbaren Entscheidung der NCA eines anderen Mitgliedstaates - ausgeschlossen wäre. Aus meiner Sicht greifen in dieser Konstellation die Grundsätze der *TWD*-Entscheidung nicht. Sie sind nach hier vertretener Auffassung für Folgeklagen ohnehin nicht einschlägig. Zum anderen war dem Gerichtshof daran gelegen, zu verhindern, dass „das Rechtswirkungen entfaltende *Gemeinschaftshandeln* wieder und wieder in Frage gestellt wird“.³⁷⁰ Darum geht es bei der Bindungswirkung unanfechtbarer Entscheidungen von NCA gerade nicht. Die Unanfechtbarkeit der Entscheidung folgt aus dem nationalen Verfahrensrecht, auch wenn Art. 101 oder 102 AEUV angewendet wird.³⁷¹ Der Umgehungsgedanke kann hier nicht dazu führen, dass es einem nationalen Gericht verwehrt wird, die Unionsgerichte das erste Mal mit dieser Frage zu beschäftigen. Im Ergebnis ist daher eine Vorlage des nationalen Gerichts im Folgeverfahren nach Art. 267 AEUV auch dann zulässig, wenn der Adressat der Entscheidung der NCA dagegen keinen Rechtsbelehr nach nationalem Recht eingelegt hat.

IV. Zwischenergebnis

Bei der Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen muss man drei Fälle unterscheiden: (1.) Die Bindung an Entscheidungen der Kommission wird von Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 geregelt. (2.) Die Bindung an Entscheidungen der eigenen Kartellbehörde wird in manchen Mitgliedstaaten – darunter Deutschland, § 33 Abs. 4 GWB – vorgesehen, während in anderen Mitgliedstaaten – darunter Italien – eine rechtliche Bindung des Zivilgerichts abgelehnt wird. (3.) In Deutschland ordnet § 33 Abs. 4 GWB auch eine Bindung an kartellbehördliche Entscheidungen anderer Mitgliedstaaten an. Die Analyse von Tatbestand und Rechtsfolgen der im Weißbuch vorgeschlagenen Bindungswirkung muss von Art 16 Abs. 1 VO 1/2003 und § 33 Abs. 4 GWB ausgehen, weil es sich dabei um die Vorbilder des Regelungsvorschlags handelt.

Adressaten der Bindungswirkung sind Gerichte der Mitgliedstaaten, die nach Art. 267 AEUV vorlageberechtigt sind. Das Weißbuch beschränkt die Bindungswir-

370 EuGH v. 9.3.1994, Rs. 188/92 - *TWD Textilwerke Deggendorf/Deutschland*, Slg. 1994, I-833 Rn. 16 [Hervorhebung von mir].

371 Vgl. *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, 2005, §7 Rn. 55.

kung auf Schadensersatzklagen. Das ist politischer Zweckmäßigkeit geschuldet. Sinnvoller wäre es, die Bindungswirkung auf alle Verfahren in Zivil- und Handels- sachen zu erstrecken. Die Bindungswirkung erstreckt sich auf Entscheidungen nationaler Wettbewerbsbehörden, unabhängig davon, ob es sich um die Kartellbehörde im eigenen oder in einem anderen Mitgliedsstaat handelt. In den sachlichen Anwendungsbereich der Bindungswirkung fallen nur Entscheidungen, in denen ein Verstoß gegen das europäische Wettbewerbsrecht positiv festgestellt wurde. Dazu zählen auch einstweilige Anordnungen. Verpflichtungszusagen nationaler Wettbewerbsbehörden fallen nicht darunter. Voraussetzung ist, dass die Entscheidung bestandskräftig geworden ist. Wird die Entscheidung angefochten, sollte maßgeblich auf die Gerichtsentscheidung abgestellt werden, mit der die Anfechtung rechtskräftig zurückgewiesen wird. Der Begriff der Bestandskraft ist autonom unionsrechtlich auszulegen und erfasst in der Sache unanfechtbare Entscheidungen. Ob die Entscheidung unanfechtbar ist, hängt dann von den jeweiligen nationalen Rechtsbehelfen und Klagefristen ab. Problematisch sind in diesem Zusammenhang außerordentliche Rechtsbehelfe wie die Verfassungsbeschwerde im deutschen Recht. Der persönliche Anwendungsbereich wird maßgeblich vom Grundsatz zweifacher Identität bestimmt. Die Entscheidung bindet das Zivilgericht nur, wenn (1.) Identität des Lebenssachverhalts besteht und (2.) der Adressat der Entscheidung mit einer Partei im Zivilprozess identisch ist. Keine Bindungswirkung besteht, sobald und soweit der entscheidungserhebliche Sachverhalt im Zivilverfahren vom Verwaltungsverfahren abweicht oder die Entscheidung nicht an eine der Parteien im Folgeprozess adressiert ist. Die Mitwirkung der anderen Partei des Zivilverfahrens als Beteiligte am Kartellverfahren ist dagegen nicht notwendig. Der räumliche Anwendungsbereich beschränkt die Bindungswirkung auf die Auswirkungen auf den Markt des Mitgliedstaates, für den die erlassende Kartellbehörde – auch innerhalb des Europäischen Wettbewerbsnetzes – zuständig ist. Vom zeitlichen Anwendungsbereich sind nur die Fälle zwingend auszuschließen, in denen die Entscheidung vor Inkrafttreten der Richtlinie bestandskräftig geworden ist, weil der Adressat keine Rechtsbehelfe eingelegt hat.

Erhebliche Schwierigkeiten wirft die dogmatische Einordnung der Rechtsfolgen der angestrebten Bindungswirkung auf. Man muss zwischen der Tatbestandswirkung und der Feststellungswirkung unterscheiden. Bei letzterer kann man weiter zwischen der Feststellungswirkung in tatsächlicher und in rechtlicher Hinsicht differenzieren. Eine Tatbestandswirkung ist streng an die in der Entscheidung getroffene Regelung gekoppelt. Bei einer Feststellungswirkung in rechtlicher Hinsicht ist das Gericht verpflichtet, den verfügenden Teil und die Gründe der Entscheidung seiner eigenen rechtlichen Beurteilung zugrunde zu legen. Bei einer Feststellungswirkung in tatsächlicher Hinsicht erstreckt sich diese Bindung auch auf die der Entscheidung zugrunde liegenden Tatsachen. Diese sind im Folgeverfahren nicht mehr beweisbedürftig. § 33 Abs. 4 GWB ordnet eine Feststellungswirkung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht an. Dasselbe gilt – entgegen gewichtiger Stimmen – auch für die Bindung an Kommissionsentscheidungen nach Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003. Der

Regelungsvorschlag im Weißbuch kann die mit ihm verfolgten Ziele nur erreichen, wenn man ihn ebenfalls als Anordnung einer Feststellungswirkung in tatsächlicher und in rechtlicher Hinsicht interpretiert. Ist nicht die Entscheidung selbst, sondern ein sie bestätigendes, rechtskräftiges Gerichtsurteil Grundlage der Bindungswirkung, handelt es sich nicht um einen Anwendungsfall materieller Rechtskraft sondern um eine prozessuale Feststellungswirkung. Wurde die Entscheidung der Kartellbehörde angefochten, kann das nationale Zivilgericht das Verfahren aussetzen, wenn das nationale Recht eine Aussetzung erlaubt (Grundsatz der verfahrensrechtlichen Autonomie der Mitgliedstaaten). Eine unionsrechtliche Pflicht dazu besteht nicht. Ist das Gericht der Auffassung, dass die nationale Wettbewerbsbehörde das europäische Wettbewerbsrecht falsch angewendet hat, kann es das Verfahren aussetzen und dem EuGH vorlegen. Das gilt auch dann, wenn der Adressat nicht fristgerecht Rechtsbehelfe gegen die Entscheidung eingelegt hat.

D. Rechtfertigung und Rechtfertigungsprobleme der Bindungswirkung

I. Die Rechtfertigung der angestrebten Bindungswirkung im Weißbuch

Nach Auffassung der Kommission ist die Bindung nationaler Gerichte an Entscheidungen der NCA erforderlich, um im nationalen Verfahrensrecht wirksame Mechanismen zur Verfügung zu stellen, damit die Geschädigten von Wettbewerbsverstößen ihre unionsrechtlich gesicherten Schadensersatzansprüche vollumfänglich durchsetzen können.³⁷² Sie stützt diese Behauptung im Wesentlichen auf vier positive Gründe und versucht zwei mögliche Einwände zu entkräften:

1. *consistent application*: Die einheitliche Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV von den verschiedenen nationalen Institutionen werde sichergestellt,³⁷³
2. *legal certainty*: das führe zu einem höheren Maß an Rechtssicherheit,³⁷⁴
3. *effectiveness*: dadurch werde die Wirksamkeit von kartellrechtlichen Schadensersatzklagen verbessert,³⁷⁵
4. *procedural efficiency*: und ihre verfahrensrechtliche Effizienz werde gesteigert.³⁷⁶
Dieser Aspekt wird deutlich hervorgehoben. Weil der Kläger den bereits von einer NCA festgestellten Wettbewerbsverstoß nicht erneut förmlich beweisen müsse,³⁷⁷ würden Zivilgerichte von der Notwendigkeit befreit, die bereits von einer dafür institutionell besser ausgestatteten Behörde untersuchten und bewerteten

372 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 143; Folgenabschätzung Weißbuch, Rn. 57 f.

373 Weißbuch, S. 6 f.; Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 144.

374 Weißbuch, S. 6 f.; Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 144.

375 Weißbuch, S. 7; Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 144.

376 Weißbuch, S. 7.

377 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 145.

Tatsachen erneut zu überprüfen.³⁷⁸ Damit vermeide man unnötige Mehrkosten, Zeitverluste und zusätzliche Unwägbarkeiten für die Schadensersatzklage der Betroffenen.³⁷⁹ Will man diese Nachteile für alle Geschädigten vermeiden, sei es notwendig, die Bindungswirkung auf alle nationalen NCA zu erstrecken, weil die jeweilige NCA besonders gut dafür gerüstet sei, Wettbewerbsverstöße auf dem eigenen Territorium zu verfolgen.³⁸⁰ Die Bindung an die Entscheidungen aller NCA schaffe auch erhebliche Anreize zur konzentrierten Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen mehrere Beklagte vor einem nationalen Gericht (vgl. Art. 6 Abs. 1 Brüssel I-VO).³⁸¹

5. *Kein Verstoß gegen den Grundsatz der Unabhängigkeit der Justiz und den Gewaltenteilungsgrundsatz.*³⁸² Die Bindung des Zivilgerichts an die Feststellung in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht einer Entscheidung der Kommission wird seit Beginn der Modernisierung unter Verweis auf zwei Prinzipien kritisiert:³⁸³ (1.) Die Bindungswirkung verstöße gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung, weil die Judikative an eine Entscheidung der Exekutive gebunden sei. (2.) Damit werde zugleich auch der Grundsatz der Unabhängigkeit der Gerichte verletzt. Weil zu erwarten war, dass diese Aspekte in der Kritik am Weißbuch erneut vorgebracht werden,³⁸⁴ nahm die Kommission dazu Stellung und verteidigt ihren Vorschlag. Weil nur bestandskräftigen Entscheidungen³⁸⁵ Bindungswirkung zu kommt, handle es sich in den meisten Fällen um Entscheidungen, die ihrerseits durch rechtskräftige Gerichtsurteile bestätigt worden sind, so dass in der Sache eine Ausprägung allgemein anerkannter Grundsätze vorliege, nach denen solche Entscheidungen bindend auch für andere Staaten sein können.³⁸⁶ Darüber hinaus habe jedes nationale Gericht die Möglichkeit, mit einer Vorlage nach Art. 267 AEUV den EuGH von seiner abweichenden Rechtsauffassung zu überzeugen.³⁸⁷
6. *Effektiver Rechtsschutz:* Implizit geht das Arbeitspapier auch davon aus, dass die Bindungswirkung nicht gegen das im Unionsrecht (Art. 47 Grundrechtecharta³⁸⁸ iVm Art. 6 Abs. 1 EUV) und in Art. 6 EMRK³⁸⁹ iVm Art. 6 Abs. 3 verankerte

378 Weißbuch, S. 7; Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 146.

379 Weißbuch, S. 7.

380 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 160.

381 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 161.

382 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 148.

383 Vgl. Möschel, WuW 2001, 147, 148, vertiefend Durner, EuR 2004, 547, 562 ff.

384 Vgl. dazu die Nachweise in Fn. 18.

385 Dazu oben C.II.2.c.

386 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 149.

387 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 150, 162.

388 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABI C 303 v. 14.12.2007, 1.

389 Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 4.11.1950, BGBl. 1952 II 685, 953, Neubek. BGBl. 2002 II 1054. Nach Art. 6 Abs. 2 des Vertrags über die Europäische Union i.d.F. des Vertrags von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, v. 13.12.2007, wird die Union der EMRK beitreten. Die dort verankerten Grundrechte gelten nach Art. 6 Abs. 3 EU als „allgemeine Grundsätze des Unionsrechts“.

Recht auf effektiven Rechtsschutz und faires Verfahren³⁹⁰ verstöße. Der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes sei gewahrt, weil gegen die Entscheidungen der NCA in allen Mitgliedstaaten Rechtsbehelfe vor staatlichen Gerichten möglich seien und diese Gerichte sind institutionell am besten dafür geeignet seien, die Richtigkeit der tatsächlichen und rechtlichen Annahmen der NCA zu überprüfen.³⁹¹ Deshalb seien keine Gründe ersichtlich, die für eine erneute Überprüfung derselben Annahmen sprechen würden.³⁹²

II. Keine Bindungswirkung kraft primären Unionsrechts

Das Weißbuch schlägt die Regelung einer Bindungswirkung für nationale Zivilgerichte erstmals vor. Offensichtlich geht die Kommission davon aus, dass die vorgeschlagene Bindungswirkung nicht aus dem primären Unionsrecht folgt. Ganz selbstverständlich ist das nicht: (1.) Die Bindungswirkung könnte sich bereits aus den Grundsätzen in *Delimitis*³⁹³ und *Masterfoods*³⁹⁴ ergeben. (2.) Daneben könnte es sich um einen Anwendungsfall des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung handeln.

1. Anwendungsfall der Delimitis- und Masterfoods-Grundsätze?

Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 bindet die Zivilgerichte lediglich an die Feststellungen, die von der Kommission getroffen werden. Dabei handelt es sich um eine Regelung des sekundären Unionsrechts, die ihre Grundlage allerdings im primären Unionsrecht hat. Das ergibt sich aus den Entscheidungen des EuGH in den Rs. *Delimitis*³⁹⁵ und *Masterfoods*.³⁹⁶ Die Bindungswirkung von Komissionsentscheidungen beruht danach auf vier Pfeilern: (1.) die Zuständigkeit der Kommission für die einheitliche Anwendung des Unionswettbewerbsrechts,³⁹⁷ (2.) der aus Art. 4 Abs. 3 EUV (ex-Art. 10 EG) folgenden Pflicht der nationalen Gerichte, alle zur Erfüllung der unionsrechtlichen Verpflichtungen geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonde-

390 Dazu näher unten D.III.

391 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 146 f.

392 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 147 f.

393 EuGH v. 28.2.1991, Rs. C-234/89 - *Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG*, Slg. 1991, I-935.

394 EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-11369.

395 EuGH v. 28.2.1991, Rs. C-234/89 - *Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG*, Slg. 1991, I-935.

396 EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-11369.

397 EuGH v. 28.2.1991, Rs. C-234/89 - *Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG*, Slg. 1991, I-935 Rn. 44 ff; EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-11369 Rn. 45-48.

rer Art zu treffen,³⁹⁸ (3.) der Verbindlichkeit einer Kommissionsentscheidung³⁹⁹ und (4.) dem Grundsatz der Rechtssicherheit.⁴⁰⁰ Man könnte erwägen, dass diese Grundsätze die Zivilgerichte bereits nach geltendem Unionsrecht an die Entscheidungen der NCA binden.⁴⁰¹ Erwägungsgründe (2.) (3.) und (4.) sprechen hier deutlich dafür, den bestandskräftigen Entscheidungen der NCA oder rechtskräftigen Urteilen *eine* Bindungswirkung zukommen zu lassen. Zur Sicherung des Grundsatzes der Rechtssicherheit trägt nach Auffassung des Gerichtshofs insbesondere die Bestandskraft von Verwaltungsentscheidungen bei.⁴⁰² Allerdings ist mit Nachdruck auf den Umfang *dieser* Bindungswirkung hinzuweisen: Es kann sich nur um eine *Tatbestandswirkung* handeln. Hat eine NCA ein Unternehmen bestandskräftig aufgefordert, eine Zu widerhandlung gegen Art. 101 und 102 AEUV abzustellen, folgt aus dem Grundsatz der Rechtssicherheit, dass der bestandskräftige Tenor der Verwaltungsentscheidung von allen Organen des eigenen sowie anderer Mitgliedstaaten zu respektieren ist.⁴⁰³ Die Gerichte der Mitgliedstaaten dürfen keine Maßnahmen treffen, die dem Entscheidungstenor zuwiderlaufen. Eine darüber hinausgehende Bindung auch an die Feststellungen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht kann insoweit weder mit Art. 4 Abs. 3 EUV noch mit dem allgemeinen Grundsatz der Rechtssicherheit begründet werden.⁴⁰⁴ Der Grundsatz der Rechtssicherheit ist nicht beeinträchtigt, weil eine abweichende Beurteilung des Sachverhalts im Zivilprozess die Bestandskraft der kartellbehördlichen Entscheidung unberührt lässt. Die abweichende Beurteilung des Zivilgerichts im Folgeverfahren verstößt auch nicht gegen Art. 4 Abs. 3 EUV. Daraus lässt sich kein im Primärrecht wurzelnder Vorrang behördlicher Sachverhaltsfeststellungen und rechtlicher Würdigung gegenüber den Zivilgerichten in Folgeverfahren ableiten. Die Zivilgerichte und die NCA sind vielmehr gleichberechtigt zur Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts verpflichtet. Dazu kommt, dass bei der zivilgerichtlichen Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts der Grundsatz der verfahrensrechtlichen Autonomie der Mitgliedstaaten zu beachten ist. Im Ergebnis lässt sich die angestrebte Bindungswirkung nicht aus dem Primärrecht ableiten. Sie bedarf einer ausdrücklichen Anordnung im Sekundärrecht.

398 EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-11369 Rn. 49.

399 Ebenda, Rn. 50.

400 EuGH v. 28.2.1991, Rs. C-234/89 - *Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG*, Slg. 1991, I-935 Rn. 47; EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-11369 Rn. 51.

401 Zum Problem vertiefend *Komninos*, 44 CMLR 1387, 1396 f (2007); *Komninos*, EC Private Antitrust Enforcement, 2008, 117 f.

402 EuGH v. 13.1.2004, Rs. C-453/00 - *Kühne & Heitz NV/Produktschap voor Pluimvee en Eieren*, Slg. 2004, I-837 Rn. 24.

403 Vgl. *Zuber*, EG-Kommission, 2001, 63 f; *Bornkamm*, ZWeR 2003, 73, 77 f, 80 f

404 Vgl. *Durner*, EuR 2004, 547, 558 ff [allerdings zur Bindung an Kommissionsentscheidungen, insoweit allerdings unzutreffend].

2. Anerkennungspflichten mitgliedstaatlicher Verwaltungsakte

Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung basiert auf der in Art. 34 und 36 AEUV (ex-Art. 28, 30 EG) geschützten Warenverkehrsfreiheit⁴⁰⁵ und geht zurück auf die *Cassis de Djion*-Entscheidung des EuGH.⁴⁰⁶ Aufgrund dieses Prinzips kann ein Bestimmungsmitgliedstaat die Vermarktung eines Erzeugnisses aus einem anderen Mitgliedstaat in seinem Hoheitsgebiet nicht untersagen, auch wenn die technischen und qualitativen Auflagen für dieses Erzeugnis von denjenigen abweichen, denen in seinem Land hergestellte Erzeugnisse unterliegen. Daraus folgt eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, die in einzelnen Verwaltungsakten getroffene Regelung der Herkunftsstaaten anzuerkennen.⁴⁰⁷ Die gegenseitige Anerkennung ist allerdings an das Recht des Bestimmungsmitgliedstaates geknüpft, zu überprüfen, ob das von dem Erzeugnis erreichte Schutzniveau dem Schutzniveau gleichwertig ist, das in den eigenen nationalen Vorschriften gefordert wird und das nach Art. 36 AEUV gefordert werden darf. Führt der Mitgliedstaat ein danach erlaubtes Untersuchungs- und Zulassungsverfahren durch, darf er grundsätzlich nicht erneut auf Prüfungen bestehen, die in gleichwertiger Weise bereits im Herkunftsmitgliedstaat durchgeführt worden sind.⁴⁰⁸ Das bedeutet im Ergebnis die Pflicht, die vom anderen Mitgliedstaat vorgenommene Gesundheitsprüfung als Vorfrage im eigenen Zulassungsverfahren anzuerkennen.⁴⁰⁹ Kann man daraus schließen, dass bereits aus dem Unionsrecht eine Bindungswirkung der Entscheidungen von NCA und Gerichten für den Kartellzivilprozess folgt? Darauf ist mit einem klaren „Nein“ zu antworten. Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung hat seine Rechtsgrundlage in Artt. 34, 36 AEUV unter Berücksichtigung des existierenden Sekundärrechts auf dem konkreten Sachgebiet.⁴¹⁰ Dagegen könnte man erwidern, dass beim Vollzug der Art. 101 und 102 AEUV die NCA unmittelbar geltendes Unionsrecht anwendet, dass unionsweit zu respektieren ist. Damit stößt man aber auf die bereits oben unter D.II.1. angeführte Begrenzung. Die einheitliche Wirksamkeit kann nur eine Tatbestandswirkung von Vollzugsakten begründen.⁴¹¹ Die angestrebte Bindungswirkung beinhaltet aber eine Feststellungswirkung. Dies folgt nicht aus Art. 4 Abs. 3 EUV, sondern muss ausdrücklich angeordnet werden.

405 Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen - Erleichterung des Marktzugangs für Waren in einem anderen Mitgliedstaat: praktische Anwendung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung, ABI C 262 v. 4.11.2003, 2, 3.

406 EuGH v. 20.2.1979, Rs. 120/78 - *Rewe-Zentral AG/Bundesmonopolverwaltung* für Branntwein, Slg. 1979, 649 Rn. 14.

407 Dazu vertiefend Michaels, Anerkennungspflichten im Wirtschaftsverwaltungsrecht der Europäischen Gemeinschaft und der Bundesrepublik Deutschland, 2004, 217 ff, 226 ff.

408 EuGH v. 17.12.1981, Rs. 272/80 - *Frans-Nederlandse Maatschappij voor biologische Producten*, Slg. 1981, 3277 Rn. 13 f.

409 Michaels, Anerkennungspflichten, 2004, 280.

410 Michaels, Anerkennungspflichten, 2004, 322.

411 Michaels, Anerkennungspflichten, 2004, 212.

III. Rechtfertigungshürden der angestrebten Bindungswirkung

1. Grundsatz der Gewaltenteilung und Unabhängigkeit der Gerichte

a) Geltungsgrund und Inhalt

Der Grundsatz der Unabhängigkeit der Gerichte ist ein gemeineuropäisches Verfassungsprinzip.⁴¹² Exemplarisch formuliert das deutsche GG, dass die Richter unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen sind (Art. 97 Abs. 1 GG). Ähnlich formulieren die italienische [“I giudici sono soggetti soltanto alla legge.”, art. 101 c° 2 Costituzione] und portugiesische Verfassung [“Os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à la lei”, art. 203 Constituição⁴¹³].⁴¹⁴ Der Grundsatz der Unabhängigkeit der Richter ist an sich eine Konkretisierung des Gewaltenteilungsprinzips.⁴¹⁵ Zugleich kommt darin zum Ausdruck, dass der Richter nur an das Gesetz gebunden ist.⁴¹⁶ Diese Prinzipien sind im Wesentlichen auch im Unionsrecht verankert. Zwar kennt das Unionsrecht nicht den herkömmlichen Grundsatz der Gewaltenteilung, weil die Befugnisse zwischen den Organen durch ein in den Verträgen vorgegebenes institutionelles Gleichgewicht geregelt werden.⁴¹⁷ Allerdings besteht im Grundsatz Einigkeit darüber, dass die rechtsprechende Gewalt von den anderen Gewalten getrennt sein und Unabhängigkeit genießen muss.⁴¹⁸ Art. 253 Abs. 1 AEUV hebt die Unabhängigkeit der Richter am Gerichtshof ausdrücklich hervor. Nach Ansicht des EuGH zählt die völlige Unabhängigkeit der Richter der Union zu den Grundlagen des Unionsrechts.⁴¹⁹ Der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit gehört aufgrund seiner Verankerung in den Verfassungen der Mitgliedstaaten und im Primärrecht zu den von Art. 6 Abs. 1 EU geschützten Grundlagen der Union⁴²⁰ und zählt jetzt zu den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts (Art. 6 Abs. 3 EUV). Darüber hinaus ergibt sich die unionsrechtliche Verankerung aus Art. 6 Abs. 1 EMRK iVm Art. 6 Abs. 3 EUV. Danach hat “[j]ede Person ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen ... von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht ... verhandelt wird”. Damit wird die sachliche Unabhängigkeit der

412 Schulze-Fielitz in Dreier, GG, 2. Aufl., Bd. 3, 2008, Art. 97 Rn. 12.

413 Diário da República, I Série-A, n. 155 v. 12.8.2005; http://www.parlamento.pt/Revisoes_Constitucionais/Documents/Revisao2005/155a00.pdf [Stand: 15.9.2009].

414 Weitere Nachweise bei Schulze-Fielitz in Dreier, GG, 2008, Art. 97 Rn. 12.

415 Papier, NJW 2001, 1089, 1089; Detterbeck in Sachs, GG, 5. Aufl., 2009, Art. 97 Rn. 1.

416 Pieroth in Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl., 2009, Art. 97 Rn. 1.

417 Zuleeg, NJW 1994, 545, 548; vertiefend Huber, EuR 2003, 574.

418 Zuleeg, NJW 1994, 545, 548; vertiefend Durner, EuR 2004, 547, 565 ff.

419 EuGH Gutachten v. 14.12.1991, Gutachten 1/91 - EWR, Slg. 1991, I-6079 Rn. 52.

420 Durner, EuR 2004, 547, 566 mwN.

entscheidungsbefugten Richter gewährleistet.⁴²¹ Seit dem Inkrafttreten des Lissabon-Vertrags ist der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit ausdrücklich in Art. 47 Abs. 2 Grundrechtecharta iVm Art. 6 Abs. 1 EUV verankert.

Inhaltlich bedeutet der Grundsatz der Unabhängigkeit des Richters bzw. des Gerichts, dass jeder Akt rechtsprechender Tätigkeit, der für eine Entscheidung von Bedeutung sein kann, sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht vor jeder Einwirkung anderer staatlicher Institutionen und Amtswalter oder nicht-staatlicher Einrichtungen freizuhalten ist, sofern diese nicht gesetzlich vorgesehen ist.⁴²² Unabhängigkeit bedeutet, dass die Urteilsfindung über die dem Richter zur selbstständigen Entscheidung zugewiesenen Fragen ohne Einfluss von außen stattfinden kann.⁴²³ Die entscheidende Frage lautet dann, ob die Unabhängigkeit beeinträchtigt ist, wenn der Richter nicht alle tatsächlichen und rechtlichen Fragen, die einen bestimmten Fall betreffen, selbst entscheiden kann.⁴²⁴ Verpflichtet die verfassungsrechtlich garantie Unabhängigkeit den Staat bzw. die Union dazu, dem Richter alle Entscheidungskompetenzen in einem Rechtsstreit zur selbstständigen Entscheidung zuzuweisen?⁴²⁵ Oder darf das Gesetz vorsehen, dass der Richter bzw. das Gericht an die Entscheidungen anderer Staatsorgane bzw. Organe der Union gebunden ist? Konkret gefragt: Verstößt es gegen den Unabhängigkeitsgrundsatz - und damit auch gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz - wenn ein nationales Zivilgericht in seiner Entscheidung über einen Schadensersatzanspruch (1.) an die Entscheidung der eigenen nationalen Wettbewerbsbehörde; (2.) an die Entscheidung einer anderen nationalen Wettbewerbsbehörde oder (3.) an die Entscheidung eines die Handlungen der (3.1) eigenen oder (3.2) einer anderen nationalen Behörde bestätigenden Gerichts gebunden ist?

b) Bindungswirkung der rechtskräftigen Entscheidungen im eigenen Staat

Beginnen möchte ich mit der Rechtfertigung der Bindungswirkung im Fall (3.1). Wird ein Gericht an die Entscheidung eines anderen Gerichts gebunden, schränkt das Gesetz die Zuständigkeit zur eigenen, umfassenden Entscheidung ein. Darin liegt aber kein Eingriff in die richterliche Unabhängigkeit, weil diese grundsätzlich nur das Verhältnis der Richter zu den Trägern nichtrichterlicher Gewalt betrifft.⁴²⁶ Daher ist es unproblematisch, wenn die Entscheidung über eine Vorfrage des aktuellen Verfahrens verbindlich von einem Gericht in einem anderen Verfahren

421 Grabenwarter, Justiz- und Verfahrensgrundrechte, in Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl. 2005, 152, § 6 Rn. 38; Schulze-Fielitz in Dreier, GG, 2008, Art. 97 Rn. 9.

422 Meyer in v. Münch/Kunig, GG, 5. Aufl., Bd. 3, 2003, Art. 97 Rn. 1; Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl., 2009, § 24 Rn. 35.

423 Vgl. Schorkopf in Heselhaus/Nowak, Hdb. Grundrechte, 2006, § 52 Rn. 22 zum Unionsrecht.

424 Verneint von Classen in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. Aufl., Bd. 3, 2005, Art. 97 Rn. 22.

425 Verneint von Meyer in v. Münch/Kunig, GG, 2003, Art. 97 Rn. 8.

426 BVerfGE 6771.

getroffen wird.⁴²⁷ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gilt das auch, wenn die Zuständigkeit unter verschiedene Gerichte oder Gerichtszweige aufgeteilt wird. Ist der Richter, dem das Gesetz die Entscheidung in der Sache selbst übertragen, daran gebunden, beeinträchtigt das nicht seine Unabhängigkeit.⁴²⁸ Das wird besonders deutlich in der Rechtsprechung des BGH zum Amtshaftungsanspruch: Ist die Rechtmäßigkeit des streitgegenständlichen Verwaltungsakts im verwaltungsgerichtlichen Verfahren bejaht worden, ist das Zivilgericht an diese Entscheidung gebunden.⁴²⁹ Dahinter steht die Erwägung, dass grundsätzlich alle Gerichtszweige gleichermaßen den verfassungsrechtlich garantierten Anspruch auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) wahren. Das gilt aber nicht für alle Rechtsordnungen. Es ist beispielsweise ein Grundprinzip des französischen Verfassungsrechts, dass ordentliche Gerichtsbarkeit und Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht nur institutionell, sondern auch inhaltlich-funktional getrennt werden; ein Verständnis das sich letztlich auf das Prinzip der Gewaltenteilung zurückführen lässt.⁴³⁰ Allerdings kommt jedenfalls im Grundsatz auch im französischen Recht rechtskräftigen Urteilen Bindungswirkung für die Gerichte anderer Gerichtszweige zu, soweit die tatbestandlichen Voraussetzungen einer autorité relative de la chose jugée⁴³¹ vorliegen.⁴³² Damit wird das eigentliche Problem dieser - und soviel sei vorweggegriffen - auch der weiteren Fallkonstellationen sichtbar: Es muss sichergestellt sein, dass den Anforderungen an einen effektiven Rechtsschutz im Kartellverfahren genügt wird. Der Grundsatz der Unabhängigkeit des Gerichts ist nämlich nicht nur Konkretisierung des Gewaltenteilungsgrundsatzes, sondern elementare Voraussetzung für den im Rechtsstaatsgebot und in den einzelnen Grundrechten wurzelnden allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch.⁴³³ Dieser verpflichtet den Staat für Streitigkeiten zwischen Privatpersonen die Möglichkeit gerichtlicher Entscheidung sicherzustellen, für die das Gebot des effektiven Rechtsschutzes gilt.⁴³⁴ Dieses Gebot ist nicht nur im deutschen Verfassungsrecht verankert, sondern ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts.⁴³⁵ Soweit der effektive Rechtsschutz gegen die Entscheidung der Kommission oder der NCA gewährleistet ist und Unionsgerichte bzw. Gerichte der Mitgliedstaaten darüber in einem Verfahren, das den Anforderungen der Grundrechtecharta bzw. der EMRK genügt, rechtskräftig entschieden haben, ist dem Grundsatz der Unabhängigkeit des Gerichts genüge getan.

427 Vgl. BVerfGE 6771 f.

428 BVerfGE 6772.

429 BGH v. 15.11.1990 - III ZR 302/89, NJW 1991, 1168, 1169.

430 Dazu Germelmann, Rechtskraft, 2009, 177 ff.

431 Dazu vertiefend Germelmann, Rechtskraft, 2009, 106 ff.

432 Germelmann, Rechtskraft, 2009, 180 ff.

433 Vgl. Schulze-Fielitz in Dreier, GG, 2008, Art. 97 Rn. 14 zum deutschen Verfassungsrecht und Schorkopf in Heselhaus/Nowak, Hdb. Grundrechte, 2006, § 52 Rn. 21 zum Unionsrecht.

434 BVerfGE 107, 395406 f; Sachs in Sachs, GG, 2009, Art. 20 Rn. 162 (jeweils mwN).

435 Alber in Tettinger/Stern, GrCh, Europäische Grundrechtecharta, 2006, Art. 47 Rn. 27 ff; Nowak in Heselhaus/Nowak, Hdb. Grundrechte, 2006, § 51 Rn. 8 ff; Last, Garantie wirksamen Rechtsschutzes gegen Maßnahmen der Europäischen Union, 2008, 19 ff; BVerfG, NJW 2009, 2267, Rn. 368.

c) Bindungswirkung der bestandskräftigen Entscheidungen der eigenen Kartellbehörden

Diese Erwägungen können nicht unmittelbar auf die Fallkonstellation (1.) übertragen werden, weil dort nur eine Behördenentscheidung vorliegt, der keine materielle Rechtskraft zukommt. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs bestehen in Amtshaftungsprozessen mit Rücksicht auf die verschiedenenartigen Funktionen des Verwaltungsverfahrens einerseits und des zivilgerichtlichen Urteils andererseits bedeutsame Unterschiede.⁴³⁶ Das Zivilgericht ist in seiner Entscheidung über einen Amtshaftungsanspruch, der auf einen angeblich rechtswidrigen Verwaltungsakts gestützt wird, nicht gehindert, dessen Rechtmäßigkeit selbst zu prüfen, auch wenn der Verwaltungsakt mittlerweile formell bestandskräftig geworden ist.⁴³⁷ Abgesehen von diesen Fällen, ist die Bindung des Zivilrichters an bestandskräftige Verwaltungsakte grundsätzlich anerkannt.⁴³⁸ Dabei handelt es sich allerdings um eine Tatbestandswirkung. Die Tatbestandswirkung (iwS) dient der Rechtssicherheit, die ihrerseits eine Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips ist. Die damit einhergehende Bindung des Zivilgerichts ist mit dem Unabhängigkeitgrundsatz im Ausgangspunkt durchaus vereinbar.⁴³⁹

Fraglich ist, ob dies auch für die Feststellungswirkung gilt. Dagegen wird eingewendet, dass die materiell-rechtlich angeordnete Bindung an eine behördlich festgestellte Tatfrage die Entscheidungsmöglichkeit des Richters im Ergebnis genauso einschränke, wie eine förmliche Weisung der Behörde an das Gericht.⁴⁴⁰ Das kann schon im Ansatzpunkt nicht überzeugen, weil eine gesetzlich angeordnete Bindung an rechtliche und tatsächliche Feststellungen einer Behördenentscheidung keinen konkreten Einfluss auf die Art und Weise der richterlichen Entscheidungsfindung nimmt, sondern das maßgebliche Recht konkretisiert, das der Richter seiner Entscheidung zu Grunde zu legen hat.⁴⁴¹ Voraussetzung ist allerdings, dass gegen die Entscheidung, der Bindungswirkung zukommen kann, ein effektiver Rechtsschutz gewährleistet ist (Art. 6 EMRK; Art. 47 Grundrechtecharta).⁴⁴² Aus Art. 6 Abs. 1 EMRK folgt, dass das entscheidende Gericht über hinreichende Entscheidungsbe-

436 BGH v. 15.11.1990 - III ZR 302/89, NJW 1991, 1168, 1169; vgl. auch BVerwG Urt. v. 6.6.1975 - IV C 15/73, Urt. v. 6.6.1975 1976, 340, 340 f [allerdings beschränkt auf das öffentliche Baurecht].

437 BGH v. 15.11.1990 - III ZR 302/89, NJW 1991, 1168, 1169; offen gelassen aber bei Ansprüchen aus Enteignungsgleichem Eingriff, BGHZBGH v. 21.1.1999 - IV C 15/73, NJW 1999, 1247, 1251.

438 BGH v. 12.6.1996 - V ZR 106/95, NJW 1996, 2791, 2792; Schroeder, Bindungswirkung von Entscheidungen, 2006, 294 f mwN.

439 Vgl. BVerfGE 83, 182 197 ff, BGH v. 9.7.1985 - VI ZR 214/83, NJW 1985, 2644, 2647 und BVerwG, NVwZ 2003, 742, 743.

440 Durner, EuR 2004, 547, 569.

441 Schulze-Fielitz in Dreier, GG, 2008, Art. 97 Rn. 27.

442 Vgl. EGMR Urt. v. 28.6.1990, No. 11761/85 - Obermeier/Österreich, Europäische Grundrechtezeitschrift 1990, 209 Rn. 70

fugnisse in Rechts- und Tatsachenfragen verfügen muss.⁴⁴³ Das bedeutet im Grundsatz, dass das Gericht die volle Kompetenz zur Feststellung des Sachverhalts haben muss, wozu auch die Kompetenz zur Beweiswürdigung und zur Korrektur fehlerhafter Tatsachenannahmen zählt.⁴⁴⁴

Daran wird die Kritik an der vorgeschlagenen Bindungswirkung festgemacht: Den staatlichen Gerichten bleibe beim Vorliegen einer bindenden Entscheidung der Wettbewerbsbehörde nur mehr Raum dafür, zusätzliche Sanktionen, die die Wettbewerbsbehörden selbst nicht festsetzen können, festzulegen; damit beziehe sich die Einflussnahme nicht mehr auf eine Vorfrage, sondern substituiere die wesentlichen Inhalte der gerichtlichen Entscheidung.⁴⁴⁵ Ein derart gebundener Spruchkörper handle nicht mehr in richterlicher Unabhängigkeit.⁴⁴⁶ Damit wird jedoch die Reichweite des Unabhängigkeitsprinzips im Konventions- und Unionsrecht verkannt. In der grundlegenden Entscheidung *Le Compte* hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte festgestellt, dass die Vertragsstaaten nicht verpflichtet sind, alle streitigen Gesichtspunkte in zivilrechtlichen Ansprüchen und Verpflichtungen⁴⁴⁷ in einem Verfahren vor unabhängigen Gerichten zu behandeln.⁴⁴⁸ Sie können auch zur vorherigen Befassung Verwaltungsbehörden zugewiesen werden. Die damit einhergehende Flexibilisierung und Effizienz des Verfahrens stehen im Einklang mit der EMRK.⁴⁴⁹ In der Entscheidung *Obermeier* hat der Gerichtshof klargestellt, dass eine Bindung des Zivilgerichts an vorherige Behördenentscheidungen nur dann mit Art. 6 Abs. 1 EMRK übereinstimmt, wenn diese Entscheidungen Gegenstand einer wirksamen gerichtlichen Überprüfung sind.⁴⁵⁰ Daraus folgt, dass Art. 6 Abs. 1 EMRK - und damit auch der darin enthaltene Grundsatz der Unabhängigkeit des Gerichts - die Vertragsstaaten nicht daran hindert, das Zivilgericht in Bezug auf eine Vorfrage des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs an die Entscheidung einer Wettbewerbsbehörde zu binden, wenn die davon Betroffenen die Möglichkeit haben, diese Entscheidung von einem unabhängigen Gericht überprüfen zu lassen. Entscheidend ist damit, dass das innerstaatliche Recht sicherstellt, dass die Entscheidung der Wettbewerbsbehörde zu irgendeinem Zeitpunkt in einem Verfahren vor einem unabhängigen Gericht überprüft werden kann. Damit zeigt sich erneut, dass das eigentliche Problem der Bindungswirkung im effektiven Rechtsschutz gegen kartellbehördliche Entscheidungen liegt.

443 EGMR Urt. v. 21.9.1993, No. 12235/86 - *Zumtobel/Österreich*, Europäische Grundrechtezeitschrift 1995, 537 Rn. 29 ff.

444 Näher *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1997, 426 ff.

445 *Durner*, EuR 2004, 547, 570 [zur gleichgelagerten Bindungswirkung von Kommissionentscheidungen].

446 *Durner*, EuR 2004, 547, 570.

447 Zum Begriffsverständnis der EMRK siehe *Meyer-Ladewig*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl, 2006, Art. 6 Rn. 18 ff.

448 EGMR Urt. v. 23.6.1981, No. 6878/75 - *Le Compte/Belgien*, Rn. 51.

449 EGMR Urt. v. 23.6.1981, No. 6878/75 - *Le Compte/Belgien*, Rn. 51.

450 EGMR Urt. v. 28.6.1990, No. 11761/85 - *Obermeier/Österreich*, Europäische Grundrechtezeitschrift 1990, 209 Rn. 70; *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl, 1996, Art. 6 Rn. 124; *Grabenwarter*, EMRK, 2009, § 24 Rn. 38.

d) Bindungswirkung der Entscheidungen von Behörden und Gerichten anderer Mitgliedstaaten

Besondere Probleme wirft die Bindungswirkung ausländischer Behördenentscheidungen (Konstellation 2) bzw. Gerichtsentscheidungen (Konstellation 3.2) auf. Im Ausgangspunkt gelten die soeben festgestellten Grundsätze. Danach kann ein Mitgliedstaat, in dem ein Zivilverfahren wegen des Wettbewerbsverstoßes angestellt wird, der bestandskräftigen Entscheidungen von NCA anderer Mitgliedstaaten grundsätzlich Bindungswirkung zuschreiben. Dasselbe gilt für eine unionsrechtliche Regelung in einer Richtlinie, die die Mitgliedstaaten nach Art. 288 Abs. 3 AEUV dazu verpflichtet. Nach Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 47 Abs. 2 Grundrechtecharta ist Voraussetzung einer Bindungswirkung im Folgeverfahren, dass das innerstaatliche Recht des Mitgliedstaat eine Überprüfung der Entscheidung der Wettbewerbsbehörde vor einem unabhängigem Gericht sicherstellt. Schwierigkeiten bereitet dem Mitgliedstaat die Erfüllung dieser konventions- und unionsrechtlichen Pflicht, wenn er der Entscheidung einer NCA eines anderen Mitgliedstaates Bindungswirkung für das Verfahren vor dem eigenen Zivilgericht zuschreibt. Unproblematisch sind die Fälle, in denen sichergestellt ist, dass der Betroffene gegen die kartellbehördliche Entscheidung im Erlassstaat effektiven Rechtsschutz vor einem unabhängigen Gericht erlangen kann. Dann erlaubt es der von Art. 6 Abs. 1 EMRK anerkannte Effektivitätsgrundsatz, diesen Entscheidungen auch im Inland Bindungswirkung zuzuschreiben, weil der Betroffene von den verfahrensrechtlichen Garantien bereits im Erlassstaat ausreichend geschützt ist. Problematisch sind aber die Fälle, in denen der Schutz im Erlassstaat nicht gewährleistet ist. Hier stellt sich die Frage, ob der Entscheidung gleichwohl Bindungswirkung zukommt, oder ob das Zivilgericht aus Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. Art. 47 Abs. 1 und 2 Grundrechtecharta und den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts verpflichtet ist, eine Bindungswirkung zu verneinen. Das ist aber kein spezielles Problem des Unabhängigkeitsgrundsatzes, sondern einzubetten in die allgemeine Fragestellung, ob die Bindungswirkung mit einem Anerkennungsvorbehalt zu versehen ist.⁴⁵¹

2. Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes

Die Bindung des Zivilgerichts im Folgeverfahren an die tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen der Kartellbehörden oder der Rechtsbehelfsgerichte ist nur dann mit dem höherrangigen Unionsrecht vereinbar, wenn sie nicht den Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes verletzt. Der Grundsatz effektiven Rechtsschutzes beinhaltet zunächst, dass der Adressat einer Entscheidung einer nationalen Wettbewerbsbehörde die Möglichkeit haben muss, dagegen einen wirksamen Rechtsbehelf vor einem unabhängigen Gericht einzulegen. Dieses Recht ist im Unionsrecht gleich

451 Dazu unten D.III.3.

mehrfach verankert:⁴⁵² Es handelt sich um einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts (Art. 6 Abs. 1 EU aF), zugleich um eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung der Mitgliedstaaten (Art. 6 Abs. 3 EUV), es ist in Art. 13 und 6 Abs. 1 EMRK geschützt, die über Art. 6 Abs. 3 EUV von der Union zu achten sind und findet schließlich Ausdruck in Art. 47 Abs. 1 und 2 Grundrechtecharta, die mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon Bestandteil des primären Unionsrecht wird (Art. 6 Abs. 1 EUV). Diese Pflicht trifft sowohl die Organe der Union als auch die Wettbewerbsbehörden und Gerichte der Mitgliedstaaten, sofern sie das Unionsrecht anwenden (vgl. Art. 51 Abs. 1 Grundrechtecharta).⁴⁵³ Der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes beschränkt insoweit die verfahrensrechtliche Autonomie der Mitgliedstaaten bei der Durchführung des EU-Wettbewerbsrechts.⁴⁵⁴ Diese Grenzen treten zu den aus Art. 4 Abs. 3 EUV fließenden Anforderungen des Effektivitäts- und Äquivalenzprinzips.⁴⁵⁵ Daneben treffen die Mitgliedstaaten die Pflichten aus Art. 6 und 13 EMRK unmittelbar kraft ihrer völkerrechtlichen Bindung an die Konvention.⁴⁵⁶ Kommt der bestandskräftigen Entscheidung einer NCA eine unwiderlegliche Bindungswirkung im Folgeverfahren über Schadensersatzprozesse zu, wird der effektive Rechtsschutz des betroffenen Anspruchsgegners insoweit eingeschränkt.⁴⁵⁷ Dem Betroffenen muss daher die Möglichkeit gegeben werden, die tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen in der Behördeneentscheidung gerichtlich überprüfen zu lassen. Freilich lässt sich weder aus dem Unionsrecht noch dem Konventionsrecht der Grundsatz ableiten, dass der Rechtsschutz gerade vor dem die Schadensersatzklage verhandelnden Zivilgericht erfolgen muss. Entscheidend ist nur, dass ein Rechtsbehelf vor einem unabhängigen Gericht⁴⁵⁸ möglich ist. Die Entscheidung, welches Gericht konkret dafür zuständig ist, zählt dagegen zur Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten.⁴⁵⁹ Liegt daher eine rechtskräftige Entscheidung eines Gerichts vor, das die Rechtmäßigkeit der Behördeneentscheidung bestätigt, ist den Anforderungen regelmäßig Genüge getan.

452 Grundlegend EuGH v. 15.5.1986, Rs. 222/84 - *Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Slg. 1986, 1651 Rn. 18; EuGH v. 25.7.2002, Rs. 50/00 P - *Unión de Pequeños Agricultores/Rat*, Slg. 2002, I-6677 Rn. 38 f; näher dazu Nowak in Heselhaus/Nowak, Hdb. Grundrechte, 2006, § 51 Rn. 8 ff; *Last*, Garantie wirksamen Rechtsschutzes gegen Maßnahmen der Europäischen Union, 2008, 6 ff.

453 Grundlegend EuGH v. 13.7.1989, Rs. 5/88 - *Wachauf/Deutschland*, Slg. 1989, 2609 Rn. 19; vertiefend zur Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten Scheuing, EuR 2005, 162.

454 Gundel, Justiz- und Verfahrensgrundrechte, in Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl. 2005, 152, § 19 Rn. 38; vertiefend zum Problem Eilmansberger, 41 CMRL 1199, (2004).

455 Dazu oben B.I.

456 Ladenburger in Tettinger/Stern, GrCh, Europäische Grundrechtecharta, 2006, Art. 51 Rn. 30 mwN.

457 Vgl. EuGH v. 15.5.1986, Rs. 222/84 - *Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Slg. 1986, 1651 Rn. 20.

458 Zum Begriff des Gerichts siehe oben C.II.1 und Grabenwarter, EMRK, 2009, § 24 Rn. 27 ff.

459 Vgl. Nowak in Heselhaus/Nowak, Hdb. Grundrechte, 2006, § 51 Rn. 36.

Zwei Aspekte sind in diesem Zusammenhang kurz zu erwähnen: Zum einen stellt sich das Problem der Kontrolldichte kartellbehördlicher Entscheidungen. Effektiver Rechtsschutz bedeutet im vorliegenden Zusammenhang grundsätzlich auch, dass alle tatsächlichen und rechtlichen Fragen, die für die Beurteilung eines Verhaltens als Verstoß gegen Art. 101 oder 102 AEUV von Bedeutung sind, vor den einzelstaatlichen Gerichten umfassend überprüft werden können.⁴⁶⁰ Das gilt insbesondere auch für die ökonomischen Aspekte bei der Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts. Aus dem Äquivalenzgrundsatz folgt, dass die Kontrolldichte im nationalen Verfahrensrecht nicht strenger sein darf, als die von den Unionsgerichten gegenüber der Kommission ausgeübte Kontrolldichte;⁴⁶¹ aus dem Prinzip des effektiven Rechtsschutzes folgt dagegen, dass sie nicht weniger streng sein darf. Zum anderen ist auf die aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens folgende Pflicht zur Begründung der richterlichen Entscheidung⁴⁶² hinzuweisen. Diese ist besonders bedeutsam, wenn der gerichtlichen Entscheidung die hier beschriebene weitreichende Feststellungswirkung zukommen soll. Die Entscheidung muss erkennen lassen, auf welche tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen sich das Gericht zur Bejahung des Wettbewerbsverstoßes stützt.

Zweifelhaft könnte sein, ob den Anforderungen effektiven Rechtsschutzes genügt wird, wenn die Bindungswirkung unmittelbar aus der kartellbehördlichen Entscheidung folgt und gegen diese kein Rechtsbehelf mehr möglich ist. In diesen Fällen fand nämlich keine effektive gerichtliche Kontrolle statt. Zum sachlichen Schutzbereich des effektiven Rechtsschutzes zählt allerdings nur, dass der Betroffene die rechtliche Möglichkeit hat, einen Rechtsbehelf vor nationalen Gerichten einzulegen. Effektiver Rechtsschutz ist nicht mit einem tatsächlich effektuierten Rechtsschutz gleichzusetzen.⁴⁶³ Nach der Rechtsprechung des EuGH trägt die (formelle) Bestandskraft einer Verwaltungsentscheidung zur Rechtssicherheit bei, die ihrerseits zu den im Unionsrecht anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen zählt.⁴⁶⁴ Deshalb ist es grundsätzlich möglich, einem bestandskräftigen Verwaltungsakt Bindungswirkung für Folgeverfahren zuzuschreiben. Voraussetzung ist allerdings, dass die formelle Bestandskraft erst nach Ablauf "angemessener Klagefristen" eintritt.⁴⁶⁵ Das Unionsrecht sieht für Klagen gegen Entscheidungen der Kommission eine Frist von zwei Monaten vor (Art. 263 Abs. 6 AEUV). Das wird man im nationalen Recht

460 Siehe Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 146; vgl. allgemein zur Kontrolldichte Nowak in Heselhaus/Nowak, Hdb. Grundrechte, 2006, § 24 Rn. 44 f.

461 Zur Frage der Kontrolldichte im Zusammenhang mit Art. 81 Abs. 3 EG siehe statt aller Ellger in Immenga/Mestmäcker, 2007, Art. 81 Rn. 70 ff.

462 Dazu Meyer-Ladewig, EMRK, 2006, Art. 6 Rn. 42; Grabenwarter, EMRK, 2009, § 24 Rn. 66.

463 Sachs in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 2008, § 43 Rn. 125.

464 EuGH v. 13.1.2004, Rs. C-453/00 - Kühne & Heitz NV/Produktschap voor Pluimvee en Eieren, Slg. 2004, I-837 Rn. 24; siehe auch EuGH v. 9.3.1994, Rs. 188/92 - TWD Textilwerke Deggendorf/Deutschland, Slg. 1994, I-833 Rn. 16.

465 Vgl. EuGH v. 13.1.2004, Rs. C-453/00 - Kühne & Heitz NV/Produktschap voor Pluimvee en Eieren, Slg. 2004, I-837 Rn. 24.

nicht verlangen können. Beträgt die Klagefrist - wie im deutschen Recht (§ 66 Abs. 1 GWB) - einen Monat, dürfte das jedenfalls mit den Anforderungen der EMRK übereinstimmen.⁴⁶⁶ Angemessen können wohl auch Fristen unterhalb eines Monats sein. Der Europäische Gerichtshof hat in diesem Zusammenhang eine zweiwöchige Rechtsmittelfrist nicht beanstandet.⁴⁶⁷

Zum Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes zählt auch der Grundsatz rechtlichen Gehörs. Dieser gehört - neben seiner Verankerung in Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 47 Abs. 2 Grundrechtecharta - zu den elementaren Rechtsgrundsätzen des Unionsrechts.⁴⁶⁸ Als solcher gilt er auch für die Mitgliedstaaten, wenn sie das EU-Wettbewerbsrecht anwenden. Der Anspruch auf rechtliches Gehör beschränkt sich nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht nur auf Verfahren vor Gerichten, sondern gilt in allen Verfahren - auch in Verwaltungsverfahren -, die zu Sanktionen führen können.⁴⁶⁹ Die Verwaltungsbehörde ist - obwohl sie selbst gerade kein Gericht iSv Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 47 Abs. 2 Grundrechtecharta ist - verpflichtet, den Adressaten einer Entscheidung rechtliches Gehör zu gewähren. Sie muss ihm Gelegenheit geben, zum Vorliegen und zur Erheblichkeit der behaupteten Tatsachen und Umstände sowie zu den von ihr für die Behauptung eines Wettbewerbsverstoßes herangezogenen Unterlagen Stellung zu nehmen.⁴⁷⁰ Damit ist gewährleistet, dass der Betroffene seine Gesichtspunkte im Verfahren vor der NCA einbringen kann, bevor eine Entscheidung erlassen wird, die mit Eintreten der Bestandskraft Bindungswirkung im Folgeprozess haben wird. Von erheblicher Bedeutung für den Rechtsschutz des Betroffenen ist die ebenfalls im Unionsrecht wurzelnde Pflicht der NCA, ihre Entscheidung zu begründen.⁴⁷¹ Effektiver Rechtsschutz setzt nämlich voraus, dass die Adressaten einer kartellbehördlichen Verfügung in Kenntnis aller Umstände entscheiden können, ob sie dagegen gerichtlich vorgehen sollen.⁴⁷² Das Begründungserfordernis ist nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach dem Inhalt des Rechtsakts, der Art der angeführten Gründe und dem Interesse zu beurteilen, das die Adressaten oder andere durch den Rechtsakt unmittelbar und individuell betroffene Personen an Erläuterungen haben können.⁴⁷³ Die Anforderungen an die Begründung sind wegen der mit einer bestandskräftigen Entscheidung einhergehenden Bindungswirkung nicht gering zu veranschlagen. Aus ihr muss sich für den Adressaten zweifelsfrei ergeben können, in welchem Umfang ihn die darin

466 Vgl. Meyer-Ladewig, EMRK, 2006, Art. 6 Rn. 28; kritisch dagegen Grabenwarter, NJW 2002, 109, [jeweils zu Rechtsmittelfristen].

467 EGMR v. 7.12.2000, No. 29202/95 - Zoon/Niederlande, Rn. 39 ff.

468 EuGH v. 22.3.1961, Verb. Rs. 42 und 49/59 - SNUPAT/Hohe Behörde, Slg. 1961, 103 S. 169.

469 EuGH v. 13.2.1979, Rs. 85/76 - Hoffmann-La Roche & Co KG/Kommission, Slg. 1979, 461 Rn. 9.

470 EuGH v. 7.6.1983, Verb. Rs. 100 bis 103/80 - S.A. Musique Diffusion France (Pioneer)/Kommission, Slg. 1983, 1825 Rn. 8 ff.

471 Vgl. EuGH v. 7.3.2002, Rs. 310/99 - Italien/Kommission, Slg. 2002, I-2289 Rn. 15 f; Nowak in Heselhaus/Nowak, Hdb. Grundrechte, 2006, § 51 Rn. 46.

472 EuGH v. 7.3.2002, Rs. 310/99 - Italien/Kommission, Slg. 2002, I-2289 Rn. 15 f.

473 EuGH v. 7.3.2002, Rs. 310/99 - Italien/Kommission, Slg. 2002, I-2289 Rn. 48 (zu Art. 253 EG).

enthaltenen rechtlichen und tatsächlichen Feststellungen in Folgeverfahren binden können. Das ist auch deshalb erforderlich, damit das Zivilgericht im Folgeverfahren die Reichweite der Bindungswirkung zutreffend bestimmen kann.

3. Probleme der Bindungswirkung ausländischer Behörden- und Gerichtsentscheidungen

Der vorangegangene Abschnitt skizziert einige Anforderungen, die sich aus dem Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes für die Verfahrens- und Gerichtsorganisation der Mitgliedstaaten ergeben, wenn den Entscheidungen ihrer Kartellbehörden bzw. Rechtsbehelfsgerichte Bindungswirkung zukommt. Maßgeblich dafür ist die Erwägung, dass die aus der Bindungswirkung folgende Einschränkung richterlicher Prüfkompetenzen im Folgeverfahren nur dann mit Unionsgrundrechten konform ist, wenn sichergestellt ist, dass die Verfahrensgrundrechte des betroffenen Adressaten im Kartellverwaltungsverfahren und im anschließenden Rechtsbehelfsverfahren gewahrt worden sind. Das stellt die nationalen Verfahrensordnungen vor nicht unerhebliche Anforderungen. Besonders problematisch erweist sich in diesem Zusammenhang die Bindung an ausländische Behörden- oder Gerichtsentscheidungen aus zwei Gründen, einem grundrechtlichen und einem staatsorganisationsrechtlichen: (a) Verletzt die vorbehaltlose Bindungswirkung den Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes? (b) Liegt in der Bindung des Zivilgerichts ein Souveränitätsverzicht und wird dieser vom nationalen Verfassungsrecht erlaubt?

a) Bindungswirkung ohne Anerkennungsvorbehalt?

Aus § 33 Abs. 4 GWB und dem Regelungsvorschlag im Weißbuch folgt im Ausgangspunkt eine vorbehaltlose Bindung an ausländische Behörden- oder Gerichtsentscheidungen. Die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers hat erhebliche Kritik hervorgerufen, die sich im Kern darauf stützt, dass sie gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs verstößen würde.⁴⁷⁴ Die Argumentation setzt zwei Grundannahmen voraus: (1.) Der Grundsatz effektiven Rechtsschutzes und des rechtlichen Gehörs verpflichtet die Mitgliedstaaten zu einer Anerkennungsprüfung, bevor sie ausländischen Hoheitsakten Wirkung im Inland zukommen lassen. (2.) Das gelte auch für Akte anderer Mitgliedstaaten der Union, weil die Praxis der nationalen Verfahren keine Gewährleistung für die Einhaltung der Verfahrensgrundrechte biete.⁴⁷⁵ Deshalb müsse sichergestellt sein, dass mögliche Verfahrensgrundrechtsverstöße im Folgeverfahren nicht perpetuiert werden.

474 *Monopolkommission*, Sondergutachten 41 zur 7. GWB-Novelle (Allg. WettbR), 2004, Rn. 49 ff; *Berrisch/Burianski*, WuW 2005, 878, 883; *Fuchs*, WRP 2005, 1384, 1395; *Hempel*, WuW 2005, 137, 144; *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 2007, § 33 Rn. 77.

475 So explizit *Stürner*, in *Basedow* (Hrsg.), *Private Enforcement*, 2007, 163, 187 f.

Die erste These trifft zu. In der Entscheidung *Pellegrini* hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte einen Verstoß gegen den in Art. 6 Abs. 1 EMRK verankerten Grundsatz der Waffengleichheit (*adversarial principle*)⁴⁷⁶ angenommen, weil die italienischen Gerichte ein Urteil der kanonischen Gerichte des Vatikan ohne inhaltliche Prüfung der Verfahrensgarantien der EMRK anerkannten.⁴⁷⁷ Maßgeblich für die Entscheidung war die Tatsache, dass die italienischen Gerichte bei der Ausübung ihrer Hoheitsgewalt nicht sicherstellten, dass die verfahrensrechtlichen Garantien der Beschwerdeführerin eingehalten worden waren, bevor sie die Anerkennung aussprachen.⁴⁷⁸ Diese Erwägungen gelten auch für den in Art. 6 Abs. 1 EMRK ebenfalls verankerten Grundsatz rechtlichen Gehörs. Hoheitsakte der Mitgliedstaaten, die auf eine Übertragung von Hoheitsrechten gerichtet sind, unterliegen auch nach erfolgter Übertragung den Bindungen aus der EMRK, um sicherzustellen, dass die dort eingegangenen Verpflichtungen erfüllt werden.⁴⁷⁹ Daraus lässt sich der allgemeine Grundsatz ableiten, dass die Vertragsstaaten der EMRK sicherstellen müssen, dass die Entscheidungen ausländischer Behörden oder Gerichte, denen sie innerstaatliche Wirkung zuschreiben, auch unter Einhaltung der verfahrensrechtlichen Garantien der EMRK ergangen sind.

Zweifelhaft ist dagegen die zweite These, dass die unbedingte Bindung an Entscheidungen von Behörden und Gerichten anderer Mitgliedstaaten konventions- oder unionsrechtswidrig ist. Daher stellt sich die Frage, ob der Anerkennungsstaat kontrollieren muss, dass die verfahrensrechtlichen Garantien der EMRK und - den Gedanken weiterführend - der Unionsgrundrechte⁴⁸⁰ im Entscheidungsstaat eingehalten worden sind oder ob er darauf vertrauen darf, dass der Entscheidungsstaat die Verfahrensgrundrechte wahrt. Das Problem wird seit einiger Zeit im Europäischen Zivilverfahrensrecht intensiv diskutiert. Diese Diskussion kann im Ansatzpunkt für die Rechtfertigung einer bedingungslosen Bindungswirkung im Kartellzivilprozess fruchtbar gemacht werden. Den Zusammenhang stellt die Kommission selbst her, weil sie - nicht zuletzt aufgrund der Kritik an § 34 Abs. 4 GWB - es den Mitgliedstaaten freistellt, die Bindungswirkung von Entscheidungen der Behörden oder Gerichte anderer Mitgliedstaaten einem Vorbehalt analog Art. 34 Nr. 1 Brüssel I-VO zu unterwerfen.

Nach Erwägungsgrund (18) der Brüssel I-VO rechtfertigt es das gegenseitige Vertrauen in die Justiz im Rahmen der Union, dass die in einem Mitgliedstaat ergangenen Entscheidungen von Rechts wegen, ohne ein besonderes Verfahren, anerkannt werden. Allerdings geht die Brüssel I-VO noch nicht soweit, dass auf ein Exequaturverfahren gänzlich verzichtet wird. Die VO basiert (noch) auf dem Gedanken, dass die Zivilrechtspflege eigenverantwortliche und originär hoheitliche Aufgabe der

476 Dazu *Grabenwarter*, EMRK, 2009, § 24 Rn. 61, 64.

477 EGMR Urt. v. 20.7.2001, No. 30882/96 - *Pellegrini/Italien*, Rn. 33 ff.

478 EGMR Urt. v. 20.7.2001, No. 30882/96 - *Pellegrini/Italien*, Rn. 40.

479 Vgl. EGMR Urt. v. 18.2.1999, 24833/94 - *Matthews/United Kingdom*, Rn. 32; näher dazu *Becker*, Grundrechtsschutz bei der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung im europäischen Zivilverfahrensrecht, 2004, 93.

480 Zu den anwendbaren Grundrechtsordnungen vgl. *Becker*, Grundrechtsschutz, 2004, 69 ff.

einzelnen Staaten ist und deshalb bei grenzüberschreitender Anerkennung und Vollstreckung eine gewisse Kontrolle notwendig ist, bevor der Staat seine Vollstreckungsorgane anweist, ein fremdes Urteil durchzusetzen.⁴⁸¹ Dazu zählt auch die in Art. 34 Nr. 1 Brüssel I-VO vorgesehene Kontrolle des anerkennungsrechtlichen ordre public. Die Klausel ist anzuwenden, wenn die Anerkennung oder Vollstreckung der in einem anderen Vertragsstaat erlassenen Entscheidung gegen einen wesentlichen Rechtsgrundsatz verstieße und deshalb in einem nicht hinnehmbaren Gegensatz zur Rechtsordnung des Vollstreckungsstaats stünde.⁴⁸² Damit das Verbot der Nachprüfung der ausländischen Entscheidung auf ihre Gesetzmäßigkeit gewahrt bleibt, muß es sich bei diesem Verstoß um eine offensichtliche Verletzung einer in der Rechtsordnung des Vollstreckungsstaats als wesentlich geltenden Rechtsnorm oder eines dort als grundlegend anerkannten Rechts handeln.⁴⁸³ Welche Anforderungen das sind, ergibt sich nach ihren innerstaatlichen Anschauungen aus der öffentlichen Ordnung des jeweiligen Mitgliedstaats.⁴⁸⁴ Dazu zählen neben den nationalen Grundrechten⁴⁸⁵ jedenfalls auch die Verfahrensgrundrechte, wie sie in der Union und in der EMRK anerkannt sind.⁴⁸⁶ Das zeigt, dass die eigentliche Bedeutung des Anerkennungshindernis vor allem im verfahrensrechtlichen ordre public⁴⁸⁷ liegt, weil dem Anerkennungsstaat damit die Möglichkeit gegeben wird, fundamentale Verfahrensdefizite im Ausgangsstaat auszugleichen.⁴⁸⁸

Langfristig gesehen, wird das Exequaturverfahren und damit die Anerkennungskontrollmöglichkeit wohl abgeschafft werden.⁴⁸⁹ Dafür ist Voraussetzung, dass auf europäischer Ebene gemeinsame Mindestgarantien festgelegt werden, mit denen das gegenseitige Vertrauen zwischen den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten verstärkt werden soll.⁴⁹⁰ Damit besteht die Möglichkeit, sicherzustellen, dass die in den Unionsgrundrechten und in der EMRK festgelegten Voraussetzungen für ein faires Verfahren bereits im Urteilstaat eingehalten werden. In drei Verfahrensarten wird mittlerweile auf das Exequaturverfahren vollständig verzichtet. Der Europäische Vollstreckungstitel⁴⁹¹ ermöglicht die Vollstreckung eines nationalen Vollstreckungs-

481 *Stadler*, IPRax 2004, 2, 5.

482 EuGH v. 28.3.2000, Rs. C-7/98 - *Krombach/Bamberski*, Slg. 2000, I-1935 Rn. 37.

483 Ebenda, Rn. 37.

484 Ebenda, Rn. 22.

485 BGH v. 26.9.2000 - IX ZB 23/97 - *Krombach*, NJW 2000, 3289.

486 EuGH v. 28.3.2000, Rs. C-7/98 - *Krombach/Bamberski*, Slg. 2000, I-1935 Rn. 25 f.

487 Dazu *Kropholler*, Europäisches Zivilprozeßrecht, 8. Aufl, 2005, Art. 34 Rn. 13 ff; *Leible* in *Rauscher*, Europäisches ZivilprozeßR, 2. Aufl., Bd. 1, 2006, Art. 34 Brüssel I-VO Rn. 13 ff.

488 *Stadler*, RIW 2004, 801, 803; *Schlosser*, EU-Zivilprozeßrecht, 3. Aufl, 2009, EuGVVO Art. 34-36 Rn. 2.

489 Siehe Maßnahmenprogramm zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABI C 12 v. 15.1.2001, 1; Haager Programm zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Union, ABI C 53 v. 3.3.2005, 1, 13.

490 So das Maßnahmenprogramm (Fn. 491); Haager Programm, (Fn. 491).

491 Verordnung (EG) Nr. 805/2004 v. 21.4.2004 zur Einführung eines Europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen, ABI L 143 v. 30.4.2004, 15; geändert von Ver-

titels über eine unbestrittene Geldforderung in einem anderen Mitgliedstaat, ohne dass es einer förmlichen Vollstreckbarkeitserklärung bedarf (Art. 1 und 5 VO 805/2004) und ohne Möglichkeit, sich auf Anerkennungsversagungsgründe zu berufen.⁴⁹² Den notwendigen, allerdings abgeschwächten Schutz des Schuldners leistet nicht mehr der Vollstreckungsstaat im Rahmen des Vollstreckbarerklärungsverfahrens, sondern im Prinzip nur noch der Ursprungsmitgliedstaat bei der gerichtlichen Erteilung der Bestätigung des Vollstreckungstitels als Europäischer VT.⁴⁹³ Weder die gerichtliche Entscheidung, noch die Bestätigung als Europäischer VT dürfen im Vollstreckungsstaat nachgeprüft werden (Art. 21 Abs. 2 VO 805/2004). Diese Entscheidung basiert auf dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens in die ordnungsgemäße Rechtspflege in den Mitgliedstaaten.⁴⁹⁴ Voraussetzung dafür ist allerdings, dass die Verfahrensgrundrechte des Schuldners im Ursprungsmitgliedstaat gewahrt werden.⁴⁹⁵ Deshalb sieht die VO vor, dass eine Bestätigung als Europäischer VT nur möglich ist, wenn das gerichtliche Verfahren im Ursprungsmitgliedstaat bestimmten Mindestanforderungen genügte (Art. 12 Abs. 1 VO 805/2004). Diese Entwicklung wird mit den Verordnungen zum Europäischen Mahnverfahren⁴⁹⁶ und zum Europäischen Verfahren für geringfügige Forderungen⁴⁹⁷ fortgesetzt: Der aus einem Europäischen Mahnverfahren hervorgehende Europäische Zahlungsbefehl (Art. 12 VO 1896/2006) und ein Urteil in einem Verfahren für geringfügige Forderungen werden in den anderen Mitgliedstaaten anerkannt und vollstreckt, ohne dass es einer Vollstreckbarerklärung bedarf und ohne dass ihre Anerkennung angefochten werden kann (Art. 19 VO 1896/2006, Art. 20 Abs. 1 VO 861/2007).

Gegen die Abschaffung des Exequaturverfahrens und dem damit einhergehenden Kontrollverlust im Anerkennungsstaat wurde eingewendet, dass Rechtsschutzmöglichkeiten im Vollstreckungsstaat grundrechtlich geboten seien.⁴⁹⁸ Darauf wird von den Befürwortern erwidert,⁴⁹⁹ dass die Verweigerung der Anerkennung bei einem Verfahrensverstoß im Urteilsstaat ohnehin nicht mit dem *ordre public* gerechtfertigt werden kann, wenn im Erstverfahren zumutbare Rechtsbehelfe zur Verfügung stan-

ordnung (EG) Nr. 1869/2005 v. 16.11.2005 zur Ersetzung der Anhänge der Verordnung (EG) Nr. 805/2004, ABI L 300 v. 17.11.2005, 6.

492 Dazu weiterführend *Wagner*, IPRax 2002, 75, ; *Stadler*, RIW 2004, 801, ; *Stein*, IPRax 2004, 181, ; *Coester-Waltjen*, Jura 2005, 394, ; *Wagner*, NJW 2005, 1157.

493 *Wagner*, NJW 2005, 1157, 1158.

494 Erwägungsgrund (18) VO 805/2004.

495 Erwägungsgrund (10) VO 805/2004.

496 VO (EG) Nr. 1896/2006 v. 12.12.2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, ABI L 399 v. 30.12.2006, 1; dazu *Sujecki*, NJW 2007, 1622.

497 VO (EG) Nr. 861/2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen, ABI L 199 v. 31.7.2007, 1; dazu *Jahn*, NJW 2007, 2890.

498 *Brunns*, JZ 1999, 178, 284 ff; *Becker*, Grundrechtsschutz, 2004, 173 ff; *Stadler*, IPRax 2004, 2, 7 f.

499 *Wagner*, IPRax 2002, 75, 87 f; *Stein*, IPRax 2004, 181, 186 f.

den, um den Mangel zu beseitigen.⁵⁰⁰ Dem widersprechen die Befürworter des *ordre public*-Vorbehalts unter Verweis auf die Entscheidung des EuGH in der Rs. *Krombach*.⁵⁰¹ Ein französisches Gericht hatte Dieter Krombach in Abwesenheit strafrechtlich und zugleich im zivilrechtlichen Adhäsionsverfahren zu Schadensersatz verurteilt. Nach französischem Prozessrecht war es ihm nicht möglich, sich in dem Verfahren anwaltlich vertreten zu lassen.⁵⁰² Darin liegt nach Auffassung des EuGH und des EGMR ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK.⁵⁰³ Das deutsche Gericht durfte deshalb bei der Entscheidung nach Art. 34 Nr. 1 Brüssel I-VO⁵⁰⁴ diese Grundrechte⁵⁰⁵ berücksichtigen.⁵⁰⁶ Dieser Fall zeige, dass das Vertrauen in die Grundrechtskonformität der Zivilrechtspflege der anderen Mitgliedstaaten nicht berechtigt sei.⁵⁰⁷ Daraus kann man den Schluss ziehen, dass die Gleichwertigkeit des Rechtsschutzes in der Union zwar ein hehres Ziel sei, der Realität aber nicht entspreche.⁵⁰⁸

Übertragen auf die Bindungswirkung legt es diese Kritik nahe, dass die Mitgliedstaaten die Bindungswirkung unter den Vorbehalt eines anerkennungsrechtlichen *ordre public* stellen würden. Dafür spricht vor allem, dass die nationalen Kartellverwaltungsverfahrensrechte nicht harmonisiert sind und daher - anders als bei den VO zum Europäischen Mahnverfahren und zum Europäischen Vollstreckungstitel - nicht kraft Unionsrechts sichergestellt ist, dass die Mindestgarantien, die aus dem Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes folgen, auch tatsächlich eingehalten werden. Man muss vielleicht nicht soweit gehen wie die Corte di Cassazione, die den neuen Mitgliedstaaten der Union jede Erfahrung bei der Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts abspricht.⁵⁰⁹ Es ist daher in der Tat nicht auszuschließen, dass der NCA oder dem Rechtsbehelfsgericht ein Verfahrensfehler unterläuft, der sich dann im Folgeverfahren perpetuiieren würde. Danach wäre das Zivilgericht im Kartellschadensersatzprozess gezwungen, seine Entscheidung auf Tatsachen und rechtliche Feststellungen zu stützen, die aus seiner Sicht konventionswidrig getroffen wurden. Gleichwohl sprechen aus meiner Sicht die überwiegenden Gründe gegen einen zusätzli-

500 BGH v. 21.3.1990 - XII ZB 71/89, NJW 1990, 2201, 2202 f; *Kropholler*, Europäisches Zivilprozeßrecht, 2005, Art. 34 Rn. 14; *Leible* in *Rauscher*, Europäisches ZivilprozeßR, 2006, Art. 34 Rn. 18; *Schlosser*, EU-Zivilprozessrecht, 2009, EuGVVO Art. 34-36 Rn.4.

501 EuGH v. 28.3.2000, Rs. C-7/98 - *Krombach/Bamberski*, Slg. 2000, I-1935 .

502 Näher zum Sachverhalt *EGMR*, Urt. v. 13.2.2001 2001, 2387.

503 EuGH v. 28.3.2000, Rs. C-7/98 - *Krombach/Bamberski*, Slg. 2000, I-1935 Rn. 38 ff; *EGMR*, Urt. v. 13.2.2001 2001, 2387, Rn. 88 ff.

504 In der Sache fand noch der gleichlautende Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ Anwendung.

505 Der BGH hat sich idS aber auf Art. 103 GG gestützt, BGH v. 26.9.2000 - IX ZB 23/97 - *Krombach*, NJW 2000, 3289.

506 EuGH v. 28.3.2000, Rs. C-7/98 - *Krombach/Bamberski*, Slg. 2000, I-1935 Rn. 45.

507 *Stadler*, RIW 2004, 801, 803.

508 *Rauscher/Pabst* in *Rauscher*, Europäisches ZivilprozeßR, 2. Aufl., Bd. 2, 2006, Einl EG-VollsTitelVO Rn. 15; *Stürner*, in *Basedow* (Hrsg.), Private Enforcement, 2007, 163, 188; weiterführend auch *Stadler*, IPRax 2004, 2, 6 ff.

509 Stellungnahme der Corte suprema di cassazione v. 11.7.2008, S. 8 [“totalmente carenti di esperienza”]; http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/cortesup_it.pdf [Stand: 15.9.2009].

chen *ordre public*-Vorbehalt im nationalen Recht: (1.) Er läuft im Wesentlichen leer und ist (2.) konventionsrechtlich nicht erforderlich.

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist Art. 34 Nr. 1 Brüssel I-VO eng auszulegen und kann nur in Ausnahmefällen eine Rolle spielen.⁵¹⁰ Das Gericht des Vollstreckungsstaats darf nicht nachprüfen, ob das Gericht des Ursprungsstaats den Fall rechtlich und tatsächlich fehlerfrei gewürdigt hat.⁵¹¹ Das gilt insbesondere bei der Anwendung von Unionsrecht.⁵¹² Der *ordre public*-Vorbehalt kann vom Zivilgericht daher nicht dafür verwendet werden, den kartellrechtlich relevanten Sachverhalt abweichend zu würdigen. In solchen Fällen ist davon auszugehen, dass das Rechtsbehelfssystem der Mitgliedstaaten, ergänzt durch das Vorabentscheidungsverfahren, den Betroffenen eine ausreichende Garantie bietet.⁵¹³ Die Anerkennung oder Vollstreckung muss vielmehr gegen einen wesentlichen Rechtsgrundsatz verstößen und deshalb in einem nicht hinnehmbaren Gegensatz zur Rechtsordnung des Vollstreckungsstaats stehen.⁵¹⁴ Das können bei der Überprüfung der Entscheidungen einer NCA oder eines nationalen Rechtsbehelfsgerichts nur Verfahrensnormen sein. Ein Verstoß gegen den materiellen *ordre public* scheidet aus, weil es um die Anwendung des in beiden Mitgliedstaaten unmittelbar geltenden EU-Wettbewerbsrechts geht. Damit das Verbot der Nachprüfung der ausländischen Entscheidung auf ihre Gesetzmäßigkeit gewahrt bleibt, muss es sich bei diesem Verstoß um eine offensichtliche Verletzung einer in der Rechtsordnung des Vollstreckungsstaats als wesentlich geltenden Rechtsnorm oder eines dort als grundlegend anerkannten Rechts handeln.⁵¹⁵ Ein offensichtlicher Verstoß gegen nationale Verfahrensgrundrechte ist zugleich immer ein Verstoß gegen den im Unionsrecht und in der EMRK geschützten Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes. Exemplarisch dafür steht der Fall *Krombach*, in dem gegen nationale Verfahrensgrundrechte,⁵¹⁶ Unionsgrundrechte⁵¹⁷ und Art. 6 Abs. 1 EMRK⁵¹⁸ verstößen wurde. Es zählt zu den Aufgaben der NCA und der Gerichte, die die kartellbehördliche Entscheidung überprüfen, diese Grundsätze zu wahren. Hat der Adressat eine an ihn gerichtete Entscheidung der NCA bestandskräftig werden lassen, sind eventuelle Verfahrensverstöße im Verwaltungsverfahren ohnehin nicht mehr Gegenstand einer *ordre public*-Kontrolle, weil er die zumutbare Möglichkeit, innerstaatlichen Rechtsschutz zu erhalten, nicht genutzt hat. Der Anwendungsbereich eines *ordre public*-Vorbehalts im Kartellzivilverfahren schrumpft daher idR auf Entscheidungen letztinstanzlicher nationaler Gerichte, weil etwaige Verfahrensfehler nicht mehr im Rechtsmittelweg zu bereinigen sind. Weil

510 EuGH v. 28.3.2000, Rs. C-7/98 - *Krombach/Bamberski*, Slg. 2000, I-1935 Rn. 21; EuGH v. 11.5.2000, Rs. C-38/98 - *Renault SA/Macicar SpA*, Slg. 2000, I-2973 Rn. 26 mwN.

511 EuGH v. 28.3.2000, Rs. C-7/98 - *Krombach/Bamberski*, Slg. 2000, I-1935 Rn. 36.

512 EuGH v. 11.5.2000, Rs. C-38/98 - *Renault SA/Macicar SpA*, Slg. 2000, I-2973 Rn. 32.

513 EuGH v. 28.3.2000, Rs. C-7/98 - *Krombach/Bamberski*, Slg. 2000, I-1935 Rn. 37.

514 Ebenda.

515 Ebenda.

516 BGH v. 26.9.2000 - IX ZB 23/97 - *Krombach*, NJW 2000, 3289.

517 EuGH v. 28.3.2000, Rs. C-7/98 - *Krombach/Bamberski*, Slg. 2000, I-1935.

518 Ebenda.

diese offensichtlichen Verfahrensfehler zwangsläufig auch gegen das Unionsrecht verstoßen, steht dem Zivilgericht in diesen Fällen der Weg zum EuGH über Art. 267 AEUV offen.⁵¹⁹ Damit ist gewährleistet, dass das Zivilgericht seiner Entscheidung keine Feststellungen zugrunde legen muss, die gegen die Unionsgrundrechte verstößen. Aus rechtspolitischer Hinsicht ist ein *ordre public*-Vorbehalt daher nicht notwendig.

Er ist es auch nicht aus konventionsrechtlicher Sicht. Ein Verzicht auf einen anerkennungsrechtlichen *ordre public* verkürzt zwar den Rechtsschutz des Betroffenen. Das ist aber nicht konventionswidrig, weil die Entscheidung im Ausgangsstaat einer vollen Kontrolle und den daraus resultierenden Bindungen an die EMRK unterliegt.⁵²⁰ Die EMRK verlangt nur einen effektiven, keinen optimalen Rechtsschutz. Aus der EMRK folgt die Pflicht, sicherzustellen, dass ihre Garantien auch eingehalten werden, wenn ein Transfer von Hoheitsgewalt vorliegt.⁵²¹ Danach muss der Vertragsstaat eigene verfahrensrechtliche Maßnahmen treffen, wenn er Entscheidungen von Staaten mit innerstaatlicher Wirkung ausstattet, die gerade nicht an die EMRK gebunden sind.⁵²² Das war der entscheidende Grund in der Rs. *Pellegrini*, weil der Vatikan als Urteilsstaat nicht an die EMRK gebunden ist. In diesen Fällen besteht nur die Möglichkeit, den Garantien der EMRK im Anerkennungsstaat zur Geltung zu verhelfen. Anders verhält es sich, wenn der Urteilsstaat als Mitglied der Union an die EMRK gebunden ist und dort der Grundrechtsschutz sichergestellt ist.⁵²³ Dabei handelt es sich primär um eine Aufgabe des Urteilsstaats. Kommt dieser seiner Pflicht nicht nach, verschiebt sich die Sicherstellung nicht auf den Anerkennungsstaat, sondern auf die Union. Die Union ist sekundärer Adressat der grundrechtlichen Pflichten, die aus dem Unionsrecht, der Grundrechtecharta und der EMRK für die Gestaltung und Durchführung kartellrechtlicher Verfahren vor den NCA folgen. Innerhalb der Unionsorgane ist die Kommission primärer Grundrechtsadressat. Das mag zunächst überraschend klingen, ist aber eine zwangsläufige Folge der herausgehobenen Stellung der Kommission im Europäischen Wettbewerbsnetz (ECN). Das ECN ist als Institution nicht unmittelbar gesetzlich geregelt. Die wesentlichen Elemente, die seine Existenz ermöglichen, folgen aus der VO 1/2003, insbesondere Art. 11.⁵²⁴ Die Selbstständigkeit der einzelnen nationalen Behörden bleibt zunächst unberührt.⁵²⁵ Daher sind sie auch der primäre Adressat verfahrensrechtlicher Grundrechte. Allerdings ermöglicht es Art. 11 VO 1/2003 der Kommission, weitgehenden Einfluss auf die Durchführung nationaler Kartellverfahren zu nehmen: Die Wettbewerbsbehörden haben die Kommission über die Aufnahmen von Verfahren zu unterrichten (Art. 11 Abs. 3 VO 1/2003), sie müssen die Kommission vor dem Er-

519 Dazu kritisch im Zusammenhang mit dem Europäischen Zivilverfahrensrecht Bruns, JZ 1999, 178, 285.

520 Vgl. Wagner, IPRax 2002, 75, 87 f.

521 EGMR Urt. v. 18.2.1999, 24833/94 - Matthews/United Kingdom, Rn. 32.

522 EGMR Urt. v. 20.7.2001, No. 30882/96 - Pellegrini/Italien, Rn. 40.

523 Stein, IPRax 2004, 181, 186 f.

524 de Bronnett, KarVerfR, 2005, Vorbemerkung zu den Art. 11 bis 14 Rn. 2.

525 Näher dazu Klees, Europäisches Kartellverfahrensrecht, 2005, § 7 Rn. 63 ff.

lass einer Entscheidung unterrichten (Art. 11 Abs. 4 VO 1/2003), die Kommission hat die NCA bei der Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV zu beraten (Art. 11 Abs. 4 VO 1/2003) und die Kommission kann ein Verfahren an sich ziehen (Art. 11 Abs. 6 VO 1/2003).⁵²⁶ Letzteres erlaubt der Kommission, zu einem Verfahren schriftlich Stellung zu nehmen und dadurch die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung sicherzustellen.⁵²⁷ Gegenstand dieser Informationspflicht sind alle Entscheidungen, denen Bindungswirkung zukommen soll.⁵²⁸ Kommt den Entscheidungen der NCA Bindungswirkung zu, muss die Kommission diesen Aspekt bei der Ausübung ihrer Kompetenzen aus Art. 11 VO 1/2003 besonders berücksichtigen. Sie muss im Rahmen ihrer rechtlichen Möglichkeiten sicherstellen, dass die Verfahrensgrundrechte potentieller Adressaten kartellbehördlicher Entscheidungen gewahrt sind, insbesondere, dass ihnen umfassendes rechtliches Gehör vor den NCA gewährt wird. Sekundärer Grundrechtsadressat innerhalb der Union ist schließlich der EuGH. Ist ein nationales Zivilgericht im Einzelfall der Auffassung, dass diese Grundrechte nicht ausreichend gewahrt worden sind, kann es sein Verfahren aussetzen und nach Art. 267 AEUV die Frage dem EuGH zur Entscheidung vorlegen. Damit ist die Wahrung der Rechte unter anderem aus der EMRK erneut "sichergestellt". Damit zeigt sich, dass die Vorlagemöglichkeit zum EuGH ein wesentlicher Rechtfertigungsgrund für die Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen ist. Ein nationaler *ordre public*-Vorbehalt ist daher konventionsrechtlich nicht erforderlich. Noch weitergehend müsste man sogar überlegen, ob ein nationaler *ordre public*-Vorbehalt aufgrund des hier vorgestellten Zusammenhangs in der Sache eine Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Handels der Kommission ist, die der Unionsgerichtsbarkeit vorbehalten ist.

b) Übertragung von Hoheitsrechten

Die Bindungswirkung wie sie in § 34 Abs. 4 GWB geregelt und im Weißbuch vorgeschlagen wird, führt dazu, dass das Zivilgericht den Verstoß gegen Art. 101 und 102 AEUV nicht mehr selbstständig würdigt, sondern an die Entscheidungen von Behörden bzw. Gerichten anderer Mitgliedstaaten gebunden ist. Obwohl die Feststellung von Tatsachen und ihre rechtliche Würdigung grundsätzlich zu den Kernkompetenzen richterlicher Tätigkeit und damit zur Ausübung staatlicher Hoheitsrechte zählen, wird der Richter kraft nationalen Rechts (§ 34 Abs. 4 GWB) oder kraft Unionsrechts an die Entscheidung einer ausländischen NCA, und damit an ausländische Hoheitsgewalt, gebunden. Insoweit findet eine teilweise Verlagerung der Ausübung von Hoheitsgewalt statt, weil die Entscheidungen ausländischer Behörden innerstaatlich unbedingte Geltung beanspruchen dürfen. Insoweit besteht ein enger

526 *de Bronnett*, KarVerfR, 2005, Art. 11 Rn. 3.

527 Bekanntmachung über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, Rn. 46.

528 Dazu allgemein *de Bronnett*, KarVerfR, 2005, Art. 11 Rn. 7.

Zusammenhang zwischen der unionsrechtlichen Anerkennungspflicht mitgliedstaatlicher Verwaltungsentscheidungen⁵²⁹ und der angestrebten Bindungswirkung. Ordnet das sekundäre Unionsrecht an, dass der Verwaltungsentscheidung eines anderen Mitgliedstaats Bindungswirkung zukommt, erweitert sich der Regelungsbereich der Verwaltungsentscheidung.⁵³⁰ Denn alle Mitgliedstaaten müssen dann fremde Verwaltungsakte anerkennen und sie behandeln, als wären diese von ihnen selbst erlassen worden. Entscheidend ist dabei, dass diese transnationale Wirkung nicht durch eine Anerkennung im Einzelfall zustande kommt. Die Bindungswirkung baut auf einer generellen Anerkennung im Voraus auf. Insoweit kann man von einem transnationalen Verwaltungsakt sprechen.⁵³¹ Darin liegt der wesentliche Unterschied zur Anerkennung ausländischer Hoheitsakte: während hier eine konkret-individuelle innerstaatliche Anerkennung entscheidung Anknüpfungspunkt für die Ausübung innerstaatlicher Hoheitsgewalt ist, beruht die Geltung des transnationalen Hoheitsakts im Inland auf einer abstrakt-antizipierten Anerkennung.⁵³² Eine Rechtmäßigkeitskontrolle der bestandskräftigen ausländischen Behördenentscheidung oder des rechtskräftigen Urteils findet im Inland bewusst nicht mehr statt, weil die nach Unionsrecht (vgl. Art. 11 VO 1/2003) zuständige Behörde entschieden hat. In der Sache liegt also eine Übertragung von Hoheitsrechten vor. Im deutschen Verfassungsrecht wird der Begriff der Hoheitsrechte weit verstanden. Darunter fallen alle Befugnisse zu einseitig verbindlichem Handeln gegenüber dem Bürger.⁵³³ Die Errichtung der Union hat grundsätzlich nichts an der Geltung des Territorialitätsprinzips, also der Begrenzung der Hoheitsgewalt eines Staates auf sein Staatsgebiet, geändert.⁵³⁴ So weit fremde Staatstätigkeit auf dem eigenen Territorium Wirkung entfalten soll, bedarf es immer einer verfassungsrechtlichen Ermächtigung dafür.⁵³⁵ Diese Übertragung ist aus Sicht des deutschen Verfassungsrechts allerdings nach Art. 23 Abs. 1 GG gerechtfertigt. Sie folgt letztlich aus der Mitwirkung Deutschlands an der Europäischen Union und der damit einhergehenden Öffnung des nationalen Rechts für die Unionsrechtsordnung. Ganz offensichtlich ist das nicht, weil es nahe liegen würde, Art. 23 Abs. 1 GG dahingehend zu verstehen, dass Hoheitsrechte nur an die Union und deren Organe übertragen werden. Auszugehen ist jedoch von einer funktionalen Betrachtungsweise:⁵³⁶ Die Auswirkung der ausländischen Behördenentscheidung beruht auf Unionsrecht, die Organe des anderen Mitgliedstaats werden beim indirekten Vollzug von der Union instrumentalisiert und ihre Tätigkeit wird funktional der Union zugerechnet. Aus dem primären Unionsrecht, insbesondere Art. 4

529 Dazu oben D.II.2.

530 Zum Folgenden instruktiv *Michaels*, Anerkennungspflichten, 2004, 360 ff.

531 *Schmidt-Aßmann*, DVBl. 1993, 924, 935; *Neßler*, NVwZ 1995, 863, 865 f; *Michaels*, Anerkennungspflichten, 2004, 360 f.

532 Anders *Roth*, FS U. Huber, 2006, 1134, 1153, der die Feststellungswirkung aus § 34 Abs. 4 GWB einem Anerkennungsvorbehalt unterwerfen möchte.

533 *Pernice* in Dreier, GG, 2. Aufl., Bd. 2, 2006, Art. 24 Rn. 18.

534 *Michaels*, Anerkennungspflichten, 2004, 206.

535 *Michaels*, Anerkennungspflichten, 2004, 378.

536 Vertiefend zum Ganzen *Michaels*, Anerkennungspflichten, 2004, 383 ff.

Abs. 3 EUV, folgt dann eine Öffnung des nationalen Rechts auch für Hoheitsakte anderer Mitgliedstaaten, soweit diese Unionsrecht vollziehen.⁵³⁷ Sieht das sekundäre Unionsrecht eine Aufteilung des Vollzugs zwischen der Kommission und den nationalen Behörden vor (Kooperationsprinzip),⁵³⁸ kann das sekundäre Unionsrecht folglich auch anordnen, dass den Entscheidungen der in dem Kooperationsverhältnis stehenden nationalen Behörden kraft sekundären Unionsrecht dieselbe Bindungswirkung wie den Entscheidungen der Kommission zukommt. Das Europäische Wettbewerbsnetz ist exemplarischer Anwendungsfall dieses Kooperationsverhältnisses im Verwaltungsvollzug des Unionsrechts.⁵³⁹ Entscheidend ist, dass sich aus der VO einerseits eine erhebliche Mitwirkungsbefugnis der Kommission in Wettbewerbsverfahren vor den NCA ergibt.⁵⁴⁰ Andererseits folgt unmittelbar aus dem Unionsrecht die Pflicht aller NCA im Horizontalverhältnis eng zusammenzuarbeiten (Art. 11 Abs. 1 VO 1/2003).⁵⁴¹ Die Beschränkung auf NCA von Mitgliedstaaten im Weißbuch nimmt direkten Bezug auf die Bekanntmachung über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden.⁵⁴² Damit ist sichergestellt, dass die Bindungswirkung, die dem Vollzug des Unionsrechts durch NCA in anderen Mitgliedstaaten zukommt, unionsrechtlich und verfassungsrechtlich Ausübung von Hoheitsgewalt ist, die der Union übertragen wurde.

4. Widerlegliche gesetzliche Vermutungsregelung als vorzugswürdige Alternative?

Im Grünbuch hat die Kommission neben der Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen und als Alternative eine daraus folgende Beweislastumkehr (*reversal of the burden of proof*) vorgeschlagen.⁵⁴³ Das klassische Vorbild für eine Beweislastumkehr ist Sec. 5(a) Clayton Act.⁵⁴⁴

a) Sec. 5(a) Clayton Act und offensive collateral estoppel

Sec. 5(a) Clayton Act lautet auszugsweise:

“A final judgment or decree heretofore or hereafter rendered in any civil or criminal proceeding brought by or on behalf of the United States under the antitrust laws to the effect that a de-

537 Siehe oben D.II.

538 Dazu Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl, 2005, CIII ff.

539 Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, 2005, CVIII ff.

540 Dazu bereits oben D.III.3.a.

541 Klees, Europäisches Kartellverfahrensrecht, 2005, § 7 Rn. 77 f.

542 ABI C 101 v. 27.4.2004, S. 43.

543 Grünbuch, S. 7 [Option 8].

544 28 Stat. 731; 15 U.S.C. § 16(a).

fendant has violated said laws shall be *prima facie* evidence against such defendant in any action or proceeding brought by any other party against such defendant under said laws as to all matters respecting which said judgment or decree would be an estoppel as between the parties thereto...”⁵⁴⁵

Der Kläger eines follow-on-Verfahrens muss den Verstoß gegen die Antitrustgesetze nicht mehr beweisen, weil dieser im Verfahren gegen den Beklagten widerleglich vermutet wird.⁵⁴⁶ Lediglich die weiteren Klagevoraussetzungen bleiben beweisbedürftig.⁵⁴⁷ Umstritten ist, ob diese Vermutungswirkung auch für Entscheidungen der Federal Trade Commission nach Sec. 5 des Federal Trade Commission Act⁵⁴⁸ gilt.⁵⁴⁹ Zweck der Regelung in Sec. 5 Clayton Act ist es, “to minimize the burdens of litigation for injured private suitors by making available to them all matters previously established by the Government in antitrust actions.”⁵⁵⁰ Darin kommt eine Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers zum Ausdruck, “which tends to simplify the presentation of individual claims of damage caused by what has in a master suit been found to be a violation of the anti-trust laws.”⁵⁵¹

Diese Vermutungswirkung überlappt sich mit anderen Instituten des U.S. Rechts. Nach dem *case law* handelt es sich bei Sec. 5 Clayton Act um eine Ausprägung der *estoppel*-Doktrin.⁵⁵² Der Kläger kann daher wählen, ob er sich auf Sec. 5 Clayton Act stützt oder ob er die common law-Grundsätze des “*collateral estoppel*” oder “*issue preclusion*” geltend macht.⁵⁵³ Der Unterschied besteht darin, dass der Beklagte nach Sec. 5 Clayton Act die Vermutungswirkung widerlegen kann, während die Anwendung der Grundsätze des *collateral estoppel* das Gericht an die Feststellungen der früheren Entscheidung bindet. Diese Institute führen dazu, dass “*the relitigation of issues of fact or law that are identical to issues which have been actually determined and necessarily decided in prior litigation in which the party against whom [collateral estoppel] is asserted had a full and fair opportunity to litigate*”⁵⁵⁴ ausgeschlossen ist. Die Partei, die sich darauf berufen möchte, muss fünf Voraussetzungen erfüllen:

“(1) the issue or fact is identical to the one previously litigated; (2) the issue or fact was actually resolved in the prior proceeding; (3) the issue or fact was critical and necessary to the judgment in the prior proceeding; (4) the judgment in the prior proceeding is final and valid; and

545 15 U.S.C. § 16(a).

546 Hempel, Rechtsschutz, 2002, 215.

547 Hempel, Rechtsschutz, 2002, 215.

548 15 U.S.C. § 45.

549 Dazu näher Altmann/Pollak, 4 Callmann on Unfair Comp., Tr. & Mono 2009, § 23:5.

550 Emich Motors Corp. v. General Motors Corp, 340 U.S. 558568 (1951).

551 Windham v. American Brands, Inc, 529 F.2d 10161021 (4th Circ. 1976).

552 Emich Motors Corp. v. General Motors Corp, 340 U.S. 558568-69 (1951).

553 Altmann/Pollak, 4 Callmann on Unfair Comp., Tr. & Mono 2009, § 23:5.

554 Sedlack v. Braswell Servs. Group, Inc, 134 F.3d 219224 (4th Circ.1998).

(5) the party to be foreclosed by the prior resolution of the issue or fact had a full and fair opportunity to litigate the issue or fact in the prior proceeding".⁵⁵⁵

Beruft sich der Kläger auf diese Grundsätze, um den Beklagten daran zu hindern, eine Tatsache erneut zu verhandeln, die er bereits in einem Vorverfahren mit einer anderen Partei erfolglos geltend gemacht hat, bezeichnet man die Einrede als "offensive collateral estoppel".⁵⁵⁶ Der *District Court* hat ein weites Ermessen, zu entscheiden, ob ein Anwendungsfall gegeben ist.⁵⁵⁷ Er muss seine Entscheidung im Wesentlichen daran orientieren, ob "*the fact was critical and necessary to the judgment in the prior litigation, so long as the plaintiff using the fact could not have easily joined the prior litigation and application of the doctrine would not be unfair to the defendant.*"⁵⁵⁸

Diese zusätzlichen prozessualen Möglichkeiten des U.S.-amerikanischen Rechts sind bei der kritischen Bewertung der Alternativen widerlegliche Vermutung oder Bindungswirkung zu berücksichtigen. Insgesamt ergibt sich, dass das U.S.-amerikanischen Recht sowohl mit materiellen Rechtskraftwirkungen als auch mit Beweiserleichterungen arbeitet. Wer für die widerlegliche Vermutung plädiert,⁵⁵⁹ kann ihre Effizienz daher nicht zwangsläufig mit dem amerikanischen Modell belegen. Dafür wäre es notwendig, empirisch zu belegen, in welchen Fällen sich der Kläger auf Sec. 5(a) Clayton Act stützt und in welchen Fällen die Grundsätze des offensive *collateral estoppel* angewendet werden. Letztere sind Anwendungsfälle des Prinzips der *res judicata*⁵⁶⁰ und ähneln daher in ihren Auswirkungen eher einer Bindungswirkung.

b) Widerlegliche Vermutung als das "kleinere Übel"?

Die Kommission hat sich im Weißbuch deutlich gegen die Einführung einer Beweislastumkehr ausgesprochen.⁵⁶¹ Das ist auf teilweise deutlich vorgetragene Kritik von *stakeholders*⁵⁶² und aus der Wissenschaft⁵⁶³ gestoßen. Bereits im Zusammenhang mit § 34 Abs. 4 GWB wurde vorgeschlagen, Entscheidungen ausländischer Behörden und Gerichte lediglich als Grundlage einer widerleglichen Vermutung anzuse-

555 In re Microsoft Corp. Antitrust Litigation, 355 F.3d 322326 (4th Circ.2004).

556 Parklane Hosiery Co. v. Shore, 439 U.S. 322326 (1979).

557 Parklane Hosiery Co. v. Shore, 439 U.S. 322331 (1979).

558 In re Microsoft Corp. Antitrust Litigation, 355 F.3d 322326-27 (4th Circ.2004).

559 Vgl. etwa *Hempel*, WuW 2005, 137, 143 ff.

560 In re Microsoft Corp. Antitrust Litigation, 355 F.3d 322325-26 (4th Circ. 2004)

561 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 147.

562 Stellungnahme der Corte suprema di cassazione v. 11.7.2008, S. 7; http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/cortesup_it.pdf [Stand: 15.9.2008].

563 *Stürner*, Duties of Disclosure and Burden of Proof in the Private Enforcement of European Competition Law, in *Basedow* (Hrsg.), Private Enforcement of EC Competition Law, 2007, 163, 188.

hen.⁵⁶⁴ Eine widerlegliche Vermutung weist im Vergleich zur vorgeschlagenen Bindungswirkung eine Reihe von Besonderheiten auf, die sie zunächst attraktiv erscheinen lassen: (1.) Mit einer widerleglichen Vermutung werden die Grundsätze der Gewaltenteilung und der Unabhängigkeit der Gerichte nicht tangiert. Die letztverbindliche Entscheidung darüber, ob die der behördlichen Entscheidung zugrunde liegenden Tatsachen tatsächlich vorliegen, liegt beim Zivilgericht. Dieses ist auch zur eigenständigen rechtlichen Würdigung dieser Tatsachen befugt. (2.) Weil der Beklagte im Folgeprozess die Möglichkeit hat, die Vermutung zu widerlegen, ist das Grundrecht auf effektiven Rechtschutz, insbesondere der Grundsatz des rechtlichen Gehörs, gewahrt. Ihm bleibt die Möglichkeit, darzulegen und zu beweisen, dass die Feststellungen der behördlichen Entscheidung nicht zutreffen und er kann das Gericht von seiner abweichenden Rechtsauffassung überzeugen. (3.) Es findet keine Übertragung von Hoheitsgewalt statt. Die damit verbundenen Rechtfertigungsprobleme stellen sich nicht. Der vorangegangene Abschnitt hat freilich gezeigt, dass diese Gründe im Ergebnis auch einer Feststellungswirkung behördlicher und gerichtlicher Entscheidungen nicht entgegenstehen. Festzuhalten ist aber, dass die Ausgestaltung als widerlegliche Vermutung weniger intensiv in die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten eingreift und sich besser in die nationalen Prozessrechtsordnungen einfügt. Beispielsweise steht im deutschen Recht mit § 292 ZPO die prozessuale Transformationsnorm für widerlegliche gesetzliche Vermutungen zur Verfügung. Diese Einschätzung hat nicht nur rechtspolitische, sondern auch kompetenzrechtliche Konsequenzen.

Die Richtlinie kann nach zutreffender Auffassung auf Art. 103 Abs. 1 AEUV (ex Art. 83 Abs. 1 EG) gestützt werden.⁵⁶⁵ Dagegen wird eingewendet, die im Weißbuch vorgeschlagenen Maßnahmen könnten als Eingriffe in das nationale Zivil- und Zivilverfahrensrecht nicht auf Art. 103 AEUV gestützt werden und bedürften daher zusätzlicher Kompetenzgrundlagen.⁵⁶⁶ Das kann im Ergebnis nicht überzeugen. Aufschlussreich ist in dieser Hinsicht vor allem die Rechtsprechung des EuGH in den Rs. *Courage*⁵⁶⁷ und *Manfredi*⁵⁶⁸. Danach verlangen die volle Wirksamkeit des Art. 101 AEUV und insbesondere die praktische Wirksamkeit des Verbots in Art. 101 Abs. 1 AEUV, dass jedermann Ersatz des ihm entstandenen Schadens verlangen kann.⁵⁶⁹ Folgt danach aus den Art. 101 und 102 AEUV, dass die Mitglied-

564 *Monopolkommission*, Sondergutachten 41 zur 7. GWB-Novelle (Allg. WettbR), 2004, Rn. 55; *Fuchs*, WRP 2005, 1384, 1395; *Hempel*, WuW 2005, 137, 145; *Roth*, in *Basedow* (Hrsg.), *Private Enforcement*, 2007, 61, 77.

565 *van Gerven*, in *Basedow* (Hrsg.), *Private Enforcement*, 2007, 19, 38; *Roth*, EWS 2008, 401, 406; *Zimmer/Philip*, ZEuP 2009, 489, 497 f.

566 *Rapp-Jung* in *MünchKomm KartellR*, Bd. 1, 2007, Art. 83 Rn. 19.

567 EuGH v. 20.9.2001, Rs. C-453/99 - *Courage/Crehan*, Slg. 2001, I-6297.

568 EuGH v. 13.7.2006, Rs. 295/04-298/04 - *Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, Slg. 2006, I-6619.

569 EuGH v. 20.9.2001, Rs. C-453/99 - *Courage/Crehan*, Slg. 2001, I-6297 Rn. 26; EuGH v. 13.7.2006, Rs. 295/04-298/04 - *Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, Slg. 2006, I-6619 Rn. 60.

staaten Schadensersatzansprüche vorsehen müssen, sind unionsrechtliche Akte zur Effektivierung dieser mitgliedstaatlichen Pflicht “zweckdienlich” iSv Art. 103 AEUV.⁵⁷⁰ Die Ausübung der Kompetenz aus Art. 102 AEUV steht unter der zusätzlichen Schranke des Verhältnismäßigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 3 EUV).⁵⁷¹ Danach kommt es für die Frage, ob eine Vorschrift des Unionsrechts dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht, darauf an, ob die gewählten Mittel zur Erreichung des angestrebten Zweckes geeignet sind und ob sie das Maß des hierzu Erforderlichen nicht übersteigen.⁵⁷² Bei der gerichtlichen Nachprüfung dieser Voraussetzungen ist dem Unionsgesetzgeber ein weites Ermessen zuzuerkennen, in dem von ihm politische, wirtschaftliche und soziale Entscheidungen verlangt werden und in dem er komplexe Beurteilungen vorzunehmen hat.⁵⁷³ Eine in diesem Bereich erlassene Maßnahme kann nur dann rechtswidrig sein, wenn sie zur Erreichung des von den zuständigen Organen verfolgten Ziels offensichtlich ungeeignet ist.⁵⁷⁴ Zu untersuchen ist daher, ob die Anordnung einer widerleglichen Vermutung ebenso wie die Anordnung einer Bindungswirkung geeignet ist, die Regelungsziele zu erreichen und ob die Bindungswirkung deshalb über das zur Erreichung dieses Ziel erforderliche Maß hinausgeht.

Regelungsziel ist die unionsweit einheitliche Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV, ein höheres Maß an Rechtssicherheit und die Verbesserung der Wirksamkeit und verfahrensrechtlichen Effizienz von Schadensersatzklagen.⁵⁷⁵ Die Kommission argumentiert, dass man mit einer widerleglichen Vermutung diese Ziele nicht genauso effektiv wie mit einer Bindungswirkung erreichen könne, weil der Beklagte die Feststellungen der NCA wiederholt in Frage stellen könne.⁵⁷⁶ Dagegen findet sich häufig der Einwand, dass dem Beklagten kaum gelingen werde, das Gericht vom Gegenteil der Feststellungen der NCA zu überzeugen. Damit übersieht man aber einen wesentlichen Gesichtspunkt. Die widerlegliche Vermutung ermöglicht dem Beklagten diesen Vortrag und der Grundsatz des rechtlichen Gehörs verlangt dann, dass eine Beweisaufnahme unter Verwendung von Gegengutachten stattzufinden hat.⁵⁷⁷ Man muss daher davon ausgehen, dass sich der Schadensersatzprozess mit der Entscheidung zugunsten einer widerleglichen Vermutung erheblich verzögern wird. Dieser Verzögerung verschärft sich, wenn das Unternehmen zu sog. “Torpedoklagen” greift. Von einem Torpedo spricht man, wenn eine Partei sich

570 Roth, EWS 2008, 401, 407; Zimmer/Philip, ZEuP 2009, 489, 498.

571 Siehe EuGH v. 22.10.1998, Verb. Rs. 36 7nd 37/97 - Kellinghusen/Amt für Land und Wasserwirtschaft Kiel, Slg. 1998, I-6337 Rn. 32 ff.

572 EuGH v. 13.5.1997, Rs. C-233/94 - Deutschland/Rat und Parlament, Slg. 1997, I-2405 Rn. 54; EuGH v. 12.12.2006, Rs. 380/03 - Deutschland/Parlament und Rat, Slg. 2006, I-11573 Rn. 144.

573 EuGH v. 12.12.2006, Rs. 380/03 - Deutschland/Parlament und Rat, Slg. 2006, I-11573 Rn. 145 mwN.

574 Ebenda.

575 Weißbuch, S. 6 f.

576 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 147.

577 Vgl. EuGH v. 10.4.2003, Rs. C-276/01 - Steffensen, Slg. 2003, I-3735 Rn. 71 ff.

bewusst einer langsamen Jurisdiktion bedient, um durch Anrufung eines Gerichts in einem Mitgliedstaat mit bekannt langer Verfahrensdauer die Geltendmachung von Leistungs- oder Schutzansprüchen des anderen Teils wesentlich zu verzögern oder zu vereiteln.⁵⁷⁸ Damit wird ein Mechanismus des Europäischen Zivilrechtsverfahrens ausgenutzt, der an sich zur Vermeidung gegensätzlicher Entscheidungen in den Mitgliedstaaten dient: Art. 27 Brüssel I-VO bewirkt nämlich, dass die zuerst rechts-hängig gewordene negative Feststellungsklage des Rechtsverletzers, der später anhängig gemachten Leistungsklage des Geschädigten vorgeht. Das hängt damit zusammen, dass nach Auffassung des EuGH beim Zusammentreffen von negativer Feststellungs- und Leistungsklage derselbe Anspruch zwischen denselben Parteien vorliegt.⁵⁷⁹ Der EuGH hat es explizit abgelehnt, Art. 27 Abs. 1 Brüssel I-VO für unvertretbar lange Verfahren nicht anzuwenden.⁵⁸⁰ Dahinter steht das Bestreben, Parallelprozesse vor mehreren zuständigen Gerichten der Mitgliedstaaten zu vermeiden. Gleichzeitig wird durch die formale Handhabung Parteien die Möglichkeit eröffnet, dieses Institut zu missbrauchen.⁵⁸¹ Diese Missbrauchsgefahr verringert man für den Kartellschadensersatzprozess, wenn man den Entscheidungen der NCA Feststellungswirkung zuschreibt. Die Rechtstatsachen führen daher zu dem Ergebnis, dass eine widerlegliche Vermutung die angestrebten Ziele nicht in gleicher Effektivität erreichen kann.

Auch hinsichtlich der Rechtsfolgen ist eine widerlegliche Vermutung nicht genauso geeignet wie die Bindungswirkung, um die angestrebten Ziele zu erreichen. Die widerlegliche Vermutung erfasst zunächst Tatsachen (Tatsachenvermutung).⁵⁸² Danach würde widerleglich vermutet, dass die von der NCA festgestellten Tatsachen, aus denen der Wettbewerbsverstoß folgt, vorliegen. Vermutungsgegenstand kann aber auch eine Rechtsposition sein (Rechtsvermutung).⁵⁸³ Im deutschen Recht kann allerdings nur ein Rechtszustand oder eine Rechtsposition vermutet werden.⁵⁸⁴ Rechtsfolgen werden nicht vermutet. Darin liegt neben der Widerleglichkeit der zweite wesentliche Unterschied zur Bindungswirkung. Der rechtlichen Würdigung der festgestellten Tatsachen in der Entscheidung der NCA käme danach keine zwingende Wirkung im Folgeverfahren zu. Damit ist die Bindungswirkung nicht geeignet, die einheitliche Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV sicherzustellen und ein höheres Maß an Rechtssicherheit zu erreichen.

Insgesamt ist die Alternative einer widerleglichen Vermutung teilweise schon nicht geeignet die angestrebten Ziele zu erreichen, und wo sie im Ausgangspunkt

578 Sander/Bressler, ZZP (122) 2009, 157.

579 EuGH v. 6.12.1994, Rs. 406/92 - Tatry, Slg. 1994, I-5439 Rn. 37 ff; näher dazu Sander/Bressler, ZZP (122) 2009, 157, 163 f.

580 EuGH v. 9.12.2003, Rs. C-116/02 - Erich Gasser GmbH/MISAT Srl, Slg. 2003, I-14963 Rn. 70 ff.

581 Näher dazu mit Lösungsvorschlägen Sander/Bressler, ZZP (122) 2009, 157, 165 ff mwN.

582 Vgl. Saenger, in HK-ZPO, 3. Aufl., 2009, § 292 Rn. 2.

583 Vgl. Saenger in HK-ZPO, 2009, § 292 Rn. 3.

584 Vgl. Reichold in Thomas/Putzo, ZPO, 2008, § 292 Rn. 2; Saenger, in HK-ZPO, 2009, § 292 Rn. 3.

geeignet wäre, ist sie weniger gut geeignet als eine Bindungswirkung im Sinne der Feststellungswirkung. Die Entscheidung für die Bindungswirkung und gegen die widerlegliche Vermutung ist daher verhältnismäßig.

IV. Zwischenergebnis

Die mit dem Weißbuch angestrebte Bindungswirkung bedarf einer ausdrücklichen Anordnung im Sekundärrecht. Sie lässt sich nicht mit den Grundsätzen der *Delimitis-* und *Masterfoods*-Entscheidung erklären und folgt auch nicht aus dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung mitgliedstaatlicher Verwaltungsakte.

Sie wirft allerdings erhebliche Rechtfertigungsanforderungen auf. Die Kritik wirft dem Weißbuch vor, den im Unionsrecht verankerten Grundsatz der Gewaltenteilung und der Unabhängigkeit der Gerichte zu verletzen. Soweit die Bindung aus einer rechtskräftigen Entscheidung eines Gerichts im eigenen Mitgliedstaat folgt, werden diese Grundsätze nicht verletzt. Aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte folgt, dass auch eine Bindung an Verwaltungsbehörden mit diesen Grundsätzen vereinbar ist, solange dagegen effektiver Rechtsschutz möglich ist. Das ist schließlich auch der zentrale Gesichtspunkt bei der Bindung an Kartellbehörden anderer Mitgliedstaaten.

Der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes ist mehrfach im Unionsrecht verankert. Er beschränkt die verfahrensrechtliche Autonomie der Mitgliedstaaten. Sie müssen sicherstellen, dass der von der Bindungswirkung Betroffene die Möglichkeit hat, die Entscheidung in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht vor einem Gericht vollständig anzugreifen. Dieser Grundsatz verlangt dieselbe Kontrolldichte im nationalen Recht wie bei der Überprüfung von Kommissionsentscheidungen vor Unionsgerichten. Eine Bindungswirkung bestandskräftiger Entscheidungen ist damit nur zu vereinbaren, wenn die Bestandskraft nach Ablauf angemessener Fristen eintritt. Zum Grundsatz effektiven Rechtsschutzes zählt auch der Grundsatz rechtlichen Gehörs. Dieser verpflichtet auch die nationale Kartellbehörde, dem späteren Adressaten Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben und die Entscheidung umfassend zu begründen.

Besondere Probleme entstehen im Zusammenhang mit der Bindung an ausländische Behörden- und Gerichtsentscheidungen. Grundsätzlich folgt aus der EMRK, dass der Grundsatz effektiven Rechtsschutzes den Vertragsstaat zu einer Anerkennungsprüfung zwingt, bevor er Akte anderer Staaten mit Wirkung im Inland versieht. Diese Anerkennungsprüfung ist innerhalb der Europäischen Union allerdings entbehrlich. Die Entwicklungen im Europäischen Zivilverfahrensrecht belegen diese These. Die Bindungswirkung muss insbesondere nicht unter den Vorbehalt eines anerkennungsrechtlichen *ordre public* gestellt werden. Ein solcher läuft im Europäischen Wettbewerbsrecht im Wesentlichen leer und ist nach Maßgabe der EMRK auch nicht erforderlich. Sowohl der jeweilige Mitgliedstaat als auch die Union und ihre Organe haben während des Ausgangsverfahrens sicherzustellen, dass die

Grundrechte des Betroffenen gewahrt bleiben. Die Kommission hat diese Pflicht bei Ausübung ihrer Kompetenzen nach Art. 11 VO 1/2003 zu berücksichtigen. Letztlich wahrt der EuGH über die Vorlagemöglichkeit die Verfahrensgrundrechte des Betroffenen. Staatsorganisationsrechtlich liegt in diesem Vorgang eine Übertragung von Hoheitsrechten, die in Deutschland von Art. 23 GG erlaubt wird.

Eine widerlegliche gesetzliche Vermutung ist keine vorzugswürdige Alternative. Die Gegenansicht kann sich nicht auf das U.S.-amerikanische Recht stützen, weil dieses mit einer Kombination von materiellen Rechtskraftwirkungen und Beweiserleichterungen arbeitet. Eine widerlegliche Vermutung ist darüber hinaus nicht im gleichen Maße geeignet, die damit angestrebten Ziele zu erreichen.

E. Ausblick

Die GD Wettbewerb arbeitet zur Zeit einen Richtlinienvorschlag aus, mit dessen Veröffentlichung in nächster Zukunft zu rechnen ist. Verschiedene interne Arbeitsfassungen des Vorschlags sind bereits nach außen gedrungen. Soweit man diesen Texten folgen kann und darf, wird sich der Richtlinienvorschlag hinsichtlich der Bindungswirkung eng am Weißbuch orientieren. In einer Entwurfsversion von Anfang Juni 2009 wird in Art. 13 des Richtlinienvorschlags der "Effect of national decisions" wie folgt geregelt:

"Where national courts rule, in actions for damages, on agreements, decisions or practices under Article 81 or 82 of the Treaty which are already the subject of a final infringement decision by a national competition authority or by a review court, Member States shall ensure that the national courts cannot take decisions running counter to such infringement decisions. This obligation is without prejudice to the rights and obligations under Article 234 of the Treaty."

Aus Erwägungsgrund (20) des unveröffentlichten Richtlinienvorschlages folgt, dass Art. 16 VO 1/2003 Vorbild dieser Bindungswirkung ist. Damit würde in der Sache der hier vertretene Ansatz bestätigt, so dass die Ausführungen zum Tatbestand und den Rechtsfolgen (C.II. und III.) für den Richtlinienvorschlag entsprechend gelten. Das gilt auch für die oben (C.II.2.b.) diskutierte Beschränkung der Bindungswirkung auf Entscheidungen, in denen ein Wettbewerbsverstoß positiv festgestellt wurde. Das folgt aus Erwägungsgrund (20):

"the finding of an infringement of Article 81 or 82 of the Treaty [jetzt Article 101 or 102] in a final decision of a national competition authority or a review court should also not be called into question in actions for damages relating to the same infringement".

Aufgrund des mit Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 übereinstimmenden Wortlauts und der Zielsetzung in Erwägungsgrund (20) [*"to enhance legal certainty, to avoid in*

consistency in the application of these Treaty provisions and to increase the effectiveness and procedural efficiency of actions for damages”] folgt unter Berücksichtigung der hier angestellten Überlegungen (C.III.1), dass es sich um eine Feststellungswirkung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht handelt.

Besonders zu erwähnen ist, dass Erwägungsgrund (20) ausdrücklich klarstellt, dass diese Bindungswirkung auch für Zivilgerichte anderer Mitgliedstaaten gilt (“*regardless of whether or not the action is brought in the Member State of the authority or review court*”). Diesbezüglich muss man allerdings einen deutlichen Unterschied zum Weißbuch feststellen. Während dort noch die Möglichkeit eines *ordre public*-Vorbehalts in Anlehnung an Art. 34 Nr. 1 Brüssel I-VO ausdrücklich angesprochen wurde, wird das im Richtlinienvorschlag mit keinem Wort mehr erwähnt. Das ist nach hier vertretener Ansicht konsequent, weil der *ordre public*-Vorbehalt rechtspolitisch unnötig, konventionsrechtlich nicht erforderlich und unionsrechtlich sogar problematisch ist (D.III.3.a). Daraus folgt in der Sache, dass das im Europäischen Zivilverfahrensrecht mittlerweile verankerte Vertrauensprinzip (D.III.3.a) auch im Europäischen Wettbewerbsrecht gelten wird, indem man sich ohne weiteres auf die Rechtmäßigkeit der Entscheidungen von Kartellbehörden und Rechtsbehelfsgerichten anderer Mitgliedstaaten stützen kann. Das Vertrauensprinzip beginnt sich daher insgesamt als ein grundlegendes europäisches Rechtsprinzip herauszubilden. Das entscheidende Problem des Vertrauensprinzips besteht darin, ob es angesichts der Unterschiede in den mitgliedstaatlichen Verfahrensordnungen gerechtfertigt ist, auf die Einhaltung der im Unionsrecht, der Grundrechtecharta und der EMRK verankerten Verfahrensgrundrechte auch tatsächlich vertrauen zu dürfen. Wie hier herausgearbeitet wurde, ist das zentrale Problem der Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen die Sicherstellung der Verfahrensgrundrechte der davon Betroffenen (D.III). In Erwägungsgrund (24) des unveröffentlichten Richtlinienvorschlags findet man dazu den pauschalen Hinweis, dass die Richtlinie die Grundrechte der Grundrechtecharta und der EMRK beachte und dass keine ihrer Bestimmungen in einer Art ausgelegt und angewendet werden soll, die nicht mit diesen Grundrechten vereinbar sei. In der Begründung wird etwas lapidar darauf verwiesen, dass die Verteidigungsrechte der betroffenen Unternehmen vom Unionsrecht geschützt seien. Das trifft sicherlich zu. Entscheidend wird aber letztlich sein, ob es der Kommission gelingen wird, über ihre Einflussmöglichkeiten im ECN sicherzustellen, dass die Verfahrensgrundrechte in den Verfahren vor den NCA institutionell verankert sind und auch in jedem Einzelfall gewahrt bleiben. So wichtig die mit der Bindungswirkung zu erreichenden Ziele für die effektive Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen aus Wettbewerbsverstößen auch sein mögen, man muss mit Nachdruck an ihre grundrechtlichen Grenzen erinnern: Die Bindung an die Feststellungen in tatsächlicher und rechtlicher Sicht einer kartellbehördlichen Entscheidung ist unionsrechtlich nur dann gerechtfertigt, wenn dagegen im nationalen Recht effektive Rechtsschutzmöglichkeiten der betroffenen Unternehmen auch tatsächlich bestehen.

Literaturverzeichnis

- Altmann, Louis/Pollak, Malla, 4 Callmann on Unfair Comp., 4th ed., 2009.
- Ashton, David, Buchbesprechung, ZWeR 2008, 318-323.
- Bartels, Wolfgang, Kooperation zwischen EU-Kommission und nationalen Gerichten im europäischen Wettbewerbsverfahren, ZfRV 2002, 83-94.
- Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-Kartellrecht, 2. Aufl., München 2009.
- Bechtold, Rainer, GWB, 5. Aufl., München 2008.
- Becker, Rainer/Bessot, Nicolas/de Smijter, Eddy, The White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, Comp. Pol'y Newsletter 2008, 4-11.
- Becker, Ulrich, Grundrechtsschutz bei der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung im europäischen Zivilverfahrensrecht, Frankfurt a.M. 2004.
- Berrisch, Georg M./Burianski, Kartellrechtliche Schadensersatzansprüche nach der 7. GWB - Novelle, WuW 2005, 878-888.
- Biavati, Paolo, Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile 61, 2007, 97-118.
- Bornkamm, Joachim, Die Masterfoods-Entscheidung des EuGH, ZWeR 2003, 73-85.
- Bornkamm, Joachim/Becker, Mirko, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellverbots nach der Modernisierung des EG-Kartellrechts, ZWeR 2005, 213-236.
- Brinkmann, Moritz, Das Beweismaß im Zivilprozeß aus rechtsvergleichender Sicht, Köln 2005.
- Brunn, Alexander, Der anerkennungsrechtliche ordre public in Europa und den USA, JZ 1999, 178-187.
- Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 9. Aufl., Neuwied 2001 (zit.: Bearbeiter in: Langen/Bunte).
- Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 10. Aufl., Neuwied 2006 (zit.: Bearbeiter in: Langen/Bunte).
- Callies, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl., München 2007 (zit.: Bearbeiter in: Callies/Ruffert, EUV/EGV).
- Coester-Waltjen, Dagmar, Der neue Europäische Vollstreckungstitel, Jura 2005, 394-397.
- de Bronnett, Georg-Klaus, Kommentar zum Europäischen Kartellverfahrensrecht, München 2005.
- Dreher, Meinhard, Der Zugang zu Entscheidungen mit Bindungswirkung für den kartellrechtlichen Schadensersatzprozess, ZWeR 2008, 325-347.
- Dreher, Meinhard/Adam, Michael, The more economic approach to Art. 82 EC and the legal process, ZWeR 2006, 259-278.
- Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 2, 2. Aufl., Tübingen 2006 (zit.: Bearbeiter in: Dreier, GG).
- Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 3, 2. Aufl., Tübingen 2008 (zit.: Bearbeiter in: Dreier, GG).
- Drexl, Josef, Wettbewerbsverfassung, in: Armin v. Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2009, S. 905-958.
- Durner, Wolfgang, Die Unabhängigkeit nationaler Richter im Binnenmarkt - Zu den Loyalitätspflichten nationaler Gerichte gegenüber EG-Kommission, insbesondere auf dem Gebiet des Kartellrechts, EuR 2004, 547-574.

- Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Mass. 1986.
- Eilmansberger, Thomas, The Relationship Between Rights and Remedies in EC Law: In Search of the Missing Link, 41 CMRL 1199-1246 (2004).
- Erichsen, Hans-Uwe/Ehlers, Dirk (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13. Aufl., Berlin 2006 (zit.: Bearbeiter in: Ehrichsen/Ehlers, Allg. VerwR).
- Frowein, Jochen Abr./Peukert, Wolfgang, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2. Aufl., Kehl 1996.
- Fuchs, Andreas, Die 7. GWB-Novelle - Grundkonzeption und praktische Konsequenzen, WRP 2005, 1384-1396.
- Geiger, Andreas, Anmerkung zu EuGH v. 14.12.2000, Rs. 344/98 Masterfoods, EuZW 2001, 116-117.
- Geimer, Reinhold, *Internationales Zivilprozeßrecht*, 5. Aufl., Köln 2005.
- Geimer, Reinhold/Greger, Reinhart (Hrsg.), 27. Aufl., Köln 2009 (zit.: Bearbeiter in: Zöller, ZPO).
- Gerber, David J., Private enforcement of competition law: a comparative perspective, in: Thomas M.J. Möllers/Andreas Heinemann (Hrsg.), *The Enforcement of Competition Law in Europe*, 2007, S. 431-452.
- Germelmann, Claas Friedrich, *Die Rechtskraft von Gerichtsentscheidungen in der Europäischen Union*, Tübingen 2009.
- Gottwald, Peter, *Zivilprozessrecht*, 16. Aufl., München 2004.
- Grabenwarter, Christoph, Die Revisionsbegründungsfrist nach § 345 I StPO und das Recht auf angemessene Vorbereitung der Verteidigung (Art. 6 III lit. b EMRK), NJW 2002, 109-111.
- Grabenwarter, Christoph, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 4. Aufl., München 2009.
- Grabenwarter, Christoph, Justiz- und Verfahrensgrundrechte, in: Dirk Ehlers (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, Berlin 2005, S. 152-176.
- Grabenwarter, Christoph, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Wien 1997.
- Gundel, Jörg, Justiz- und Verfahrensgrundrechte, in: Dirk Ehlers (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, Berlin 2005, S. 152-176.
- Hanley, Colleen, The abandonment of deference, 44 CMLR 817-836 (2007).
- Hempel, Rolf, Private Follow-on-Klagen im Kartellrecht, WuW 2005, 137-146.
- Hempel, Rolf, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht, Baden-Baden 2002.
- Heselhaus, Sebastian/Nowak, Carsten (Hrsg.), *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, München ua 2006 (zit.: Bearbeiter in: Heselhaus/Nowak, Hdb. Grundrechte).
- Hirsbrunner, Simon/Schädle, Anne, Sicherer Hafen oder Bermudadreieck? - Wohin geht die Reise bei der Neuorientierung der Praxis der Europäischen Kommission gegenüber Missbräuchen marktbeherrschender Unternehmen i.S. des Art. 82 EG?, EuZW 2006, 583-587.
- Hirsch, Günter, Anwendung der Kartellverfahrensordnung (EG) Nr. 1/2003 durch nationale Gerichte, ZWeR 2003, 233-254.
- Hirsch, Günter/Montag, Frank/Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.), *Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht (Kartellrecht)*, Bd. 1, München 2007 (zit.: Bearbeiter in: MünchKomm KartellR).
- Huber, Peter Michael, Das institutionelle Gleichgewicht zwischen Rat und Europäischem Parlament in der künftigen Verfassung für Europa, EuR 2003, 574-599.
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht*, EG/Teil 1, 4. Aufl., München 2007 (zit.: Bearbeiter in: Immenga/Mestmäcker, GWB).

- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, EG/Teil 2, 4. Aufl., München 2007 (zit.: Bearbeiter in: Immenga/Mestmäcker).
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, GWB, 4. Aufl., München 2007 (zit.: Bearbeiter in: Immenga/Mestmäcker, GWB).
- Jahn, Isabel, Das Europäische Verfahren für geringfügige Forderungen, NJW 2007, 2890-2895.
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo (Hrsg.), GG, 10. Aufl., München 2009 (zit.: Bearbeiter in: Jarass/Pieroth, GG).
- Jeager, Wolfgang/Pohlmann, Petra/Rieger, Harald/Schroeder, Dirk (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 68. Lfg., Köln 2009 (zit.: Bearbeiter in: FK KartR).
- Jüntgen, David Alexander, Die prozessuale Durchsetzung privater Ansprüche im Kartellrecht, Köln 2007.
- Kamann, Hans-Georg/Selmayr, Martin, Das Risiko der Bestandskraft - Praktische Hinweise zur Anfechtung von Gemeinschaftsentscheidungen, NVwZ 1999, 1041-1045.
- Katzenmeier, Christian, Beweismaßreduzierung und probabilistische Proportionalhaftung, ZZP 117, 2004, 187-216.
- Kirchhoff, Wolfgang, Sachverhaltsaufklärung und Beweislage bei der Anwendung des Art. 81 EG-Vertrag, WuW 2004, 745-754.
- Kirchhoff, Wolfgang, Sachverhaltsaufklärung und Beweislage bei der
- Kjølle, Lars, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 14.12.2000, Rs. 344/98 Masterfoods, 39 CMLR 175-184 (2002).
- Klees, Andreas, Europäisches Kartellverfahrensrecht, Köln 2005.
- Komninos, Assimakis, EC Private Antitrust Enforcement, Oxford & Portland, 2008.
- Komninos, Assimakis, Effect of Commission Decisions on Private Antitrust Litigation: Setting the Story Straight, 44 CMLR 1387-1428 (2007).
- Komninos, Assimakis, New Prospects for Private Enforcement of EC Competition Law: Courage v. Crehan and the Community Right to Damages, 39 CMLR 447-487 (2002).
- Kopp, Ferdinand/Ramsauer, Ulrich (Hrsg.), 10. Aufl., München 2008 (zit.: Bearbeiter in: Kopp/Ramsauer, VwVfG).
- Kropholler, Jan, Europäisches Zivilprozeßrecht, 8. Aufl., Frankfurt a.M. 2005.
- Kunig, Philip (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 3, 5. Aufl., München 2003 (zit.: Bearbeiter in: v. Münch/Kunig, GG).
- Last, Christina, Garantie wirksamen Rechtsschutzes gegen Maßnahmen der Europäischen Union, Tübingen 2008.
- Leopold, Anders/Reiche, Esther, Zur Vorlageberechtigung mitgliedstaatlicher Wettbewerbsbehörden nach Art. 234 EG, EuZW 2005, 143-144.
- Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl M./Riesencampff, Alexander (Hrsg.), Kartellrecht, 2. Aufl., München 2009 (zit.: Bearbeiter in: Loewenheim/Meessen/Riesencampff).
- Logemann, Hans Philip, Der kartellrechtliche Schadensersatz, Berlin 2009.
- Malferri, Luigi, Neues zur Kompetenzverteilung zwischen Kommission und nationaler Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts und zum Verhältnis zwischen Nichtigkeitsklage und dem Vorabentscheidungsverfahren, EuR 2001, 605-616.
- Mankowski, Peter, Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung, RIW 2008, 177-193.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim/Schweitzer, Heike, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., München 2004.

- Meyer-Ladewig, Jens, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Baden-Baden 2006.
- Meyer, Michael, Die Bindung der Zivilgerichte an Entscheidungen im Kartellverwaltungsrechtsweg - der neue § 33 IV GWB auf dem Prüfstand, GRUR 2006, 27-33.
- Michaels, Sascha, Anerkennungspflichten im Wirtschaftsverwaltungsrecht der Europäischen Gemeinschaft und der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 2004.
- Möllers, Thomas M.J./Heinemann, Andreas, The Enforcement of Competition Law in Europe, 2007.
- Monopolkommission, Sondergutachten 41 zur 7. GWB-Novelle (Allg. WettbR), Baden-Baden 2004.
- Möschen, Wernhard, "Effizienter Wettbewerbsschutz in einer erweiterten Gemeinschaft durch Einbeziehung der nationalen Wettbewerbsbehörden und nationalen Gerichte?", WuW 2001, 147-148.
- Musielak, Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 6. Aufl., München 2008 (zit.: Bearbeiter in: Musielak, ZPO).
- Nagel, Heinrich/Gottwald, Peter, Internationales Zivilprozeßrecht, 6. Aufl., Köln 2007.
- Neßler, Volker, Der transnationale Verwaltungsakt - Zur Dogmatik eines neuen Rechtsinstituts, NVwZ 1995, 863-866.
- Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Bd. 2, 25. Erg.-Lief., 2005 (zit.: Bearbeiter in: Grabitz/Hilf).
- Papier, Hans-Jürgen, Die richterliche Unabhängigkeit und ihre Schranken, NJW 2001, 1089-1094.
- Paulis, Emil, Policy Issues in the Private Enforcement of EC Competition Law, in: Jürgen Basedow (Hrsg.), Private Enforcement of EC Competition Law, Alphen aan den Rijn 2007, S. 7-16.
- Pohlmann, Petra, Keine Bindungswirkung von Bekanntmachungen und Mitteilungen der Europäischen Kommission, WuW 2005, 1005-1009.
- Rauscher, Thomas (Hrsg.), Europäisches Zivilprozeßrecht, Bd. 1, 2. Aufl., München 2006 (zit.: Bearbeiter in: Rauscher, Europäisches ZivilprozeßR).
- Rauscher, Thomas (Hrsg.), Europäisches Zivilprozeßrecht, Bd. 2, 2. Aufl., München 2006 (zit.: Bearbeiter in: Rauscher, Europäisches ZivilprozeßR).
- Rauscher, Thomas/Wenzel, Joachim/Wax, Peter (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Bd. 1, 3. Aufl., München 2008 (zit.: Bearbeiter in: MünchKomm ZPO).
- Reichhold, Klaus/Hüßtege, Rainer (Hrsg.), 29. Aufl., München 2008 (zit.: Bearbeiter in: Thomas/Putzo, ZPO).
- Ritter, Jan-Stephan, Private Durchsetzung des Kartellrechts, WuW 2008, 762-774.
- Röhling, Andreas, Die Zukunft des Kartellverbots in Deutschland nach In-Kraft-Treten der neuen EU-Verfahrensrechtsordnung, GRUR 2003, 1019-1025.
- Roth, Wulf-Henning, Das Kartelldeliktsrecht in der 7. GWB-Novelle in: Theodor Baums/Johannes Wertenbruch (Hrsg.) Festschrift für Ulrich Huber, 2006, S. 1134-1171 (zit.: FS U. Huber).
- Roth, Wulf-Henning, Internationales Kartelldeliktsrecht in der Rom II-Verordnung in: Dietmar Beatge/Jan von Hein/Michael von Hinden (Hrsg.) Die richtige Ordnung - Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag, 2008, S. 623-649 (zit.: FS Kropholler).
- Roth, Wulf-Henning, Private Enforcement of European Competition Law - Recommendations Flowing from the German Experience, in: Jürgen Basedow (Hrsg.), Private Enforcement of EC Competition Law, Aalphen aan den Rhijn 2007, S. 61-81.
- Roth, Wulf-Henning, Rechtssetzungskompetenzen für das Privatrecht in der Europäischen Union, EWS 2008, 401-415.

- Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 5. Aufl., München 2009 (zit.: Bearbeiter in: Sachs, GG).
- Saenger, Ingo (Hrsg.), Zivilprozessordnung - Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2009 (zit.: Bearbeiter, inHK-ZPO).
- Sander, Florian/Bressler, Steffen, Das Dilemma mitgliedstaatlicher Rechtsgleichheit und unterschiedlicher Rechtsschutzstandards in der Europäischen Union, ZZP 122, 2009, 157-185.
- Schenke, Wolf-Rüdiger, Verwaltungsgerichtsordnung, 15. Aufl., München 2007.
- Scheuing, Dieter, Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten, EuR 2005, 162-191.
- Schlosser, Peter, EU-Zivilprozessrecht, 3. Aufl., München 2009.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard, Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht, DVBl. 1993, 924-936.
- Schmidt, Karsten, Gesetzliches Kartell-Zivilprozeßrecht, ZWeR 2007, 394-418.
- Schmidt, Karsten, Umdenken im Kartellverfahrensrecht!, BB 2003, 1237-1245.
- Schoch, Friedrich/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Bd. II, 17. Erg.-Lief., München 2008 (zit.: Bearbeiter in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO).
- Schroeder, Daniela, Bindungswirkungen von Entscheidungen nach Art. 249 EG im Vergleich zu denen von Verwaltungsakten nach deutschem Recht, Berlin 2006.
- Schütt, Marc, Individualrechtsschutz nach der 7. GWB-Novelle, WuW 2004, 1124-1133.
- Schwarze, Jürgen (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2009 (zit.: Bearbeiter in: Schwarze, EU).
- Schwarze, Jürgen, Europäisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2005.
- Schweda, Marc, Die Bindungswirkung von Bekanntmachungen und Leitlinien der Europäischen Kommission, WuW 2003, 1133-1144.
- Seibert, Max-Jürgen, Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten, Baden-Baden 1989.
- Stadler, Astrid, Das Europäische Zivilprozessrecht - Wie viel Beschleunigung verträgt Europa, IPRax 2004, 2-11.
- Stadler, Astrid, Der Europäische Vollstreckungstitel, RIW 2004, 801-808.
- Starck, Christian (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, Bd. 3, 5. Aufl., München 2005 (zit.: Bearbeiter in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG).
- Stein, Andreas, Der Europäische Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen tritt in Kraft - Aufruf zu einer nüchternen Betrachtung, IPRax 2004, 181-191.
- Stein/Jonas, Zivilprozessordnung, 21. Aufl., Tübingen 1994 (zit.: Bearbeiter in: Stein/Jonas, ZPO).
- Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Aufl., München 2008 (zit.: Bearbeiter in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG).
- Stürner, Rolf, Die "Principles of Transnational Civil Procedure", ZZPInt. 11, 2006, 381-401.
- Stürner, Rolf, Duties of Disclosure and Burden of Proof in the Private Enforcement of European Competition Law, in: Jürgen Basedow (Hrsg.), Private Enforcement of EC Competition Law, Alphen aan den Rhijn 2007, S. 163-192.
- Stürner, Rolf, The Principles of Transnational Civil Procedure, RabelsZ 69, 2005, 201-254.
- Sujecki, Bartosz, Das Europäische Mahnverfahren, NJW 2007, 1622-1625.
- Tettinger, Peter J./Stern, Klaus (Hrsg.), Europäische Grundrechtecharta, München 2006 (zit.: Bearbeiter in: Tettinger/Stern, GrCh).
- van Gerven, Walter, Private Enforcement of EC Competition Rules in the ECJ, in: Jürgen Basedow (Hrsg.), Private Enforcement of EC Competition Law, Alphen aan den Rijn 2007, S. 19-38.

- Wagner-von Papp, Florian, Internationales Wettbewerbsrecht, in: Christian Tietje (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, Berlin 2009, S. 455-513.
- Wagner, Rolf, Der Europäische Vollstreckungstitel, NJW 2005, 1157-1160.
- Wagner, Rolf, Vom Brüsseler Übereinkommen über die Brüssel I-Verordnung zum europäischen Vollstreckungstitel, IPRax 2002, 75-95.
- Zimmer, Daniel/ Logemann Hans- Philip, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht, ZEuP 2009, 489-516.
- Zuber, Andreas, Die EG-Kommission als *amicus curiae*, Köln 2001.
- Zuleeg, Manfred, Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft, NJW 1994, 545-549.

Zum Problem der Schadensabwälzung und seiner Analyse durch das KG in „Transportbeton“

Friedrich Wenzel Bulst¹

A.	Einführung	226
B.	Schadensumfang	227
C.	Lösungen de lege lata	229
I.	Deutschland	229
1.	Die Vorteilsausgleichung im System der §§ 249ff. BGB	230
2.	Zum Kriterium der Kausalität	233
3.	Zum Zweck der Ersatzpflicht	235
II.	England und Frankreich	241
III.	EU-Recht	242
IV.	USA	245
D.	Rechtspolitische Überlegungen und die Lösung des KG	247
I.	Anspruchsberechtigung von Folgeabnehmern	247
II.	Bestimmung der Schäden von Folgeabnehmern	248
1.	Die Suche nach einer geeigneten Schätzungsgrundlage	248
2.	Vereinbarkeit mit dem deutschen Recht	250
III.	Beachtlichkeit des Abwälzungseinwands	251
IV.	Kollektiver Rechtsschutz	252
V.	Die Lösung des KG	253
1.	Zum Ausschluss des Einwands der Vorteilsausgleichung auf der Grundlage der Gesamtgläubigerschaftslösung	254
2.	Zu den Voraussetzungen der Gesamtgläubigerschaft	259
3.	Zwischenergebnis	260
E.	Ausblick	261

1 Der Beitrag gibt die persönliche Auffassung des Verfassers wieder. Er vermag die Kommission nicht zu binden. Teile dieses Beitrags erscheinen auf Englisch unter dem Titel „Passsing on“ in Tichý (Hrsg.), Private Enforcement of Competition Law (in Vorbereitung). Der Verfasser dankt Frau Juliane Beck für deren Übersetzung ins Deutsche und Herrn Dr. Rainer Becker, LL.M. für kritische Anmerkungen.

A. Einführung

Das Problem der Schadensabwälzung wird in fast allen kartellrechtlichen Schadensersatzprozessen virulent, die von Abnehmern gegen Lieferanten angestrengt werden, die eines Kartellrechtsverstoßes mit preiserhöhender Wirkung bezichtigt werden. Ein Beklagter in einem solchen Verfahren beruft sich auf den Einwand der Schadensabwälzung, wenn er anführt, dass der klagende Abnehmer die auf den Wettbewerbsverstoß zurückzuführende Überteuerung² ganz oder teilweise auf die nächste Marktstufe abgewälzt hat. Daher habe der Abnehmer trotz des erhöhten Einkaufspreises keinen Nachteil erlitten. Ein Folgeabnehmer mag sich seinerseits auf den Vorgang der Abwälzung berufen, um den Eintritt eines Schadens auf seiner Wirtschaftsstufe zu begründen.

Im Folgenden werden diejenigen Abnehmer eines von einem Wettbewerbsverstoß betroffenen Guts als „Direktabnehmer“ bezeichnet, die in einem Vertragsverhältnis³ mit dem Kartellanten⁴ stehen. „Folgeabnehmer“ sind alle Abnehmer mit Ausnahme der Direktabnehmer. Diese Gruppe besteht daher aus Zwischen- und jenen Endabnehmern, die nicht direkt von dem Unternehmen erworben haben, das für den Verstoß verantwortlich ist.⁵

Es ist unwahrscheinlich, dass das Phänomen der Schadensabwälzung nur bei Kartelldelikten und nicht auch in anderen Bereichen des Deliktsrechts auftritt. Dennoch haben sich in diesen Bereichen bisher offenbar keine Lösungen abgezeichnet, die sich ohne weiteres auf kartellrechtliche Zusammenhänge übertragen ließen. Das Kartellrecht erscheint in dieser Hinsicht besonders. Marktteilnehmern fehlt – besonders im Fall von Verstößen gegen Art. 101 AEUV – oftmals das Bewusstsein, durch einen Wettbewerbsverstoß geschädigt worden zu sein. Erst bei Aufdeckung des Verstoßes wird dem Abnehmer deutlich, dass der gezahlte Preis zu hoch ist. Bleibt ein Kartell geheim, bleibt dem Abnehmer auf Dauer verborgen, dass der gezahlte Preis in Wahrheit ein Kartell- und kein Wettbewerbspreis war.⁶

2 Für eine Definition der Überteuerung siehe unter B.

3 Vertragsverhältnis bezieht sich auf Kauf- und ähnliche eine Preisfestlegung enthaltende Verträge. Dieses Kriterium kann praktische Bedeutung haben, wie etwa in In re Microsoft Corp. Antitrust Litigation, 127 F. Supp. 2d 702, 709 (D.Md 2001) (mit weiteren Nachweisen zu ähnlichen Fällen) deutlich wird. In diesem Fall waren die Kläger Endabnehmer von Client-PCs, auf denen das Betriebssystem der Beklagten, das von dem behaupteten Wettbewerbsverstoß betroffene Produkt, vorinstalliert war. Obwohl die Kläger die PCs nicht von der Beklagten erworben hatten, brachten sie (ohne Erfolg) vor, dass sie Direktabnehmer des Betriebssystems seien, da sie mit der Beklagten eine Endnutzer-Lizenzvereinbarung eingegangen seien.

4 Wenn im Folgenden von Kartellant, Kartellprozess, Kartelldeliktsrecht, Kartellpreis, kartellbefangenen Gütern, Kartellverbot, Kartellverstoß etc. die Rede ist, sind mit „Kartell“ alle dem Kartellrecht unterfallenden Verhaltensweisen gemeint und nicht nur Kartelle im strikten Sinne, es sei denn, aus dem Kontext ergibt sich etwas anderes.

5 Die Stellung eines Marktteilnehmers, der das betreffende Gut modifiziert (Zwischen- oder Endabnehmer?), wird unten behandelt.

6 Dies lässt sich – wie die meisten Beobachtungen in diesem Beitrag – *mutatis mutandis* auf Anbieter anwenden, die durch Wettbewerbsverstöße ihrer Abnehmer geschädigt worden sind.

Verdeckte Kartelldelikte unterscheiden sich daher in einem bedeutenden Gesichtspunkt von vielen gewöhnlichen, offenen Delikten.⁷ Ein „gewöhnlicher“ deliktischer Anspruch röhrt zumeist von einer Situation her, in der eine Person einen Schaden erlitten hat und die dafür verantwortliche Person ausfindig zu machen sucht. Der Geschädigte muss folglich die verantwortliche Person identifizieren und feststellen, ob diese Person rechtswidrig oder zumindest in einer die zivilrechtliche Haftung auslösenden Weise gehandelt hat. Zudem muss er Kausalität und möglicherweise auch Verschulden nachweisen. Bei (verdeckten) Kartellrechtsverstößen hingegen ist der Ursprung eines deliktischen Anspruchs häufig umgekehrt. Am Anfang steht eher die Entdeckung eines rechtswidrigen Verhaltens als die erlittener Schäden. Demzufolge sind zwar die rechtswidrige Handlung und deren Täter bekannt. Es kann aber schwierig sein, das Ausmaß der Folgen dieses Verhaltens – den (normativen) Schaden – zu bemessen und die Opfer zu identifizieren. Letztlich hängen die Größe der Gruppe der betroffenen Marktteilnehmer und das Ausmaß, in dem diese betroffen sind, zum Teil von ihren, als auch den Reaktionen anderer Marktteilnehmer auf den Verstoß ab. Soll ermittelt werden, wer dem Verstoß in welchem Ausmaß ausgesetzt war, stellt sich das Problem der Schadensabwälzung.

B. Schadensumfang

Endabnehmer, die nicht gleichzeitig Direktabnehmer sind,⁸ werden in der Regel auf Entschädigung in Höhe der Überteuerung („*overcharge*“) klagen, d.h. auf die Differenz zwischen dem tatsächlich gezahlten Preis und dem (hypothetischen) Wettbewerbspreis, den sie gezahlt hätten, wenn es nicht zu dem Wettbewerbsverstoß gekommen wäre. Außerdem kann ihr Schaden zu einem Konsumverzicht hinsichtlich der Einheiten führen, die sie aufgrund der Angebotsverknappung (Outputreduktion) nicht erworben haben („*dead weight loss*“). Der ökonomischen Theorie zufolge verursachen Kartellrechtsverstöße, die – wie beispielsweise Preisabsprachen – zu Preisen über dem Wettbewerbsniveau führen, einen *dead weight loss*, da eine suboptimale⁹ Anzahl von Einheiten des betroffenen Guts produziert wird.¹⁰ Dieser *dead*

Ebenso finden diese Betrachtungen nicht nur auf Güter, sondern auch auf Dienstleistungen Anwendung.

- 7 Sie unterscheiden sich aus den gleichen Gründen sogar von anderen verdeckten Delikten, wie der arglistigen Täuschung über die Eigenschaften eines Guts oder das mit einer Investition einhergehende Risiko.
- 8 Zu diesen Direktabnehmern sogleich.
- 9 Zu den Schwierigkeiten, dieses optimale Niveau zu bestimmen, siehe *Bulst*, Schadensersatzansprüche, 2006, S. 280.
- 10 Siehe bereits *Adam Smith*, The Wealth of Nations, Kapitel VII, Rz. 26: „The monopolists, by keeping the market constantly understocked, by never fully supplying the effectual demand, sell their commodities much above the natural price, and raise their emoluments, whether they consist in wages or profit, greatly above their natural rate.“

weight loss auf Ebene der Endabnehmer¹¹ soll in diesem Beitrag angesichts der Zurückhaltung vieler europäischer Rechtsordnungen, Entschädigung für „entgangenen Genuss“ (als Form eines immateriellen Schadens) außerhalb bestimmter enger Kategorien zu gewähren, unbeachtet bleiben.¹² Auch vom Weißbuch der europäischen Kommission über Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts¹³ und dem beigefügten Staff Working Paper¹⁴ wird dieser Schadensposten nicht behandelt.

Als gängige Möglichkeiten der Definition des von Direktabnehmern sowie Zwischenabnehmern auf einer niedrigeren Marktstufe erlittenen Schadens gelten die beiden folgenden Alternativen: Die erste Alternative definiert diesen Schaden als die Überteuierung (Teil des *damnum emergens*), also wie beim Endabnehmer, plus den entgangenen Gewinn für aufgrund der Überteuierung nicht erworbene Einheiten des betroffenen Gutes (die folglich nicht an Abnehmer auf niedrigeren Marktstufen weiterverkauft wurden). Dieser entgangene Gewinn (*lucrum cessans*) spiegelt den *dead weight loss* auf Ebene der Folgeabnehmer wider. Die zweite Alternative definiert Schäden als die Differenz zwischen dem Gewinn, den der Abnehmer ohne den Wettbewerbsverstoß mit dem fraglichen Input hätte erzielen können, und dem tatsächlich erzielten Gewinn.¹⁵

Im Rahmen der zweiten Alternative ist die Schadensabwälzung des Klägers *per definitionem* zu berücksichtigen. Ihm wird zugleich die entsprechende Beweislast auferlegt. Der Kläger hat also den Beweis zu erbringen, dass er den Schaden nicht weitergewälzt hat. Die erste Alternative hingegen lässt die Fragen nach der Relevanz der Schadensabwälzung und der Verteilung der Beweislast offen. Es besteht jedoch ein weiterer Unterschied zwischen den beiden Alternativen: Die zweite Alternative bezieht mögliche Schadensposten in die Betrachtung ein, welche die erste übergeht: Erstens berücksichtigt sie insbesondere den Anteil der Fixkosten, der auf die wegen der Preiserhöhung nicht erworbenen Einheiten entfällt und bei der reinen Abwälzung der Überteuierung nicht mit weitergewälzt wurde. Zweitens bezieht sie die Skaleneffekte (neben dem Kaufpreis des betroffenen Inputs) ein, von denen der Erwerber bei einer größeren angekauften Menge profitiert hätte.¹⁶

Selbst wenn der Abwälzungseinwand gestattet wird und eine Überteuierung vollständig weitergewälzt wurde, hat der Abnehmer demnach über den entgangenen Ge-

11 Auf Ebene der Zwischenabnehmer spiegeln sich die Folgen des *dead weight loss* in der Regel als entgangener Gewinn wider, näher sogleich.

12 Siehe z.B. *Deutsch*, Haftungsrecht, 2. Aufl., 1996, S. 562-563.

13 Kom(2008), verfügbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_de.pdf. Das Weißbuch wird von einem Impact Assessment Report (Staff Working Document) (SEC(2008) 405) und einer Zusammenfassung des Folgenabschätzungsberichts (SEK(2008) 406) begleitet. Verfügbar ebenda.

14 SEC(2008) 404, verfügbar unter <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>.

15 Siehe ausführlich *Bulst*, Schadenersatzansprüche, S. 286-290.

16 Formal dargestellt bei *Bulst*, Schadenersatzansprüche, S. 288-290.

wenn wegen nicht erworberer Einheiten hinausgehende Schäden erlitten, wie nicht erzielte Skaleneffekte und Fixkosten für nicht angekaufte Einheiten.

C. Lösungen de lege lata

I. Deutschland

Das Problem der Schadensabwälzung hat sich bereits in kartellrechtlichen Schadensersatzprozessen in mehreren europäischen Rechtsordnungen gestellt, insbesondere im Rahmen der deliktsrechtlichen Aufarbeitung der bekannten Vitaminkartelle. Angesichts der als unbefriedigend empfundenen Rechtsprechung novellierte der deutsche Gesetzgeber im Jahr 2005 das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) (7. GWB-Novelle).¹⁷ Dessen § 33 Abs. 3 lautet nun:

„Wer einen [Wettbewerbs]Verstoß [...] vorsätzlich oder fahrlässig begeht, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. *Wird eine Ware oder Dienstleistung zu einem überreuterten Preis bezogen, so ist der Schaden nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Ware oder Dienstleistung weiterveräußert wurde [...]*“¹⁸.

Der zu Recht vorherrschenden Auffassung zufolge führt diese Vorschrift nicht zur Unbeachtlichkeit des Abwälzungseinwands, sondern zur Anwendung der allgemeinen Regeln über die Vorteilsausgleichung. Nach dem Gesetzeswortlaut soll der Schaden „nicht ausgeschlossen“ sein. Die Formulierung ist unglücklich. Es ist nicht ersichtlich, dass je die Auffassung vertreten worden wäre, dass eine Weiterveräußerung als solche einen Schaden des Kartellabnehmers ausschließt. Problematisch ist allein eine Weiterveräußerung, die zu einem höheren Preis geschieht als sie ohne den Kartellverstoß erfolgt wäre. Gemeint ist in § 33 Abs. 3 S. 2 GWB, dass die Weiterveräußerung – ganz gleich zu welchem Preis – für die Frage der Schadensentstehung ohne Bedeutung sein soll. Das wird aus der Formulierung „der Schaden“ deutlich. Andernfalls hätte es nämlich „ein Schaden“ heißen müssen. Diese Auslegung wird durch die bereits oben zitierte Gesetzesbegründung bestätigt, in der es heißt:

„Die weitere Schadensentwicklung durch eine Weiterveräußerung der Ware oder Dienstleistung regelt sich nach den Grundsätzen der Vorteilausgleichung [sic]. ... Dabei ist zum einen zu prüfen, ob im Rahmen einer wertenden Betrachtungsweise eine Vorteilausgleichung bei Kar-

17 Zu Einzelheiten zum Hintergrund und der Gesetzesgebungsgeschichte der 7. GWB-Novelle siehe Bulst, Schadensersatzansprüche, S. 102-106.

18 Hervorhebung nicht im Original. Der vollständige Text lautet: „Wer einen Verstoß nach Absatz 1 vorsätzlich oder fahrlässig begeht, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Wird eine Ware oder Dienstleistung zu einem überreuterten Preis bezogen, so ist der Schaden nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Ware oder Dienstleistung weiterveräußert wurde...“.

tellrechtsverstößen sachgerecht ist. ... In jedem Fall ist für die im Rahmen der Schadensminde-
rung zu berücksichtigenden Umstände der Schädiger darlegungs- und beweisbelastet.“¹⁹

Die Rechtsfolge des § 33 Abs. 3 S. 2 GWB ist also, dass mit Bezug einer über-
teuerten Ware oder Dienstleistung ein Schaden beim Beziehenden entsteht. Systematisch ist dies eine Frage des allgemeinen Schadensrechts. § 33 Abs. 3 GWB ist
damit nicht mehr nur *lex specialis* gegenüber § 823 Abs. 2 BGB, sondern, soweit es
um die Schadensentstehung geht, auch gegenüber den §§ 249ff. BGB. Die Frage der
Schadensabwälzung wird so zu einer Frage der Schadensminderung, genauer der
Vorteilsausgleichung.

Wie hoch der – im Falle einer Abwälzung gegebenenfalls zu mindernde, aber
nach § 33 Abs. 3 S. 2 GWB jedenfalls zunächst entstandene – Schaden ist, ordnet
die Vorschrift indes nicht an. Sinnvollerweise kann der nach § 33 Abs. 3 GWB zu
ersetzende Schaden nur in der Differenz zwischen Kartell- und hypothetischem
Wettbewerbspreis zu sehen sein. Stellte man nämlich auf den dem Abnehmer durch
den Verstoß entgangenen Gewinn ab, so ist darin ein erzielter Weiterveräußerungs-
erlös entgegen § 33 Abs. 3 S. 2 GWB schon eingerechnet, das heißt abgezogen.²⁰ Wenn der entgangene Gewinn also insgesamt nicht mehr als Schaden in Betracht
kommt, bleiben doch der entgangene Gewinn für aufgrund des Verstoßes nicht ab-
genommene Einheiten sowie die unter B. genannten Posten als mögliche Schadens-
posten neben der Differenz. Sie können nicht abgewälzt werden und bleiben von
§ 33 Abs. 3 S. 2 GWB unberührt.

1. Die Vorteilsausgleichung im System der §§ 249ff. BGB

Nach § 249 Abs. 1 BGB hat der zum Schadensersatz Verpflichtete den Zustand her-
zustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht
eingetreten wäre. Eine Definition des Schadens ist darin nicht enthalten, wohl aber
wird die Totalreparation als Ziel des Ausgleichs bestimmt. *Prima facie* legt die For-
mulierung des § 249 Abs. 1 BGB den Schluss nahe, dass für die Ermittlung des her-
zustellenden Als-ob-Zustands alle dem Verletzten ungünstigen Abweichungen von
dem wirklichen Zustand ebenso zu berücksichtigen sind wie alle ihm günstigen. Die
Frage, ob eine Vorteilsausgleichung – häufig unter dem gemeinen Recht ent-
stammenden²¹ Begriff *compensatio lucri cum damno* diskutiert – vorgenommen
wird, sollte sich damit gar nicht stellen. Dieser Eindruck wird noch verstärkt, wenn
man sich die Definition des Interesses bei *Friedrich Mommsen* in Erinnerung ruft,
auf die die heute als Ausgangspunkt der Schadensbestimmung vorherrschende Dif-
ferenzhypothese zurückgeht. Nach *Mommsen* ist der Umfang des Schadensersatzes

19 BT-Drucks. 15/5049, 49.

20 Vgl. Text bei Fn. 15.

21 *Thüsing*, Schadensberechnung, 2001, S. 116 m.w.N.

durch die Höhe des Interesses bestimmt.²² Das Interesse definiert er als „die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkte ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkte haben würde“.²³ Es scheint also, als werde die Frage nach der Beachtlichkeit von durch das schädigende Ereignis verursachten Vorteilen durch ein Bekenntnis zur Differenzhypothese bereits bejaht. Davon ging *Mommsen* in der Tat aus.²⁴ Heute besteht jedoch Einigkeit darüber, dass ein rein mechanisch-rechnerisches Vorgehen den Blick nicht in der Weise zu fokussieren erlaubt, wie es für die Erzielung praktisch verwertbarer und vor allem sachgerechter Ergebnisse erforderlich ist.²⁵ Man kann der Differenzhypothese allerdings entnehmen, dass die Durchführung der Vorteilsausgleichung der Grundsatz und ihre Versagung die Ausnahme sein soll.²⁶ Zwar überwiegen innerhalb der unter dem Begriff der Vorteilsausgleichung diskutierten Fallgruppen die Konstellationen deutlich, in denen eine Anrechnung nicht vorgenommen wird,²⁷ dennoch erscheint die Versagung einer Anrechnung regelmäßig begründungsbedürftig.²⁸ Das ergibt sich aus dem gesetzlichen Auftrag, soweit möglich den Als-ob-Zustand herzustellen. Deutlich wird das auch in den Motiven zum BGB. Dort heißt es:

„Die Entscheidung der Frage, ob und inwiefern bei Schadensersatzansprüchen der Vortheil, welcher dem Beschädigten durch den schadensbringenden Umstand zugefallen ist, von der Ersatzsumme in Anrechnung zu bringen sei, (*compensatio lucri et damni*), muß der Rechtswissenschaft und Praxis überlassen werden. Einerseits versteht sich wohl von selbst, daß derjenige, welcher wegen Verletzung einer ihm obliegenden Verpflichtung zum Schadensersatz verpflichtet ist, zur Ablehnung dieser Verpflichtung sich nicht darauf berufen darf, daß er andere in demselben Rechtsverhältnisse sich gründende Verpflichtungen vollständig und mit bestem Erfolge erfüllt hat, andererseits, daß, wenn aus einer und derselben Maßregel oder aus einem Komplexe von Maßregeln, für welche dieselbe Person einzustehen hat, *schädliche und nützliche Folgen entstanden sind, diese nicht voneinander getrennt werden können, sondern auf das Gesamtergebnis geblickt werden muß*. Allein der Versuch einer Entscheidung der Frage durch einen Ausspruch im Gesetze wäre insbesondere für Deliktsfälle bedenklich. Ihre Lösung hängt wesentlich mit der Feststellung des Schadensbegriffes zusammen, welche ohnedies nicht für alle Fälle nach allen möglichen und sonst zweifelhaften Seiten hin durch das Gesetz erfolgen kann. Der Versuch müßte zu einer weitgehenden Kasuistik führen, von welcher keine befriedi-

22 *Mommsen*, Obligationenrecht II, 1855, z.B. S. 27 und 47ff.

23 *Mommsen*, Obligationenrecht II, S. 3.

24 *Mommsen*, Obligationenrecht II, S. 192. Ebenso für das Pandektenrecht *Windscheid*, Lehrbuch, 2. Band, 7. Aufl., 1891, § 258, 1: „Hat die betreffende Thatsache nicht bloß Nachtheil, sondern auch Vortheil hervorgebracht, so ist wirklicher Nachtheil nur, was nach Abzug des Vortheils übrig bleibt.“ In Fn. 4 heißt es: „Das folgt aus der Natur der Sache. ...“.

25 Statt aller *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., 2003, § 9 III 2.

26 So z.B. *Schiemann* in *Staudinger*, BGB (2005), § 249 Rz. 132; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, Bd. 1, Allgemeiner Teil, Teilbd. 2, 7. Aufl., 1993, § 33 V 1 m. zahlr. w.N.

27 *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 9 III 3; *Deutsch*, Haftungsrecht, Rz. 844.

28 A.A. *Thiele*, AcP 167 (1967), 193, 199ff. Vermittelnd *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 9 III 3.

genden Resultate zu erwarten wären. Die Praxis wird, uneingeengt durch eine gesetzliche Vorschrift, auch fernerhin im Einzelfalle sich zurechtfinden.“²⁹

Hier wird jedoch nicht nur eine Grundtendenz für eine Anrechnung ausgedrückt. Es wird zudem die, auch in der Literatur immer wieder bestätigte,³⁰ enge Verbindung zwischen Schadensbegriff und Vorteilsausgleichung betont. Hieraus ergibt sich die Frage, ob sich Schadensberechnung und Vorteilsausgleichung eigentlich trennen lassen, das heißt, ob sich unterscheiden lässt zwischen dem Nichtentstehen eines Schadens³¹ und der Anrechnung eines Vorteils auf einen entstandenen Schaden.³² Mit rein logischen Erwägungen lässt sich eine Grenze kaum finden.³³ So verwundert auch nicht, dass der Schadensbegriff die Abgrenzung bislang nicht zu meistern vermochte³⁴ und weder die Postulierung eines normativen noch abstrakten Schadensverständnisses das Problem hat lösen können.³⁵ Um zu entscheiden, wo die Grenze zu ziehen ist, welche Faktoren also rein mechanisch-rechnerisch in die Schadensberechnung einzubeziehen sind und bei welchen eine Wertung erforderlich ist,³⁶ bedient man sich daher zunehmend einer natürlichen Betrachtung.³⁷ Dementsprechend ist die Diskussion um die Vorteilsausgleichung von der Erörterung einzelner Fallgruppen geprägt.³⁸ Eine natürliche Betrachtungsweise wählt auch der Gesetzgeber der siebten GWB-Novelle, wenn er durch die Festlegung, ein Schaden entstehe mit Bezug der überteuerten Ware, eine Zäsur setzt, die sich am natürlichen Gesche-

29 Motive, Bd. II, 18f. Hervorhebung nicht im Original.

30 Aus dem älteren Schrifttum siehe nur *Oertmann*, Vorteilsausgleichung, 1901, S. 10 und aus dem jüngeren *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 8.

31 Instruktiv hierzu sind die ersten deutschen Urteile zur Schadensabwälzung, siehe dazu *Bulst*, Private Kartellrechtsdurchsetzung nach der 7. GWB-Novelle, EWS 2004, 62.

32 Verneinend aus dem jüngeren Schrifttum etwa *Henke*, in FS Hagen, Köln 1999, 371, 407f. Diese Frage stellt sich vor allem auf der Grundlage der herrschenden Differenzhypothese. Für das so genannte konkrete (krit. zu dieser Terminologie etwa *Mertens*, Begriff des Vermögensschadens, 1967, S. 28) Schadensverständnis bei *Oertmann*, Vorteilsausgleichung, 5ff. lassen sich Schadensentstehung und -berechnung leichter trennen. Siehe dazu auch *Keuk*, Vermögensschaden, 1972, S. 194ff. Die Frage, wann eine Vorteilsausgleichung vorzunehmen oder zu versagen ist, lässt sich jedoch (auch) aus dem konkreten Schadensbegriff nicht beantworten. Vgl. nur *Oertmann*, Vorteilsausgleichung, S. 25ff., insbes. S. 59ff. und S. 123ff., wo deutlich wird, dass der entwickelte Schadensbegriff die Frage nach der Anrechnung nicht beantwortet. S.a. die Einwände bei *Rümelin*, KritV 45 (1904), 189, 194ff. Grundsätzlicher hierzu sogleich im Haupttext.

33 Vgl. BGH v. 16.2.1971, BGHZ 55, 329, 333; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 9 I 1 m.w.N.

34 Vgl. *Mertens*, Begriff des Vermögensschadens, 223f.; *Lieb*, JR 1971, 371, 372; *Zeuner*, AcP 163 (1963), 380, 385; *Müller-Laube*, JZ 1991, 162, 165; *Thüsing*, Schadensberechnung, 21f.; *Wendehorst*, Anspruch, 1999, S. 133. S.a. *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 9 II 4.

35 Hierzu prägnant *Dreier*, Kompensation, 2002, S. 30ff.

36 Vgl. die treffende Beschreibung des Problems bei *Lieb*, JR 1971, 371, 372.

37 *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 9 I 1.

38 Vgl. etwa die Darstellungen bei *Thüsing*, Schadensberechnung, 63ff.; *Lange/Schiemann*; Schadensersatz, § 9 III ff.; *Schiemann* in Staudinger, BGB (2005), § 249 Rz. 145ff.

hensablauf orientiert.³⁹ Er zwingt den Rechtsanwender damit, alles, was nach dieser Zäsur geschieht, nicht mechanisch als reine Rechnungsposten bei der Schadensbemessung zu behandeln, sondern einer wertenden Betrachtung zu unterziehen.

Neben Lösungen und Lösungsansätzen für zahlreiche Fallgruppen haben Rechtsprechung und Literatur auch allgemeine Regeln herausgearbeitet. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH erfolgt eine Anrechnung, wenn erstens der Vorteil adäquat kausal durch das schädigende Ereignis verursacht wurde und zweitens die Anrechnung des Vorteils dem Sinn und Zweck der Schadensersatzpflicht entspricht, das heißt den Geschädigten nicht unzumutbar belastet und den Schädiger nicht unbillig begünstigt. Den Nachweis, dass und in welchem Umfang der Geschädigte einen Nutzen gezogen hat und dass die beiden genannten Bedingungen vorliegen, hat der Schädiger zu erbringen.⁴⁰ Wie diese Bedingungen im Rahmen der Problematik der Schadensabwälzung anzuwenden sind, ist gegenwärtig heftig umstritten.⁴¹

2. Zum Kriterium der Kausalität

Ob die notwendige Kausalbeziehung vorliegt, hängt zunächst davon ab, welche Anforderungen man an diese Kausalbeziehung stellt. Der BGH hält adäquate Kausalität für entscheidend.⁴² In der Literatur ist im Anschluss an *Cantzler* vielfach kritisiert worden, dass adäquate Kausalität zwar für die Zurechnung von Nachteilen, nicht aber für die Anrechnung von Vorteilen tauge. Sie führe zu ungerechten Ergebnissen, da zahlreiche Vorteile nicht außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegen, also adäquat kausal durch das schädigende Ereignis hervorgerufen seien, ihre Anrechnung aber dennoch – anders als die Zurechnung entsprechender Schäden – ungerecht sei. Das Adäquanzkriterium könne sogar zu einer Schädigung ermuntern, wenn es dazu führe, dass der Schädiger den Vorteil und seine Anrechnung erwarten dürfe.⁴³ Der BGH betrachtet die adäquate Kausalität jedoch nur als eine notwendige und nicht als eine hinreichende⁴⁴ Voraussetzung für eine Anrechnung. So verwendet, erscheint Adäquanz als der richtige Maßstab. Die Frage der Anrechnung stellt sich nur für Vorteile, die mit dem Schaden in einer kausalen Beziehung stehen. (Äquivalente) Kausalität als Kriterium an sich ist aber uferlos und bedarf daher der wertenden Begren-

39 In diesem Sinne für § 33 GWB a.F. im Ergebnis bereits LG Dortmund v. 1.4.2004, EWS 2004, 434, 436; Köhler, GRUR 2004, 99, 102; Roth in FK, § 33 GWB 1999 Rz. 145.

40 St. Rspr., vgl. etwa BGH v. 6.6.1997, BGHZ 136, 52, 54; BGH v. 16.5.1980, BGHZ 77, 151, 154; BGH v. 15.1.1953, BGHZ 8, 325, 328. Ausführlich Bulst, Schadensersatzansprüche, S. 117-120.

41 Vgl. auch Bulst, Schadensersatzansprüche, S. 120-124.

42 Siehe Nachweise in Fn. 40.

43 *Cantzler*, AcP 156 (1957), 29, 43ff.; für Zustimmung aus dem Schrifttum siehe statt vieler ausführlich Büdenbender, Vorteilsausgleichung, 1996, S. 20ff. m. zahlr. w.N.

44 In der Rechtsprechung des RG spielte die Adäquanz anfänglich eine tragendere Rolle (vgl. etwa RG v. 28.10.1912, RGZ 80, 153, 159f., wurde aber später durch Billigkeitserwägungen ergänzt (vgl. etwa RG v. 10.1.1935, RGZ 146, 287, 289).

zung, um handhabbar zu werden. Entwicklungen, die außerhalb aller Wahrscheinlichkeit liegen, werden nach der Struktur menschlichen Handelns und Denkens nicht mehr zugerechnet. Dieser Struktur trägt das Adäquanzkriterium, trotz aller seiner Schwächen, Rechnung.⁴⁵ Da diese Struktur, was die Zurechnung angeht, zwischen nachteiligen und vorteilhaften Entwicklungen nicht unterscheidet, ist das Adäquanzkriterium für die Begrenzung der Zurechnung von Schäden ebenso geeignet wie für die von Vorteilen. Als *notwendige* Voraussetzung für eine Vorteilsrechnung ist es daher durchaus geeignet. Dass es die Grenze im Rahmen der Vorteilsausgleichung nicht eng genug zieht, belegt nichts weiter, als dass es nicht als *hinreichende* Voraussetzung für eine Anrechnung dienen kann. Zu Recht trifft das Adäquanzkriterium, wie es der BGH verwendet, daher in der jüngeren Literatur wieder verstärkt auf Zustimmung.⁴⁶

Entscheidend ist also, dass das schädigende Ereignis – nach der entsprechenden Festlegung in § 33 Abs. 3 S. 2 GWB der Bezug der Ware zu einem überteuerten Preis – adäquat kausal für den gegebenenfalls anzurechnenden Vorteil ist. Worin liegt aber dieser Vorteil? Der Fall der Schadensabwälzung unterscheidet sich von den klassischen Konstellationen, für die eine Vorteilsausgleichung diskutiert wird, vor allem dadurch, dass sich der Vorteil gar nicht ohne Rückgriff auf das schädigende Ereignis beschreiben lässt. Üblicherweise wird die Anrechnung für folgende Vorteile diskutiert: Eigenen Arbeitsverdienst (Mehrarbeit) und Deckungsgeschäfte des Geschädigten, fürsorgliche Leistungen Dritter sowie Unterhalts- und Privatversicherungsleistungen an den Geschädigten, ersparte Aufwendungen des Geschädigten (z.B. Haushaltsführungskosten während eines Krankenhausaufenthaltes) und steuerliche Vorteile.⁴⁷ Diese Posten sind in ihrer Höhe zwar regelmäßig abhängig von der Höhe des Schadens, aber doch selbständige Werte. Sie lassen sich bestimmen, ohne dass in diese Bestimmung schon das schädigende Ereignis Eingang finden müsste. Bei der Weiterveräußerung kartellbefangener Güter hingegen liegt es anders. Der fragliche Vorteil ist ein Teil des Weiterverkaufspreises des Abnehmers. Wie hoch der Anteil genau ist, lässt sich nur unter Rückgriff auf den Kartellpreis bestimmen. Der Vorteil liegt in der Differenz zwischen dem tatsächlichen Weiterverkaufspreis des Abnehmers und dem Weiterverkaufspreis, den der Abnehmer gefordert hätte, hätte er selbst zum Wettbewerbspreis und nicht zum Kartellpreis erworen. Wenn ein Vorteil gegeben ist, dessen Anrechnung der Erörterung bedarf, dann ist er notwendigerweise durch das schädigende Ereignis verursacht.⁴⁸ Diese Verursachung ist auch adäquat. Schließlich ist es nicht nur nicht außerhalb der Lebenswahr-

45 Treffend *Thüsing*, Schadensberechnung, 2001, S. 44 im Anschluss an *Rümelin*, AcP 90 (1900), 171, 190ff.

46 Vgl. etwa *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 41ff., 437ff.; *Wendehorst*, Anspruch, S. 33f., 120f.

47 Vgl. statt aller *Schiemann* in *Staudinger*, BGB (2005), § 249 Rz. 132ff.; *Oetker* in MüKo-BGB (4. Aufl.), § 249 Rz. 234ff.

48 A.A. unter Hinweis auf die Absatzbemühungen, die Kalkulation und den geschäftlichen Erfolg des Abnehmers OLG Düsseldorf v. 27.6.2007, WuW 2007, DE-R 2109, 2118; OLG Düsseldorf v. 16.5.2007, VI-2 U (Kart) 10/05, Rz. 81.

scheinlichkeit, sondern in den meisten Sektoren sogar sehr wahrscheinlich, dass ein Unternehmer seine Preise mit Blick auf seine Kosten setzt. Adäquate Kausalität ist also regelmäßig gegeben, wenn ein erörterungswürdiger Vorteil entstanden ist.

3. Zum Zweck der Ersatzpflicht

Welchen Zweck die Ersatzpflicht nach § 33 Abs. 1 GWB verfolgt, ist durch Auslegung zu ermitteln. Der Kompensationszweck oder Ausgleichszweck des (kartell-) deliktsrechtlichen Schadensersatzanspruches steht dabei außer Zweifel. Die Vorteilsausgleichung darf daher nicht zu einem unterkompensierenden Anspruch führen.⁴⁹ Andererseits wird dem Gebot der Totalreparation vielfach ein so genanntes schadensrechtliches Bereicherungsverbot – von Heck als „Tendenz zur Gewinnabwehr“ bezeichnet⁵⁰ – entnommen.⁵¹ Dieser Gedanke ist im kartelldeliktsrechtlichen Schrifttum als Argument für eine Vorteilsanrechnung ins Feld geführt worden.⁵² Das heißt, aus dem Ausgleichsgedanken soll sich für die Vorteilsausgleichung nicht nur eine Unter-, sondern auch eine Obergrenze für den Anspruchsumfang ergeben. Das ist nicht überzeugend. Wäre dieser Ansatz richtig, wäre eine Vorteilsausgleichung immer durchzuführen und nicht nur unter den eingangs dargelegten Voraussetzungen. Warum dem nicht so ist, wurde eben – unter anderem unter Rückgriff auf die Motive – dargelegt. So verwundert es nicht, dass selbst die Autoren, die dem Bereicherungsverbot einen eigenen Bedeutungsgehalt gegenüber der Differenzhypothese beimessen, seinen argumentativen Wert zurückhaltend beurteilen. Bei Schünemann etwa heißt es:

„Auch und gerade das Bereicherungsverbot ermöglicht jedoch keine schematische Lösung aller schadensrechtlichen Probleme, sondern bildet eine Leitlinie, die jeweils bis zur überzeugenden Begründung einer abweichenden Wertung maßgeblich ist. Als Ausgangspunkt des Schadensersatzrechts ist sie geeigneter als der Schadensbegriff, weil sie die Wertungsgrundlage der Entschädigungen angibt und nicht das Schadensersatzrecht in eine Rechenaufgabe umzudeuten versucht.“⁵³

So allgemein verstanden mag das Bereicherungsverbot als Leitlinie dienen. Für die Vorteilsausgleichung ist ihm allerdings kein entscheidungsleitender Bedeutungsgehalt über die Differenzhypothese und den oben ermittelten Grundsatz der Anrechnung hinaus zu entnehmen. Aus dem Bereicherungsverbot lässt sich mithin nur eine Bestätigung der bereits eingangs formulierten Erkenntnis gewinnen, dass eine Ent-

49 Vgl. Thüsing, Schadensberechnung, S. 16.

50 Heck, Grundriss, 1929, S. 41, 50. S.a. RG v. 14.6.1918, RGZ 93, 144, 145.

51 Ausführlich etwa Mook, Bereicherungsverbot, 1983, S. 4ff. m. zahlr. w.N. In diese Richtung auch jüngst das KG, siehe ausführlich unter D.V.

52 Z.B. von Beninca, WuW 2004, 604, 607.

53 Schiemann in Staudinger, BGB (2005), Vorbem. zu §§ 249 ff Rz. 2.

scheidung über die Anrechnung mit Wertungen begründet werden muss. Es kann jedoch weder das Ergebnis einer solchen Wertungsentscheidung summenmäßig nach oben begrenzen, noch hält es Anhaltspunkte für den Inhalt dieser Wertungsentscheidungen bereit.⁵⁴

Des Weiteren kommt dem kartelldeliktsrechtlichen Schadensersatzanspruch auch ein Präventionszweck zu. Der Präventionszweck von Schadensersatzverpflichtungen ist in Literatur und Rechtsprechung bislang insbesondere bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts⁵⁵ und von Immaterialgüterrechten⁵⁶ hervorgetreten.

Bei der Frage nach dem Präventionszweck des § 33 Abs. 3 GWB ist die Tatsache, dass die Prävention oft ein „erwünschtes Nebenprodukt der Schadensersatzpflicht“⁵⁷ darstellt, wenig interessant. Es geht vielmehr darum, ob Prävention ein eigener Zweck neben dem der Kompensation sein und deshalb für die Entscheidung über die Durchführung oder Versagung der Vorteilsausgleichung eigenständig Bedeutung entfalten kann. Das heißt, es geht um die Frage, ob Prävention ein eigenes Rechtsfolgenziel des § 33 Abs. 3 GWB oder ein bloßer Regelungsreflex ist.

Schon in kartelldeliktsrechtlichen Entscheidungen vor der siebten GWB-Novelle griff der BGH auf präventive Erwägungen zurück. In der grundlegenden Entscheidung *Krankenhauszusatzversicherung*, in der der BGH erstmals die Schutzgesetzeignenschaft von § 1 GWB a.F. anerkannt hat, begründete er diese Anerkennung wie folgt:

- 54 Treffend *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 423ff.; *Wendehorst*, Anspruch, S. 138f. Im Ergebnis ebenso *Deutsch*, Haftungsrecht, 842ff. Auch *Schiemann* rekurriert in seiner Darstellung der Vorteilsausgleichung nicht auf das Bereicherungsverbot, vgl. *Staudinger*, BGB (2005), § 249 Rz. 132ff. *Wendehorst* äußert sich a.a.O. kritisch zum Bereicherungsverbot: „Der pauschale Verweis auf ein angebliches Bereicherungsverbot dürfte sich indessen als reines Schlagwort darstellen. Würde man es konsequent durchführen, müßte man annehmen, daß der Geschädigte dem Schädiger auch einen über den Schaden hinausgehenden Vorteil auszukehren habe, was gänzlich abwegig wäre. Daß der Geschädigte aus dem schädigenden Ereignis nicht profitieren dürfe, folgt an sich auch weder aus einem allgemein geteilten Rechtsempfinden noch eindeutig aus den gesetzlichen Vorgaben.“ Später (ebenda, S. 505) heißt es dann „Warum entspricht es einem konsensfähigen Rechtsempfinden, daß der Geschädigte nicht profitieren darf?“ Hierin mag man einen Widerspruch erkennen. Jedenfalls sieht *Wendehorst* in dem Bereicherungsverbot trotz aller Kritik einen „richtigen Kern“, so dass es – im Sinne des von ihr postulierten Statikprinzips (ebenda, S. 40ff.) – „letztlich zur Erklärung der Vorteilsausgleichung beiträgt“ (ebenda, S. 138; näher S. 504f.). Konkrete Aussagen zur Durchführung oder Versagung der Vorteilsausgleichung im Einzelfall lassen sich dem Bereicherungsverbot jedoch wohl auch nach *Wendehorsts* Auffassung nicht entnehmen. Siehe zu *Wendehorst* auch *Thüsing*, ebenda, S. 425f. Den Aussagewert des Bereicherungsverbots allgemein bezweifeln insbesondere *Stoll*, 1993, § 7 III 3 b und *Rother*, Haftungsbeschränkung, 1965, S. 238; kritisch auch *Dreier*, Kompensation, S. 46. Auch aus BGH v. 4.6.1992, BGHZ 118, 312, 344f. ergibt sich nichts anderes, vgl. *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 424f.
- 55 Hierzu ausführlich *Löwe*, Prävention, 2000, insbes. S. 175ff. und *Dreier*, Kompensation, S. 342ff. jew. m. zahlr. w. N. Kritisch *Canaris*, FS Deutsch, 99, 105ff.
- 56 Hierzu ausführlich *Dreier*, Kompensation, S. 256ff. m.w.N.
- 57 *Larenz*, Schuldrecht, § 27 I.

„Angesichts der Bedeutung, die dem Kartellverbot nach dem Gesetz in der Wirtschaftsordnung, insbesondere der machteinschränkenden Kontrolle eines gemeinsam vereinbarten Verhaltens auf dem Markt zukommt, genügt in einem Fall dieser Art die Rechtsschutzverweigerung allein, wie sie im § 1 GWB zum Ausdruck kommt, und die Bußgeldandrohung wegen einer Ordnungswidrigkeit (§ 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB) nicht. Mangels eines außerkartellrechtlichen Deliktsschutzes in diesem Interessenbereich, etwa aus dem Gesichtspunkt des Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, und mangels eines hinreichenden kartellrechtlichen Deliktsschutzes im vorliegenden Fall ist auch aus deliktsrechtlicher Sicht ein solcher Schutz derjenigen gesetzestreuen Wettbewerber geboten, auf deren Kosten die Abschnürung des Marktzutritts durch die Beklagten vollzogen wird.“⁵⁸

Die Notwendigkeit eines Individualschutzes im Kartellrecht wird also rechtspolitisch mit der Bedeutung des Kartellverbots begründet. Diese Bedeutung wird nicht herangezogen, um ein Kompensationsbedürfnis von Kartellopfern zu erklären. Der Akzent liegt nicht auf der Schwere der nachteiligen Folgen eines Kartellverstoßes für die Betroffenen, sondern auf der Bedeutung des Kartellverbots für die Wirtschaftsordnung, also für das Gemeinwesen. Die Betroffenen werden um dieser Bedeutung willen zu Funktionären der Gesamtrechtsordnung gemacht. Die ihnen zur Ausfüllung dieser Funktion zugedachten Schadensersatzansprüche⁵⁹ sollen daher der Bewehrung des Kartellverbots und folglich einem Präventionszweck dienen.⁶⁰ Auch das OLG Bremen hat die Schutzgesetzeigenschaft des § 1 GWB a.F. unter Hinweis auf diese Entscheidung und das BGH-Urteil *Familienzeitschrift*,⁶¹ allerdings nicht ausschließlich, mit einer präventiven Erwägung begründet. Es formulierte wie folgt:

„§ 1 GWB muß für die Fallgestaltung, wie sie hier vorgelegen hat, als Schutzgesetz angesehen werden, weil die Rechtsschutzverweigerung allein, wie sie in § 1 GWB zum Ausdruck kommt, und die Bußgeldandrohung wegen einer Ordnungswidrigkeit (§ 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB) mangels eines außerkartellrechtlichen und eines hinreichenden kartellrechtlichen Deliktsschutzes in diesem Fall nicht genügen würden (BGHZ 64, 232, 237f. ...; 86, 324, 330 ...), denn die bloße Feststellung der kartellrechtlichen Unwirksamkeit würde dem Kl. als der Marktgegenseite nichts nützen, *insbesondere auch nicht die Wiederholung dieses Verhaltens in anderen Fällen verhindern.*“⁶²

58 BGH v. 4.4.1975, BGHZ 64, 232, 238 (Krankenhauszusatzversicherung). Hervorhebung nicht im Original.

59 Die Kläger im Ausgangsverfahren begehrten nur Unterlassung. Die Ausführungen des *BGH* beziehen sich jedoch ausdrücklich auf Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche, vgl. ebenda, 237, sowie den Satz unmittelbar nach der hier zitierten Passage, der lautet: „Daß beim Schadensersatzanspruch die Feststellung des Ausmaßes des Schadens unter Umständen gewisse Schwierigkeiten bereiten kann, ist kein durchgreifender Gesichtspunkt gegen diese Auslegung, weil Schwierigkeiten dieser Art im Wettbewerbsrecht auch sonst auftreten können.“

60 Treffend *Müller*, Punitive Damages, 2000, S. 189 unter Hinweis auch auf weitere Urteile.

61 BGH v. 25.1.1983, BGHZ 84, 324.

62 OLG Bremen v. 20.4.1989, WuW/E OLG 4478, 4480 (Versteigerung der Käuferposition). Hervorhebung nicht im Original.

Aus dem letzten, hier hervorgehobenen Halbsatz wird deutlich, dass das Gericht, das nur über einen Schadensersatz- und nicht über einen Unterlassungsanspruch zu befinden hatte, dem kartelldeliktsrechtlichen Schadensersatzanspruch einen Präventionszweck beimisst.⁶³

Diese Auffassung des BGH und des OLG Bremen kann auch für § 33 Abs. 3 GWB in seiner aktuellen Fassung Geltung beanspruchen. Das ergibt eine systematische Auslegung, in deren Rahmen insbesondere die Einführung des Abs. 3 S. 3, also des Rückgriffs auf den Verletzergewinn als Grundlage für eine Schadensberechnung, zu würdigen ist. Die Vorschrift ist zwar als Beweiserleichterung gedacht⁶⁴ und lässt sich insoweit durchaus als dem Kompensationszweck dienend begreifen. Ob sie als Beweiserleichterung taugt, kann hier dahinstehen. Doch dieser intendierte kompensatorische Bezug kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Gewinnabschöpfung mit einem Grundprinzip eines nur auf Ausgleich angelegten Schadensersatzrechts bricht. Der Gewinn muss in keinem bestimmten Verhältnis zum Schaden stehen,⁶⁵ so dass die Gewinnabschöpfung nicht primär den Ausgleich zum Ziel hat. Die Gewinnabschöpfung ist denn auch grundsätzlich keine schadens-, sondern eine bereicherungsrechtliche Rechtsfolge bzw. als Rechtsfolge der wissentlichen Fremdgeschäftsführung (§ 687 Abs. 2 BGB) anerkannt.⁶⁶ Dennoch hat der BGH in *Caroline von Monaco* mit einer dem § 33 Abs. 3 S. 3 GWB sehr ähnlichen Formulierung die Gewinnabschöpfung aus Präventionserwägungen in die Nähe einer schadensersatzrechtlichen Rechtsfolge gerückt. *Caroline von Monaco* hatte von der Verlegerin einer Illustrierten Geldentschädigung wegen Verletzung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 1, 2 Abs. 1 GG verlangt,⁶⁷ da die Beklagte ein angeblich mit *Caroline von Monaco* geführtes, in Wahrheit aber frei erfundenes Interview abgedruckt hatte. Der BGH rügte die Berufungsinstanz, weil diese bei der Schadensbemessung den Präventionsgedanken nicht berücksichtigt hatte, mit folgenden Erwägungen:

„Der Fall ist dadurch gekennzeichnet, daß die Beklagte unter vorsätzlichen Rechtsbruch die Persönlichkeit der Klägerin als Mittel zur Auflagensteigerung und damit zur Verfolgung eigener kommerzieller Interessen eingesetzt hat. Ohne eine für die Beklagte fühlbare Geldentschädigung wäre die Klägerin einer solchen rücksichtslosen Zwangskommerialisierung ihrer Persönlichkeit weitgehend schutzlos ausgeliefert; Verurteilungen zu Widerruf und Richtigstellung erreichen, weil sie – wie gezeigt – nur unter Wahrung der Rechte der Beklagten aus der Garantie der Pressefreiheit erfolgen dürfen, nur einen unzureichenden Schutz der Klägerin. Eine

63 Wie hier *Miller*, Punitive Damages, S. 191. Warum die Bußgelddrohung nach Auffassung des Gerichts insofern nicht ausreichte, bleibt leider offen.

64 BT-Drucks. 15/3640, 35, 54.

65 Vgl. *Bulst*, Schadensersatzansprüche, S. 308f.

66 Siehe nur *Canaris*, FS Deutsch, 86ff.

67 Die Praxis der Zivilgerichte, für Verletzungen dieser Rechtsposition Schadensersatz gemäß § 823 Abs. 1 BGB zu gewähren (vgl. etwa BGH v. 8.12.1964, NJW 1965, 685, 686 - Soraya) hat verfassungsgerichtlicher Überprüfung stets standgehalten (vgl. insbesondere BVerfG v. 14.2.1973, BVerfGE 34, 269, 282, 292 zu dem genannten *BGH-Urteil*). Ausführlich zu dieser Rechtsprechung *Löwe*, Prävention, S. 25ff.

Verurteilung zur Geldentschädigung ist aber nur dann geeignet, den aus dem Persönlichkeitsrecht heraus gebotenen Präventionszweck zu erreichen, wenn die Entschädigung der Höhe nach ein Gegenstück auch dazu bildet, daß hier die Persönlichkeitsrechte zur Gewinnerzielung verletzt worden sind. Das heißt zwar nicht, daß in solchen Fällen rücksichtsloser Kommerzialisierung der Persönlichkeit eine „Gewinnabschöpfung“ vorzunehmen ist, wohl aber, daß die Erzielung von Gewinnen aus der Rechtsverletzung als Bemessungsfaktor in die Entscheidung über die Höhe der Geldentschädigung einzubeziehen ist. Von der Höhe der Geldentschädigung muß deshalb ein echter Hemmungseffekt auch für solche Vermarktung der Persönlichkeit ausgehen.“⁶⁸

In § 33 Abs. 3 S. 3 GWB ist der Verletzergewinn Schätzungsgrundlage und in *Caroline von Monaco* Bemessungsfaktor. Dieser rein rechtstechnische Unterschied kann nicht verdecken, dass die Erwägungen des BGH deutlich zeigen, wie eng der Rückgriff auf den Verletzergewinn mit dem Gedanken der Prävention verknüpft ist. Da die Gewinnabschöpfung nicht beim Geschädigten, sondern vielmehr beim Schädiger ansetzt, hat sie damit ein besser kalkulierbares verhaltenssteuerndes Potential.

Neben Abs. 3 S. 3 spricht die Einführung des Abs. 3 S. 2 selbst für eine präventive Ausrichtung des § 33 Abs. 3 GWB, ist doch aus streng-kompensatorischer Sicht eine solche Regelung materiellrechtlich nicht erforderlich. Dass es sich beweisrechtlich anders verhält, lässt sich nachweisen,⁶⁹ ist aber hier ohne Belang. Dass § 33 Abs. 3 GWB Präventivwirkung entfalten soll, wird auch an seinen Sätzen 4 und 5 deutlich, nach denen Geldschulden nach (gemeint ist wohl ab) Eintritt des Schadens zu verzinsen sind, und zwar gemäß den §§ 288, 289 S. 1 BGB. Es wird also, indem die Voraussetzungen des § 286 BGB entbehrlich werden, nicht nur mit den allgemeinen Regeln zum Verzug gebrochen, sondern mit § 288 BGB eine Norm für anwendbar erklärt, deren tragendes Prinzip das der Abschreckung ist.⁷⁰

Neben der systematischen spricht auch die historisch-genetische Auslegung dafür, dass die Prävention einen selbständigen Zweck des § 33 Abs. 3 GWB darstellt. So wird aus den Materialien deutlich, dass der Gesetzgeber den Übergang vom Anmeldesystem zu dem der Legalausnahme als Gefahr für die Wirksamkeit der Kartellrechtsdurchsetzung sah und dieser Gefahr auch durch eine Ausweitung des privaten Rechtsschutzes begegnen wollte. So heißt es in der Gesetzesbegründung:

„Die Abschaffung des bisherigen Systems der Administrativfreistellung und seine Ersetzung durch ein System der Legalausnahme vermindern tendenziell die behördliche Kontrolldichte gegenüber wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und Verhaltensweisen. Damit soll jedoch keine Einbuße an Wettbewerbsschutz verbunden sein. Zum Ausgleich wurden neben den verwaltungsrechtlichen auch die zivilrechtlichen Sanktionen bei Kartellrechtsverstößen aus-

68 BGH v. 15.11.1995, BGHZ 128, 1, 16. Hervorhebung nicht im Original.

69 Vgl. *Bulst*, Schadensersatzansprüche, S. 316-318.

70 Vgl. nur *Basedow*, EBOR 2 (2001) 443, 466 zu der der Vorschrift zugrunde liegenden Zahlungsverzugsrichtlinie, deren Mindestvorgabe durch den deutschen Gesetzgeber sogar noch um einen Prozentpunkt überschritten wurde (vgl. Art. 3d) der Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ABI.EG v. 8.8.2000, L 200/35.

geweitet. Damit soll ein effektives zivilrechtliches Sanktionssystem geschaffen werden, von dem eine zusätzliche spürbare Abschreckungswirkung ausgeht.“⁷¹

Auch die Einführung der Verzinsungspflicht ab Schadenseintritt gemäß § 288 BGB wird treffend mit „dem Zweck einer Verstärkung des Abschreckungscharakters von zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen“ begründet.⁷²

Eine genaue Interpretation des § 33 GWB zeigt also, dass dessen Zweck sowohl in der Kompensation als auch in der Abschreckung liegt.⁷³ Es lässt sich zeigen, dass es sachgerecht ist, diesen Abschreckungszweck auf Ansprüche von Direktabnehmern zu begrenzen und ihn nicht auf Folgeabnehmer zu erstrecken, um nicht die Gefahr einer unverhältnismäßigen Mehrfachhaftung zu begründen.⁷⁴ Nach wohl vorherrschender, aber umstrittener Auffassung sind Folgeabnehmer nach deutschem Recht nämlich anspruchsberechtigt. Die Gegenauffassung ist schon mit dem Wortlaut des § 33 Abs. 3 GWB nicht vereinbar.⁷⁵

Außer unter besonderen Umständen,⁷⁶ in denen keine unbillige Entlastung des Schädigers und keine unzumutbare Belastung des Geschädigten droht⁷⁷ (etwa weil eine Entschädigung der Folgeabnehmer des klagenden Direktabnehmers bereits erfolgt ist⁷⁸), besteht danach grundsätzlich kein Raum für eine Vorteilsausgleichung bei Direktabnehmerklagen. Diese Auffassung teilt das OLG Düsseldorf auf der Grundlage der „mit der Schadensersatzhaftung bezweckten Präventivfunktion“.⁷⁹ Zu demselben Ergebnis kam mit anderer Begründung jüngst auch das KG in einem Urteil zu § 33 GWB in der Fassung vor der 7. GWB-Novelle, dessen Gründe nach Auffassung des Gerichts aber auch für die aktuelle Gesetzesfassung tragen.⁸⁰ Gegen Folgeabnehmer dürfte der Einwand der Schadensabwälzung indes beachtlich sein,⁸¹ wovon offenbar auch das KG ausgeht, wie unter D.V.1.b)aa)(2) gezeigt werden wird.

71 BT-Drucks. 15/3640, 35. Hervorhebung nicht im Original.

72 BT-Drucks. 15/3640, 54.

73 *Bulst*, Schadensersatzansprüche, S. 126-131; im Erg. zust. *Weller*, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 2008, 170-193.

74 Ausführlich *Bulst*, Schadensersatzansprüche, S. 316-329; 345-349.

75 Ausführlich *Bulst*, Schadensersatzansprüche, S. 108-112, 132.

76 Dazu ausführlich *Bulst*, Schadensersatzansprüche, S. 345-349.

77 Vgl. Text bei Fn. 40.

78 Siehe ferner Text bei Fn. 140..

79 OLG Düsseldorf v. 16.5.2007, VI-2 U (Kart) 10/05, Rz. 82; OLG Düsseldorf v. 27.6.2007, WuW 2007, DE-R 2109, 2118.

80 Ausführlich unter D.V.

81 Vgl. Text bei Fn. 141. Ausführlich *Bulst*, Schadensersatzansprüche, S. 316-329; 345-349.

II. England und Frankreich

Englische Gerichte mussten das Problem der Schadensabwälzung bislang offenbar noch nicht lösen.⁸² In *Devenish Nutrition v Sanofi-Aventis* schienen jedoch alle drei Richter des Court of Appeals dazu zu neigen, den Einwand der Schadensabwälzung zu akzeptieren, hätten sie darüber zu entscheiden gehabt.⁸³

Folgeabnehmer sind nach englischem Recht offenbar anspruchsberechtigt.⁸⁴ Auch das Office of Fair Trading hat empfohlen, Folgeabnehmern *standing* zu gewähren. Dem Kläger soll es obliegen, seinen Schaden nachzuweisen. Dem Beklagten soll jedoch soll der Beweis offenstehen, dass der Kläger den Schaden verringerte, indem er die gesamte Überteuerung auf die nachgeordneten Abnehmer weiterwälzte.⁸⁵

Zwei französische Urteile befassen sich mit dem Einwand der Schadensabwälzung; in beiden wurde der Einwand für beachtlich gehalten. In *Arkopharma c. Roche et Hoffmann La Roche* wies das Tribunal de commerce de Nanterre eine Klage auf Schadensersatz eines Abnehmers eines Vitaminkartells⁸⁶ ab. Zur Begründung führte das Gericht aus, dass die gesamte Branche des Abnehmers von diesem Kartell betroffen war. Der Kläger hätte daher die Überteuerung abwälzen können. Dies tat er jedoch offenbar nicht, sondern absorbierte die Überteuerung. Dem Gericht zufolge bestand damit keine Kausalität zwischen dem Wettbewerbsverstoß und dem Schaden, den der Kläger geltend machte. Der Schaden des Klägers sei nämlich nicht durch die Beklagte verursacht worden, sondern durch die Entscheidung des Klägers, die Preissteigerung nicht auf seine Abnehmer abzuwälzen. Diese Argumentationslinie überzeugt nicht und ist mit einer Schadensminderungspflicht kaum zu rechtfertigen. Wälzt der Kläger den Schaden ab, führt dies nicht zu einer Schadensminderung, sondern lediglich zu einer Schadensverlagerung auf andere Marktteilnehmer. In einem anderen Vitaminfall scheint das Tribunal de commerce de Paris den Abwälzungseinwand ebenfalls zu akzeptieren, allerdings auf der Grundlage, dass eine Schadensabwälzung tatsächlich stattgefunden hatte und nicht nur hätte stattfinden sollen.⁸⁷

Dass Folgeabnehmer nach französischem Recht anspruchsberechtigt sind, darüber scheinen sich die Kommentatoren einig zu sein.⁸⁸ Ein Gericht hatte über Ansprüche von Folgeabnehmern aber offenbar noch nicht zu entscheiden.

82 Siehe BCL Old Co Ltd v. Aventis SA [2005] CAT 2, Rz. 23; *Mullheron, Reform*, 58.

83 *Devenish Nutrition v. Sanofi-Aventis SA (France) and others*, [2008] EWCA Civ. 1086, Rz. 109.114 (Arden, L.J.), 147 (Longmore, L.J.), 151 (Tuckey, L.J.)

84 Ausführlicher *Bulst*, Schadensersatzansprüche, S. 166 f.

85 Office of Fair Trading, Private actions in competition law: effective redress for consumers and business, Discussion paper, April 2007, Rz. 6.21 ff.

86 Tribunal de Commerce de Nanterre, 11. Mai 2006, *Arkopharma c. Roche et Hoffmann La Roche*.

87 Tribunal de Commerce de Paris, 26. Januar 2007, *Juva et al. c. Roche et al.*

88 Ausführlicher *Bulst*, Schadensersatzansprüche, S. 178.

III. EU-Recht

Soweit nationale Gerichte Unionsrecht anwenden, müssen sie das Äquivalenz- und Effektivitätsprinzip beachten. Das Fallrecht der Unionsgerichte gibt Hinweise darauf, wie das Effektivitätsprinzip auf das Abwälzungsproblem anzuwenden ist. Nach den Urteilen des Gerichtshofs in *Courage* und *Manfredi* muss „jedermann“ Ersatz des Schadens verlangen können, der ihm durch einen Verstoß gegen Art. 85 oder 86 EG-Vertrag (jetzt Art. 101 oder 102 AEUV) verursacht wurde.⁸⁹

Diese Formulierung steht einer Regelung entgegen, die bestimmte Gruppen von Marktteilnehmern – wie etwa Folgeabnehmer – von vornherein aus dem Kreis der Anspruchsberechtigten ausschließt. Die allgemeinen Kausalitätsregeln nach nationalem Recht finden jedoch Anwendung, soweit sie mit dem Effektivitätsprinzip vereinbar sind. Andernfalls könnte das Deliktsrecht seine Filterfunktion nicht erfüllen, entfernte Folgen eines schädigenden Verhaltens ab einer gewissen Stufe nicht mehr zuzurechnen. Um angemessene und praktikable Ergebnisse zu erzielen, wird im Deliktsrecht der meisten Rechtsordnungen ein „hinreichend unmittelbarer“ Kausalzusammenhang zwischen rechtswidriger Handlung und Schaden verlangt. In seiner Rechtsprechung zur Staatshaftung und weiteren Fällen fordert auch der Gerichtshof einen solchen hinreichend unmittelbaren Kausalzusammenhang.⁹⁰ Dementsprechend muss der Schaden nach dem Gericht „eine bei gewöhnlichem Geschehensablauf objektiv vorhersehbare Folge“ des angeblich haftungsbegründenden Verhaltens sein.⁹¹ Ein – sachgerecht verstandenes – Unmittelbarkeitskriterium ist mit dem Effektivitätsprinzip mithin durchaus vereinbar.

Die Anwendung eines solchen Unmittelbarkeitskriteriums bedarf auch im kartellrechtlichen Kontext einer Einzelfallbetrachtung. Hier können nur vorsichtige Subsumtionsansätze aufgezeigt werden. Geht eine nationale Rechtsordnung etwa davon aus, dass die tiefgreifende Verarbeitung der kartellbefangene Ware durch einen Abnehmer zu einem gänzlich neuen Produkt die Kausalkette unterbricht, läge darin womöglich kein Verstoß gegen das Effektivitätsprinzip. Bei der Verwendung eines kartellbefangenen Guts als Betriebsmittel zur Herstellung eines anderen Produkts oder zur Erbringung einer Dienstleistung mag dasselbe gelten. Eine von sogenannten *um-*

89 EuGH v. 20.9.2001, *Courage*, Rs. 453/99, Slg. 2001, I-6297, Rz. 26. Zu *Courage* vgl. *Kommynos*, Common Market Law Review 2002, 447; *Reich*, Common Market Law Review 2005, 35 und *Bulst*, Schadensersatzansprüche, S. 194-226. Verbundene Rechtssachen C-295/04, C-296-04, C-297-04, 298-04 *Manfredi* Slg. 2006, I-6619, Rz. 60. Zu *Manfredi* vgl. *Afferni*, European Review of Contract Law 2007, 179 und *Bulst*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2008, 178.

90 Verbundene Rechtssachen 64/76, 113/76, 167/78, 239/78, 27/79, 28/79, 45/79 *Dumortier Frères* Slg. 1979 3091, Rz. 21; Rechtssache 253/84 *GAEC* Slg. 1987 123, Rz. 19; Verbundene Rechtssachen C-46/93, 48/93 *Brasserie du Pêcheur* Slg. 1996 I-1029, Rz. 51; Rechtssache C-440/07 *P Schneider Electric*, noch nicht in der amt. Slg. veröffentlicht, Rz. 221. Siehe auch *Bulst*, Schadensersatzansprüche, S. 252-261.

91 Rechtssache T-184/95 *Dorsch Consult* Slg. 1998 II-667, Rz. 72.

*brella plaintiffs*⁹² geltend gemachte Überteuerung mag ebenfalls nicht zurechenbar sein, ebensowenig wie von Abnehmern eines Substitutionsguts des kartellbefangenen Gutes getragenen Preiserhöhungen.⁹³ Eine solche Betrachtung mag im Einzelfall mit dem Effektivitätsprinzip vereinbar sein, auch wenn – rein tatsächlich betrachtet – durchaus eine Kausalbeziehung etwa zwischen dem Verkaufspreis des „neuen“ Guts oder dem vom *umbrella plaintiff* gezahlten Preis und dem Wettbewerbsverstoß besteht. Um solche Grenzziehungen kommt das Deliktrecht jedoch schon aus rechtspraktischen Gründen nicht herum. Dies hat mit dem Unmittelbarkeitskriterium auch der Gerichtshof anerkannt.

Auch was die Frage der Beachtlichkeit des Schadensabwälzungseinwands angeht, lassen sich der Rechtsprechung der Unionsgerichte Anhaltspunkte entnehmen. In *Courage* stellte der Gerichtshof fest, dass „das Gemeinschaftsrecht die innerstaatlichen Gerichte nicht daran hindert, dafür Sorge tragen, dass der Schutz der gemeinschaftrechtlich gewährleisteten Rechte nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Anspruchsberechtigten führt“.⁹⁴ In der Tat finden sich im Fallrecht zur Erstattung von durch die Mitgliedsstaaten gemeinschaftsrechtswidrig erhobenen Abgaben eine Reihe von Entscheidungen, die diesen Grundsatz untermauern. Diese Rechtsprechung, die kürzlich in *Weber's Wine World* zusammengefasst wurde, lässt sich durchaus auf den kartelldeliktsrechtlichen Kontext übertragen.⁹⁵ In *Courage* zitierte der Gerichtshof selbst Urteile zu solchen Erstattungsfällen.⁹⁶

Nach *Weber's Wine World* dürfen die Mitgliedsstaaten die Erstattung rechtswidrig erhobener Abgaben nur versagen, wenn „die Abgabenlast in vollem Umfang von einem anderen als dem Abgabepflichtigen getragen wurde und wenn die Erstattung an den Abgabepflichtigen zu dessen ungerechtfertiger Bereicherung führen würde. Folglich ist der Mitgliedstaat, wenn die Abgabenlast nur teilweise abgewälzt worden ist, dazu verpflichtet, den nicht abgewälzten Betrag zu erstatten“.⁹⁷ Berücksichtigt werden muss, „dass die Abwälzung einer Abgabe auf den Verbraucher nicht unbedingt die wirtschaftlichen Auswirkungen der Besteuerung beim Abgabepflichtigen aufhebt“.⁹⁸ Wenngleich „indirekte Abgaben nach nationalem Recht auf den Endverbraucher abgewälzt werden sollen und im Handel gewöhnlich auch ganz oder zum Teil abgewälzt werden, [kann] nicht generell davon ausgegangen werden [...], dass die Abgabe tatsächlich in jedem Falle abgewälzt wird. Denn die tatsächliche völlige

92 *Umbrella plaintiffs* sind Marktteilnehmer, die kartellbefangene Ware von einem Lieferanten bezogen haben, der selbst nicht an einem Kartellrechtsverstoß beteiligt ist, sich den durch den Verstoß entstandenen *price umbrella* aber zu Nutze gemacht hat.

93 Ausführlich *Bulst*, Schadensersatzansprüche, S. 252-259.

94 Rechtssache C-453/99 Courage, Slg. 2001, I-6297, Rz. 30.

95 *Bulst*, Schadensersatzansprüche, S. 244 ff.

96 Nämlich die Rechtssache 238/78 Ireks-Arkady/Rat und Komission, Slg. 1979, 2955, Rz. 14; Rechtssache 68/79 Just, Slg. 1980, 501, Rz. 26 und verbundene Rechtssachen C-441/98 und C-442/98 Michailidis, Slg. 2000, I-7145, Rz. 31 in C-453/99 Courage, Slg. 2001, I-6297, Rz. 30.

97 Rechtssache C-147/01 *Weber's Wine World*, Slg. 2003, I-11365, Rz. 94.

98 Ebenda, Rz. 95.

oder teilweise Abwälzung hängt bei jedem Geschäftsvorgang von mehreren Faktoren ab, die ihn von anderen Fallkonstellationen unterscheiden. Somit ist die Frage der Abwälzung oder Nichtabwälzung einer indirekten Abgabe in jedem Einzelfall eine Sachverhaltsfrage“.⁹⁹ „[D]ie Erstattung von zu Unrecht erhobenen Abgaben [führt] selbst dann, wenn sie nachweislich ganz oder teilweise auf Dritte abgewälzt wurden, nicht unbedingt zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Abgabepflichtigen“.¹⁰⁰ „Selbst dann, wenn die Abgabe in vollem Umfang in den Preis eingeflossen ist, könnte dem Abgabepflichtigen aus einem Absatzrückgang ein wirtschaftlicher Schaden entstehen [...] Vorliegen und Umfang der ungerechtfertigten Bereicherung, zu der die Erstattung einer gemeinschaftsrechtswidrig erhobenen Abgabe bei einem Abgabepflichtigen führt, lassen sich daher erst nach einer wirtschaftlichen Untersuchung feststellen, bei der alle maßgeblichen Umstände berücksichtigt werden. Dementsprechend verbietet es das Gemeinschaftsrecht einem Mitgliedstaat, einem Wirtschaftsteilnehmer die Erstattung einer gemeinschaftsrechtswidrig erhobenen Abgabe allein mit der Begründung zu verweigern, dass diese in den von diesem Wirtschaftsteilnehmer geforderten Einzelhandelsverkaufspreis eingeflossen“¹⁰¹ sei. Das Gemeinschaftsrecht (jetzt Unionsrecht) steht daher „einer innerstaatlichen Regelung entgegen, die [...] die Erstattung einer gemeinschaftsrechtswidrigen Abgabe allein deshalb versagt, weil diese auf Dritte abgewälzt worden ist, ohne dass der Umfang der ungerechtfertigten Bereicherung des Wirtschaftsteilnehmers festgestellt würde, zu der die Erstattung dieser Abgabe führen würde“.¹⁰²

Die Berücksichtigung des Abwälzungseinwands ist damit nur zulässig, wenn sichergestellt ist, dass sie nur der Vermeidung einer Bereicherung dient. Diesen Nachweis hat der Schädiger zu erbringen. Dafür muss im Wege einer wirtschaftlichen Untersuchung, „bei der alle maßgeblichen Umstände berücksichtigt werden“, Vorliegen und Umfang einer Abwälzung ermittelt werden. Selbst wenn eine Überteuerung vollständig weitergegeben wurde, ist zu prüfen, ob durch die Überteuerung Umsatzeinbußen entstanden sind. Wenn ja, sind diese zu ersetzen und erst dann kann die Abwälzung berücksichtigt werden. Der Schädiger muss also wohl beweisen, dass keinerlei Schaden beim Kläger verbleibt,¹⁰³ wenn die geltend gemachte Abwälzung berücksichtigt wird. Die Beachtlichkeit des Abwälzungseinwands nach nationalem Recht darf unionsrechtlich also nicht zu Lasten einer vollständigen Kompensation gehen. Eine allgemeine unionsrechtliche Verpflichtung, den Abwälzungseinwand zu beachten, besteht offenbar nicht.

99 Ebenda, Rz. 96.

100 Ebenda, Rz. 98.

101 Ebenda, Rz. 99-101.

102 Ebenda, Rz. 102.

103 Siehe zu den relevanten Schadensposten unter B.

IV. USA

Nach dem *Hanover Shoe*-Urteil des Supreme Court von 1968 ist der Abwälzungseinwand im US-Bundesrecht nicht beachtlich. 1977 entschied der Supreme Court in *Illinois Brick*, dass Folgeabnehmern („*indirect purchasers*“) grundsätzlich kein *standing* in privaten Kartellprozessen zukommt. Der Supreme Court führte in *Hanover Shoe* drei Erwägungen an:

„As long as the seller continues to charge the illegal price, he takes from the buyer more than the law allows. At whatever price the buyer sells, the price he pays the seller remains illegally high, and his profits would be greater were his costs lower.“¹⁰⁴

Würde der Einwand der Schadensabwälzung gestattet, erforderte dies zudem häufig „additional long and complicated proceedings involving massive evidence and complicated theories.“ Für private Kartellprozesse hätte dies nachteilige Folgen:

„Since establishing the applicability of the passing-on defense would require a convincing showing of [...] [a number of] virtually unascertainable figures, the task would normally prove insurmountable.“¹⁰⁵

Endabnehmer, auf die ein höherer Preis abgewälzt wurde, hätten letztlich „only a tiny stake in a lawsuit, and little interest in attempting a class action. In consequence, those who violate the antitrust laws by price-fixing or monopolizing would retain the fruits of their illegality because no one was available who would bring suit against them. Treble damage actions, the importance of which the Court has many times emphasized, would be substantially reduced in effectiveness.“¹⁰⁶

Der Supreme Court ließ Ausnahmen von diesem Ausschluss des Abwälzungseinwands für Fälle zu, in denen die genannten Erwägungen nicht zutrafen. Das gelte etwa, „when an overcharged buyer has a preexisting ‘cost-plus’ contract, thus making it easy to prove that he has not been damaged“ (sogenannte „*cost-plus* Ausnahme“).¹⁰⁷

In *Illinois Brick* verweigerte der Supreme Court Folgeabnehmern in Kartellprozessen aus wiederum im Wesentlichen drei Gründen *standing*.¹⁰⁸ Zum einen wollte er das Risiko einer Mehrfachhaftung von Beklagten vermeiden. Würde den Folgeabnehmern *standing* und die Möglichkeit gewährt, darzulegen, welcher Anteil der Überteuerung („*overcharge*“) von den Zwischenabnehmern auf sie abgewälzt wurde, befürchtete der Supreme Court außerdem – wie in *Hanover Shoe* –, kaum zu be-

104 Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp., 392 U.S. 481, 489 (1968).

105 Ebenda, 493.

106 Ebenda, 494.

107 Ebenda.

108 Ob die *Illinois Brick rule* tatsächlich als *standing rule* nach US-Recht eingestuft werden kann, ist äußerst kontrovers, für diesen Beitrag aber nicht von Bedeutung.

wältigende Massenverfahren. Diese Komplexität tue zudem der Effektivität der privaten Kartellrechtsdurchsetzung Abbruch. Insbesondere könnten durch die Verpflichtung, eine mögliche Entschädigung mit Folgeabnehmern zu teilen, und erhöhten Verfahrenskosten Direktabnehmer von Prozessen abgehalten werden, die sie andernfalls geführt hätten.¹⁰⁹

Wäre das Verfahren *Illinois Brick* dem gegen *Hanover Shoe* zeitlich vorausgegangen, hätte der Supreme Court *Illinois Brick* vermutlich anders entschieden. So aber sah er sich gebunden, beide Fälle „symmetrisch“ zu entscheiden. Da Studien darauf hindeuten, dass in den meisten Fällen von Preisabsprachen ein großer Anteil der Überteuerung – zumindest auf lange Sicht – auf den Endverbraucher abgewälzt wird,¹¹⁰ wird die Entscheidung *Illinois Brick* vielfach als ungerecht kritisiert. Die amerikanischen Courts of Appeal haben wohl auch deshalb beständig nach Wegen gesucht, *Illinois Brick* zu umgehen.¹¹¹ Ein Ergebnis dieser Bemühungen ist, dass die Bedeutung des Begriffs „*indirect purchaser*“ im US-amerikanischen Recht weitgehend ungeklärt bleibt, obwohl er von entscheidender Bedeutung für den Ausgang einer Vielzahl von Schadensersatzklagen nach US-Bundesrecht ist.¹¹² Die auf den ersten Blick so klare Entscheidung des Supreme Court in *Illinois Brick* ist mithin zu einer Quelle beträchtlicher Rechtsunsicherheit geworden.¹¹³

Inzwischen haben zudem mehr als 20 Bundesstaaten sogenannte *Illinois Brick repealer statutes* verabschiedet, die Verbindlichkeit von *Illinois Brick* für die bundesstaatlichen Gerichte aufheben. In *ARC America* bestätigte der Supreme Court die Vereinbarkeit solcher Gesetze mit der Bundesverfassung.¹¹⁴ Im Kartellrecht der Bundesstaaten kann Folgeabnehmern somit *standing* gewährt werden. Obwohl Folgeabnehmern nun in fast der Hälfte der Bundesstaaten *standing* genießen und es dem Supreme Court damit nicht gelungen ist, das Risiko der Mehrfachhaftung auszuschließen, hat sich dieses bislang offenbar noch nicht realisiert. So scheint es bislang noch zu keinem Kartellprozess gekommen zu sein, in dem ein Beklagter sowohl Direkt- als auch Folgeabnehmern denselben Schaden ersetzen musste,¹¹⁵ was auch mit der hohen Vergleichsquote in derlei Prozessen zu tun haben dürfte.¹¹⁶

109 *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720, 745 (1977).

110 *Harris/Sullivan*, 128 University of Pennsylvania Law Review 269 (1979); *Sarris*, Efficiency, 1984. Vgl. auch *Hovenkamp*, 103 Harvard Law Review 1717, 1726 ff. (1990).

111 *Bulst*, Schadensersatzansprüche, S. 71-97 mit umfassenden Nachweisen.

112 Vgl. *Bulst*, Schadensersatzansprüche, S. 89-94 zu *McCarthy v. Recordex Service, Inc.* 80 ff.3d 842 (3d Cir. 1996), cert. denied, 519 U.S. 825 (1996) und *Campos v. Ticketmaster*, 140 F.3d 1166 (8th Cir. 1998), cert. denied, 525 U.S. (1999) und anderen Fällen.

113 *Bulst*, Schadensersatzansprüche, S. 97.

114 *California v. ARC America Corp.*, 490 U.S. 93 (1989).

115 Siehe govinfo.library.unt.edu/amc/pdf/meetings/CivRem-IndP_DiscMemo060504-fin.pdf und *Bulst*, Schadensersatzansprüche, S. 329-331.

116 Als Beispiel für eine Berücksichtigung von Ansprüchen beider Klägergruppen im Rahmen eines Vergleichs siehe IATA, The Liability Reporter, Februar 2009, 36 (dortige Fn. 178), verfügbar unter http://www.iata.org/nr/rdonlyres/2ee7cd58-1c6b-429f-9431-eafddfaea0ab/0/lability_reporter_2009.pdf.

Die US-amerikanische Antitrust Modernization Comission (AMC) empfahl kürzlich, die *Illinois-Brick*-Doktrin aufzugeben und Folgeabnehmern auch unter Bundesrecht *standing* zu gewähren. Sie sprach sich zudem dafür aus, Klagen von Direkt- und Folgeabnehmern vor einem Bundesgericht zu konsolidieren.¹¹⁷

D. Rechtspolitische Überlegungen und die Lösung des KG

I. Anspruchsberechtigung von Folgeabnehmern

Das Problem der Schadensabwälzung ist komplex und eine perfekte Lösung ist nicht ersichtlich, es sei denn, alle Abnehmerklagen könnten in einem Verfahren konzentriert werden, ähnlich wie es die AMC empfiehlt. In Europa ist dies auch unabhängig vom geltenden europäischen Zivilprozessrecht aus mehreren Gründen gegenwärtig kaum denkbar: Damit eine zwingende Verfahrenskonzentration ihren Zweck erreichen kann, würden Regelungen benötigt, die Klagen von (Folge)Abnehmern an einem anderen Gerichtsstand als an dem, wo die Klagen gebündelt werden sollen, verbieten. Ein solches Verbot würde in zahlreichen nationalen Rechtsordnungen im Hinblick auf die Dispositionsmaxime und den Anspruch auf rechtliches Gehör in Zweifel gezogen. Darüberhinaus stellen sich etliche praktische Probleme, die – angesichts der Sprachenvielfalt und der ggf. zu überbrückenden geographischen Entfernung – auch durch Anzeigepflichten und prozedurale Vorkehrungen kaum zufriedenstellend gelöst werden können. Hinzu kommt die Frage, wie Vergleiche zwischen einzelnen Prozessparteien bei einer zwingenden Verfahrenskonzentration zu handhaben sind. Eine zwingende Verfahrenskonzentration kann ferner zu Missbrauch einladen. So könnten Verfahren „torpediert“ werden, indem negative Feststellungsklage vor einem für den Kläger, etwa aufgrund überlanger Verfahrensdauern, „günstigen“ Gericht erhoben wird, um eine Leistungsklage an einem geeigneten Gerichtsstand zu verhindern.¹¹⁸

Nicht die Vermeidung einer Mehrfachhaftung sollte der Ausgangspunkt für die Suche nach einer Lösung des Abwälzungsproblems sein, sondern das Ziel der Totalreparation der durch einen Wettbewerbsverstoß Geschädigten. Schließlich entstammen die dem Problem zugrunde liegenden Quantifizierungsschwierigkeiten nicht dem Verantwortungsbereich des Geschädigten, sondern liegen in der Natur des Geschehens, das der Schädiger angestoßen hat. Der Schädiger sollte daher die möglicherweise nachteiligen Folgen dieser Komplexität zu tragen haben und nicht der Ge-

117 Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations, April 2007, 267, verfügbar unter http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm.

118 Ausführlich dazu *Bulst*, Schadensersatzansprüche, S. 338-340. Für ein Beispiel für einen vorerst misslungenen Versuch in diese Richtung siehe Tribunale di Milano, 11.5.2009, ENI (nicht rechtskräftig).

schädigte¹¹⁹ – vorausgesetzt, ihm wird keine unverhältnismäßige Haftung auferlegt.¹²⁰

Da, wie oben festgestellt wurde, Schäden häufig weitergewälzt werden, sollten auch Folgeabnehmer anspruchsberechtigt sein. Aber nicht nur diese Gerechtigkeitswägung und das Ziel einer vollständigen Kompensation der tatsächlich Geschädigten sprechen gegen eine Monopolisierung der Anspruchsberechtigung auf der Ebene der Direktabnehmer. Ein solches Klagemonopol birgt nämlich auch ein erhebliches Risiko der Paralysierung des kartelldeliktsrechtlichen Rechtsschutzes, wenn die Direktabnehmer nicht willens oder nicht im Stande sind, Klage zu erheben.¹²¹ So können Direktabnehmer aufgrund einer wirtschaftlichen Abhängigkeit von dem für den Verstoß verantwortlichen Unternehmen auf Klagen verzichten oder sich mit geringen außergerichtlichen Zahlungen bzw. Rabatten bei Folgeaufträgen abfinden. Des Weiteren haben Direktabnehmer im Falle einer zur Gänze oder weitgehend erfolgreichen Abwälzung keinen Anlass, sich mit einem Prozess zu belasten, bzw. können Preissteigerungen zur Erhöhung der eigenen Marge nutzen.¹²² Schließlich besteht die Gefahr, dass die fraglichen Direktabnehmer bei Aufdeckung eines langjährigen und deshalb besonders schädlichen Kartells bereits nicht mehr existieren.

Eine volle Entschädigung wird nur erreicht, wenn für die Geschädigten eine realistische Aussicht besteht, Kompensation für erlittene Schäden zu erlangen. Dies erfordert insbesondere eine taugliche Methode zur Bestimmung solcher Schäden. Dabei wird, wie der US-amerikanische Supreme Court festgestellt hat, die Quantifizierung von Schäden häufig von Marktstufe zu Marktstufe komplexer.

II. Bestimmung der Schäden von Folgeabnehmern

1. Die Suche nach einer geeigneten Schätzungsgrundlage

Weitgehend Einigkeit scheint dahingehend zu bestehen, dass eine exakte Berechnung der Schäden von Folgeabnehmern – wie auch der von Direktabnehmern – re-

119 Siehe BGH v. 17.6.1992, NJW 1992, 2753, 2757 mit weiteren Nachweisen zum deutschen Fallrecht sowie die folgenden US-amerikanischen Fälle: *J. Truett Payne Co. v. Chrysler Motors Corp.*, 451 U.S. 557, 566 ff. (1981); *Bigelow v. RKO Radio Pictures*, 327 U.S. 251, 264 ff. (1946), *reh'g denied* 327 U.S. 817 (1946); *In re South Dakota Microsoft Antitrust Litigation*, 657 N.W.2d 668, 674 (South Dakota Supreme Court 2003).

120 Diese Überlegung setzt freilich voraus, dass der Kläger tatsächlich geschädigt wurde, siehe näher Text bei Fn. 133.

121 Vgl. bereits *S.E. Bohon*, 43 Antitrust Law Journal (1973), 73, 86 ff. und 90 ff.; *E.J. Schaefer*, 16 William and Mary L. Rev. (1975) 883, 928; *Harris/Sullivan*, 128 University of Pennsylvania Law Review 269 (1979) 357 ff. Für aktuellere Beispiele vgl. *American Antitrust Institute*, Comments of the American Antitrust Institute Working Group on Remedies (2005) 18 ff., verfügbar unter <http://www.antitrustinstitute.org/archives/files/423.pdf>.

122 Vgl. ausführlich: *M.P. Schinkel/J. Tuinstra/J. Rüggeberg*, The RAND Journal of Economics 2008, 39.

gelmäßig nicht möglich ist. Sie müssen geschätzt werden. Die Kommission arbeitet zur Zeit an nicht-bindenden Hilfestellungen zur Quantifizierung von Kartellschäden für nationale Gerichte und Verfahrensbeteiligte.¹²³ Diese könnten ökonomische Modelle zugänglicher und verständlicher machen sowie auf ökonomische Theorien gestützte Vorschläge zur Bemessung von Schäden umfassen.¹²⁴

Einige Autoren haben vorgeschlagen, das Quantifizierungsproblem durch Vermutungen zu lösen.¹²⁵ Liegen bestimmte Voraussetzungen vor, z.B. eine Angebots- und Nachfrageelastizität, bei der eine Schadensabwälzung wahrscheinlich ist,¹²⁶ soll vermutet werden, dass eine Abwälzung auch erfolgt ist.¹²⁷ Diese Autoren legen jedoch nicht dar, dass – oder wie – sich die Höhe einer Abwälzung *in concreto* quantifizieren lässt. Sie beschränken sich darauf zu zeigen, in welchen Fällen eine Versagung der Entschädigung von Folgeabnehmern zu unbefriedigenden Ergebnissen führen würde, weil sie es sind, die die Überteuerung im Ergebnis tragen.

Andere Kommentatoren versuchen, eine Verfolgung der Überteuerung über die einzelnen Marktstufen hinweg zu vermeiden. Sie nutzen daher zeitliche oder räumliche Vergleichsmärkte zur Quantifizierung von Schäden¹²⁸ auf Ebene der Zwischen- bzw. Folgeabnehmer.¹²⁹ Die Identifizierung geeigneter Vergleichsmärkte sowie vergleichbarer Marktteilnehmer bereitet in der Praxis jedoch häufig erhebliche Schwie-

- 123 Weißbuch, 7; Staff Working Paper, Rz. 198-200. Eine im Rahmen dieser Bemühungen in Auftrag gegebene Studie ist unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actions/damages/quantification_study.pdf veröffentlicht.
- 124 Staff Working Paper, Rz. 200. Zu weiteren Vorschlägen in dieser Richtung vgl. *Bulst*, Schadensersatzansprüche, 304-331.
- 125 Es geht im Folgenden allein um den weitergewälzten Schaden, also die Überteuerung, vgl. Text bei Fn. 15.
- 126 Siehe Text zu Fn. 134.
- 127 Siehe beispielsweise *Harris/Sullivan*, 128 University of Pennsylvania Law Review 269 (1979) 315 ff.; *E.H. Mantell*, 2 Pace Law Review (1982), 153, 193 ff.; *J. Cirace*, 35 Villanova Law Review (1990), 283, 317 ff.; *J. Cirace*, 19 Williams and Mary Law Review (1977), 171, 189 ff. Vgl. auch *L. Linder*, Privatklage, 1980, S. 168 und *B. Dubow*, 24 European Competition Law Review (2003) 238, 240. Für Beispiele zu einem solchen Argument in der Praxis vgl. die klägerischen Vorträge in *A & M Supply Co. v. Microsoft Corp.*, 654 N.W.2d 572, 604 ff. (Michigan Court of Appeals 2002) und in *Wood v. Abbott Laboratories* vor dem Oakland Circuit Court, verfügbar über Westlaw (Dokumentnummer 1997 WL 824019).
- 128 Bei einem zeitlichen Marktvergleich werden die Preise während des Wettbewerbsverstoßes mit jenen vor und nach dem Verstoß verglichen. Bei einem räumlichen Marktvergleich wird der von dem Verstoß betroffene Markt mit einem sachlich ähnlichen Markt verglichen, auf dem kein Verstoß stattgefunden hat. Diese Methoden bringen erkennbar etliche Unsicherheiten mit sich, wenn viele Unterschiede zwischen den verglichenen Märkten bestehen, die sich nicht auf den Wettbewerbsverstoß zurückzuführen lassen.
- 129 Vgl. z.B. *P.E. Areeda/H.J. Hovenkamp*, Antitrust Law, 91 ff., Rz. 3461; *H.J. Hovenkamp*, 116 Harvard Law Review (2003), 917, 940 ff.; *R.D. Blair/J.L. Harrison*, 68 George Washington Law Review (1999), 1, 29. Für Beispiele für solch eine Argumentation in der Praxis vgl. den klägerischen Vortrag in *In re Cardizem CD Antitrust Litigation*, 200 F.R.D. 326, 348ff. (E.D.Mich. 2001); in *In re South Dakota Microsoft Antitrust Litigation*, 657 N.W.2d 668, 676f. (South Dakota Supreme Court 2003) und in *A & M Supply Co. v. Microsoft Corp.*, 654 N.W.2d 572, 603 und 613f. (Michigan Court of Appeals 2002).

rigkeiten. Damit ein Markt als Vergleichsmarkt in Betracht kommt, müssten dort mit Ausnahme der *upstream*-Kartellierung dieselben preisbildenden Faktoren wirken wie auf dem Markt, auf dem der Kläger eingekauft hat. Nicht nur müsste die Marktstruktur auf den einzelnen Marktstufen identisch sein, auch die Kostenstruktur und Preiskalkulation der an diesem Vergleichsmarkt teilnehmenden Zwischenabnehmer müsste denen an der Kette zwischen Kartellant und klagendem Folgeabnehmer beteiligten Unternehmen entsprechen.¹³⁰

Gesucht wird mithin nach einer alternativen Methode, die praktikabel aber nicht unangemessen spekulativ ist. Eine Schadensschätzung setzt eine Schätzungsgrundlage voraus. Am verlässlichsten lässt sich regelmäßig die Überteuerung auf der ersten Marktstufe quantifizieren, d.h. die Differenz zwischen dem vom Direktabnehmer tatsächlich gezahlten Preis und dem hypothetischen Preis, den der Direktabnehmer ohne den Wettbewerbsverstoß gezahlt hätte. Dieser Betrag sollte daher als Schätzungsgrundlage auch für die nachgelagerten Marktstufen dienen. Folgeabnehmer werden, nach den Ausführungen unter C.IV., jedenfalls langfristig zumindest einen erheblichen Teil dieses Betrags absorbieren. Angesichts der Erkenntnis, dass der Verletzer und nicht der Geschädigte das Risiko der Beweisnot zu tragen hat,¹³¹ erscheint als Ausgangspunkt die Vermutung angebracht, dass der Folgeabnehmer den gesamten Betrag absorbiert. Sowohl Kläger als auch Beklagtem müsste es allerdings unbenommen sein, einen niedrigeren oder höheren¹³² Überteuerungsschaden nachzuweisen. Eine solche Vermutungsregel ließe sich an die Bedingung knüpfen, dass der Anspruchsteller zunächst nachweist, dass jedenfalls ein Teil der Überteuerung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit tatsächlich abgewälzt wurde.¹³³ Die Wahrscheinlichkeit, mit der eine Überteuerung über die einzelnen Marktstufen hinweg bis zum Endverbraucher weitergewälzt wird, hängt nach dem einschlägigen ökonomischen Schrifttum hauptsächlich von der Nachfrageelastizität, der Preiselastizität des Angebots, der Dauer des Wettbewerbsverstoßes und der Intensität des Wettbewerbs zwischen Direktabnehmern sowie zwischen anderen Zwischenabnehmern ab.¹³⁴

2. Vereinbarkeit mit dem deutschen Recht

Das geltende deutsche Recht sollte entsprechend ausgelegt werden. An anderer Stelle wurde gezeigt, dass für die Tatsache, dass eine Abwälzung stattgefunden hat, § 286 ZPO und nicht § 287 ZPO gilt, dem Folgeabnehmer insoweit aber die Mög-

130 Näher *Bulst*, Schadensersatzansprüche, S. 294-297.

131 Vgl. Text bei Fn. 119.

132 Es ist zu beachten, dass, wenn ein Schaden abgewälzt wird, der Schaden des Folgeabnehmers tatsächlich höher sein kann als die ursprüngliche Überteuerung. Dies ist insbesondere bei prozentualen Margenkalkulationen vorgelagerter Abnehmer der Fall („*multiplier effect*“), näher *Bulst*, Schadensersatzansprüche, S. 305.

133 Ausführlich *Bulst*, Schadensersatzansprüche, S. 316-331.

134 Siehe dazu den Überblick über die relevante Literatur ebenda, S. 281-285.

lichkeit des Anscheinsbeweises offen steht.¹³⁵ Unter C.IV. wurde berichtet, dass eine Abwälzung, jedenfalls langfristig, offenbar regelmäßig stattfindet. Die Abwälzung dürfte also dem Gewöhnlichen, dem nach der Lebenserfahrung zu Erwartenden entsprechen, so dass die Regeln des Anscheinsbeweises bei nicht nur kurzfristigen Verstößen Anwendung finden. Da Folgeabnehmer nur das „ob“ der Schadensentstehung nach dem Maßstab des § 286 ZPO nachweisen müssen, nicht aber die Schadenshöhe,¹³⁶ kommt es an dieser Stelle auf den *Betrag* der Abwälzung noch nicht an. Dem Verletzer ist freilich unbenommen, den Anscheinsbeweis zu erschüttern, indem er nachweist, warum ausnahmsweise etwa wegen einer hohen Preiselastizität der Nachfrage, einer niedrigen Preiselastizität des Angebots und/oder mangelndem Wettbewerb zwischen den Direktabnehmern (bzw. weiteren Zwischenabnehmern bei längeren Ketten) nicht von einer Abwälzung ausgegangen werden kann.

Was die Schadenshöhe, also den Betrag der Abwälzung, angeht, verlangt § 287 ZPO eine Schätzungsgrundlage, an die bei wettbewerblichen Ansprüchen jedoch keine zu hohen Anforderungen zu richten sind, „denn die gesetzliche Regelung würde leer laufen, wenn die Voraussetzungen an eine Schätzung zu eng geknüpft würden und damit die ohnehin einer Schätzung immanente Unsicherheit durch unvertretbaren Aufwand nur scheinbar beseitigt würde.“¹³⁷ Es ist mithin nicht erforderlich, durch aufwendigste und notwendigerweise approximative Berechnungen zu versuchen, die Überteuerung über die verschiedenen Marktstufen zu verfolgen. Es ist mit den Grundsätzen der Anwendung des § 287 ZPO vielmehr vereinbar, wie hier vorgeschlagen als Schätzungsgrundlage die Preisdifferenz auf der ersten Marktstufe zu wählen. Es liegt gemäß § 287 Abs. 1 S. 2 ZPO im Ermessen des Gerichts, inwieweit es Beweisanträgen zur Schadensschätzung nachgeht, wobei jedoch über bestrittene Ausgangs- bzw. Anknüpfungstatsachen auch im Falle der Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Schadensschätzung Beweis zu erheben ist.¹³⁸ Das bedeutet, dass für die Preisdifferenz auf der ersten Marktstufe unter Umständen Beweis erhoben werden muss, über den Faktor, mit dem diese zur Bestimmung des weitergewälzten Betrages multipliziert wird, jedoch nur im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens des Gerichts.

III. Beachtlichkeit des Abwälzungseinwands

Die obigen Ausführungen zum deutschen und US-amerikanischen Recht legen den Schluss nahe, dass in Rechtsordnungen, die die Prävention künftiger Wettbewerbsverstöße durch Abschreckung als Ziel der privaten Kartellrechtsdurchsetzung anerkennen, Vorteile aus dem Verstoß nicht beim Verletzer verbleiben sollen (jedenfalls soweit ihnen ein Schaden gegenübersteht). Infolge ihrer größeren Nähe zum Wettbe-

135 Siehe ebenda, S. 186f.

136 Siehe ebenda, S. 186f.

137 BGH v. 17.4.1997, NJW-RR 1998, 331, 333.

138 Siehe Bulst, Schadensersatzansprüche, S. 294-297.

werbsverstoß gelten Direktabnehmer vielfach als geeigneter Kläger als Folgeabnehmer, vor allem wegen ihres besseren Zugangs zu maßgeblichen Beweismitteln. Aus der Perspektive der Abschreckung¹³⁹ erschiene es daher wünschenswert, die Klaganreize für Direktabnehmer durch die Beachtlichkeit des Einwands der Schadensabwälzung nicht zu unterminieren. Um klare Fälle von *windfall profits* zu unterbinden, ließen sich Ausnahmen von der Unbeachtlichkeit des Abwälzungseinwands vorsehen, wie etwa die vom Supreme Court in *Hanover Shoe* anerkannte *cost-plus*-Ausnahmen.¹⁴⁰ Wenn ein Rechtssystem – wie in Deutschland – beide Ziele, Abschreckung und Kompensation, verfolgt, während es zugleich eine unverhältnismäßige Haftung des Verletzers zu vermeiden sucht, könnte es im Interesse der Abschreckung den Abwälzungseinwand gegen Direktabnehmer für unbeachtlich erklären, ihn aber gegen Folgeabnehmer zulassen, da diese allein aus Kompensationsgründen anspruchsberechtigt sind.¹⁴¹

IV. Kollektiver Rechtsschutz

Das Kartellrecht weist nicht nur bei der Zuordnung von Schäden Besonderheiten auf, wie am Anfang dieses Beitrags erläutert wurde, sondern auch im Hinblick auf den kollektiven Rechtsschutz. Anders als beispielsweise in Produkthaftungsfällen sind die Interessen der verschiedenen Geschädigten in Kartellrechtsfällen nicht notwendigerweise gleichgerichtet. Je nachdem, wie das Abwälzungsproblem gelöst wird, können die Interessen von Direkt- und Folgeabnehmern gegenläufig sein: Ist der Abwälzungseinwand beachtlich, werden Direktabnehmer versuchen darzulegen, dass keine Schadensabwälzung stattgefunden hat, während Folgeabnehmer eine Weiterwälzung werden nachweisen wollen.¹⁴² Selbst wenn die Interessen der Kläger

139 „Abschreckung“ wird hier untechnisch gebraucht. Eine im strengen Sinne abschreckende Wirkung dürfte u.a. voraussetzen, dass der Verletzer erwarten müsste, mehr als nur den rechtswidrigen Gewinn zu verlieren. Vgl. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1789 (1982), 166 (Chapter XIV, Rule 1): „The value of the punishment must not be less in any case than what is sufficient to outweigh that of the profit of the offence.“

140 Siehe Text zu Fn. 107 oben.

141 Siehe bereits Text bei Fn. 81 und *Bulst*, Schadensersatzansprüche, S. 316-329. Eine solche Lösung macht eine Unterscheidung zwischen Direkt- und Folgeabnehmern erforderlich, die, wie die Praxis in den USA zeigt, Schwierigkeiten bereiten kann (siehe Text zu Fn. 113), führt aber zu weniger weitreichenden Folgen als im US-Bundesrecht.

142 Nach amerikanischen Bundesrecht wird eine *class*, deren Mitglieder durch einen (Wettbewerbs)Verstoß auf zu unterschiedliche Weise geschädigt worden sind, mangels „*commonality*“, einer der Voraussetzungen für eine *class action* nach Rule 23(a) Federal Rules of Civil Procedure, oder aus anderen sich aus diesen *rules* ergebenden Gründen regelmäßig nicht zugelassen. Vgl. den Überblick bei *Page*, *Class Certification*, 28 ff. (verfügbar unter <http://ssrn.com/abstract=671048>) und *Bulst*, Schadensersatzansprüche, 51. Vgl. auch die Entscheidung des Supreme Court of British Columbia vom 6.5.2008, *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Infineon Technologies AG et al.*, 2008 BCSC 575, in der im Fall eines Preisabsprachekartells die Zulassung einer aus Direkt- und Folgeabnehmern bestehenden *class* abgelehnt wurde.

hinsichtlich der Zuordnung der Überteuerung einander entgegenstehen, werden sie aber in anderer Hinsicht übereinstimmen, wie etwa was die Feststellung des Kartellverstoßes und die Höhe der Überteuerung auf der Ebene der Direktabnehmer angeht. Die besonderen Vorteile des kollektiven Rechtsschutzes können mithin auch im Kartelldeliktsrecht zum Tragen kommen. Damit dem so ist, müssen angesichts der möglichen Interessenkonflikte jedoch Vorkehrungen getroffen werden,¹⁴³ etwa indem klagende Gruppen nach den verschiedenen Marktstufen unterteilt und, soweit ihre Interessen kollidieren, gesondert vertreten werden.

V. Die Lösung des KG

Das KG hatte sich jüngst im Rahmen einer Berufungsklage eines Bauunternehmens gegen seinen Transportbetonlieferanten mit dem Einwand der Schadensabwälzung zu befassen.¹⁴⁴ Die Beklagte, nach den Feststellungen des Gerichts Mitglied eines Quotenkartells für Transportbeton, hatte vorgetragen, die Klägerin habe die Preise für ihre Bauwerke gegenüber ihren Kunden erhöht, weil sie Transportbeton von der Beklagten zu kartellbedingt erhöhten Preisen bezogen hatte.

Das KG wendet § 33 GWB in der Fassung vor der 7. GWB-Novelle an, beansprucht für seine Lösung aber auch nach § 33 GWB aktueller Fassung Geltung.¹⁴⁵

Nach dem KG steht Direktabnehmern und weiteren Folgeabnehmern, jedenfalls sofern sie Unternehmen sind, ein Anspruch gegen Kartellanten zu (das hatte die Vorinstanz unter Hinweis auf ein vom KG zu Recht verworfenes Zielgerichtheitskriterium noch abgelehnt¹⁴⁶). Der Einwand der Vorteilsausgleichung sei im Verhältnis zwischen den Kartellteilnehmern und den Direktabnehmern (aber auch im Verhältnis zwischen den Kartellteilnehmern und den Folgeabnehmern¹⁴⁷) ausgeschlossen. Direkt- und Folgeabnehmer seien Gesamtgläubiger. Direktabnehmer müssten eine erhaltene Schadensersatzleistung gemäß § 430 BGB in demjenigen Umfang an die Marktbeteiligten der 3. Marktstufe weiterreichen als diesen durch den Verstoß ein Schaden entstanden sei. Sie müssten also eine „schadensersatzverteilende“ Funktion wahrnehmen.¹⁴⁸

143 Als Beispiel einer offenbar erfolgreichen Lösung eines solchen Interessenkonflikts im Rahmen eines Vergleichs siehe IATA, The Liability Reporter, Februar 2009, 36 (dortige Fn. 178), verfügbar unter http://www.iata.org/nr/rdonlyres/2ee7cd58-1c6b-429f-9431-eafddfaea0ab/0/liability_reporter_2009.pdf.

144 KG v. 1.10.2009, 2 U 10/03 Kart.

145 Ebenda, 26, 35.

146 Näher *Bulst*, NJW 2004, 2201.

147 KG v. 1.10.2009, 2 U 10/03 Kart, 29f.

148 Ebenda, 25f.

1. Zum Ausschluss des Einwands der Vorteilsausgleichung auf der Grundlage der Gesamtgläubigerschaftslösung

a) Die Argumentation des Gerichts

Das KG hält im Rahmen der Entscheidung über die Durchführung oder Versagung der Vorteilsausgleichung eine „an den Sachgesichtspunkten der einzelnen Fallgestaltung“ orientierte Wertung für erforderlich. Diese sprächen hier gegen eine Vorteilsausgleichung, weil sonst die Direktabnehmer keine „schadensersatzverteilende“ Funktion übernehmen könnten, die aber erforderlich sei, damit Folgeabnehmer ihre Schadensersatzansprüche praktisch durchsetzen könnten.¹⁴⁹ Diese Funktion sei zweckmäßig, weil in aller Regel nur Direktabnehmer einen Schadensersatzprozess sinnvoll führen können, denn nur sie kennten die „auf dem Kartellmarkt abgeschlossenen, schadensersatzbegründenden Geschäfte“ sowie die „auf dem nachgelagerten Markt abgeschlossenen, schadensweitergebenden Geschäfte“.¹⁵⁰ Die Direktabnehmer dieser Verteilungsfunktion¹⁵¹ durch die Durchführung der Vorteilsausgleichung zu berauben, würde faktisch die Folgeabnehmer rechtsschutzlos stellen. Gleichzeitig müssten dann Kartellteilnehmer weder den Direkt- noch Folgeabnehmern Schadensersatz leisten.¹⁵² Dieses Ergebnis wäre mit den folgenden schadensrechtlichen „Eckpunkten“ nicht vereinbar: Erstens würde das Zuerkennen einer Schadensersatzansprüches zugunsten des Direktabnehmers bei erfolgter Abwälzung mit § 249 BGB „in Konflikt treten“, „nach dem Schadensersatzansprüche lediglich tatsächlich vorhandene Schäden ausgleichen sollen, nicht aber den Zweck einer darüber hinausgehenden Bereicherung des Geschädigten oder einer zivilrechtlichen Bestrafung des Schädigers haben.“ Zweitens stellte die Versagung eines Schadensersatzanspruches der Folgeabnehmer die eigentlich Geschädigten rechtsschutzlos und würde „ein Unternehmen der vorgelagerten Marktstufen ungerechtfertigerweise mit einem echten kartellbedingten Gewinn zurücklassen.“ Drittens würde die Bejahung eines Schadensersatzanspruches sowohl der Direkt- als auch der Folgeabnehmer ebenfalls mit § 249 BGB „in Konflikt treten“, weil dann die Kartellteilnehmer einem zweifachen oder gar vielfachen Schadensersatzanspruch ausgesetzt wären.¹⁵³

b) Würdigung

Das Urteil des KG enthält die bislang mit Abstand differenziertesten Würdigung des Abwälzungsproblems durch ein deutsches Gericht und geht in seinem Argumentati-

149 Ebenda, 29.

150 Ebenda, 26.

151 Streng genommen handelt es sich bei den Direktabnehmern vom KG zugeschriebenen Rolle um eine Betreibungs- und Verteilungsfunktion.

152 KG v. 1.10.2009, 2 U 10/03 Kart, 29.

153 Ebenda, 25.

onsaufwand auch weit über die aus anderen EU-Mitgliedstaaten bekannten Urteile hinaus. Hervorzuheben sind auch die an der Rechtswirklichkeit orientierten Überlegungen zu Anspruchsrealisierung durch Folgeabnehmer. Was die zu erwartenden Auswirkungen der Anwendung des Instituts der Gesamtgläubigerschaft auf die Rechtswirklichkeit angeht, also auf die Anreize und faktischen Kompensationsausichten der Beteiligten, ist dem Gericht indes nicht uneingeschränkt beizupflichten. Die Anwendung der Grundsätze der Gesamtgäubigerschaft führt, wie im Folgenden deutlich werden wird, zu einer erheblichen Benachteiligung der Gläubiger, für die indes keine Gründe ersichtlich sind.

Zunächst jedoch zu den schadensrechtlichen Eckpunkten. Was den ersten dieser Eckpunkte angeht, so wurde unter C.I.1. und C.I.3. ausführlich begründet, warum allein die Differenzbetrachtung nach § 249 BGB und der Rückgriff auf das schadensrechtliche Bereicherungsverbot die bei der Frage nach der Anrechnung notwendige Wertungsentscheidung nicht vorgeben können. Sie machen lediglich deutlich, dass es eben einer solchen Wertungsentscheidung bedarf. Der zweite Eckpunkt verdient Zustimmung, was die Notwendigkeit angeht, die wahren Geschädigten nicht anspruchlos zu stellen. Was zurückbehaltene Gewinne auf einer vorgelagerten Marktstufe angeht, sind diese aber nur in der Person des Kartellanten ungerechtfertigt. Direkt- und andere Zwischenabnehmer begehen durch die bloße Weiterwälzung einer Überteuerung oder eine prozentuale Margenkalkulation¹⁵⁴ keinen Rechtsbruch. Der dritte Eckpunkt erscheint insoweit nachvollziehbar, als keine unverhältnismäßige Haftung auferlegt werden darf, doch ergibt sich dies nicht primär aus § 249 BGB, sondern wohl eher aus dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip und der Grundrechtsbindung von Gesetzgebung und Rechtsprechung.¹⁵⁵ Es ist aber nicht ersichtlich, dass bereits jede – sich etwa aus Beweiserleichterungen ergebende – Mehrfachhaftung für Einheiten des von dem Verstoß betroffenen Gutes zu einer unverhältnismäßigen Haftung führen würde.¹⁵⁶

Diese Eckpunkte vermögen die Lösung des Gerichts also wohl nicht zur Gänze zu tragen. Darüberhinaus erscheint die Lösung aus zwei Gründen auch in sich nicht schlüssig.

aa) Zur Schlüsselfunktion der Direktabnehmer

Zum einen ist dem KG zwar darin beizupflichten, dass Direktabnehmer häufig die besseren Kläger sind, weil sie faktisch dem Verstoß näher stehen (häufig aber auch nicht, wie oben ebenfalls erläutert wurde).¹⁵⁷ Das KG dürfte mit seiner Lösung der Gesamtgäubigerschaft dieser Schlüsselfunktion jedoch nicht gerecht geworden sein. Das hat die wissenschaftliche Diskussion zu den als Lösung des Abwälzungsprob-

154 Vgl. Fn. 132.

155 Siehe im Einzelnen *Bartelt*, Beschränkung, 2004.

156 Näher *Bulst*, Schadensersatzansprüche, S. 329-331.

157 Vgl. bereits Text bei Fn. 139.

lems immer wieder erwogenen Innenausgleichsmodellen gezeigt.¹⁵⁸ Solche Ansätze, denen die Gesamtgläubigerschaft als Spielart zuzurechnen ist, verfehlten sowohl das Kompensations- als auch, soweit relevant, das Präventionsziel der Kartelldeliktshaf- tung, indem sie Klaganreize und damit Kompensationsaussichten sowohl für Direkt- abnehmer als auch für Folgeabnehmer erheblich reduzieren. Das gilt insbesondere deshalb, weil sie (erfolgreich) klagende Teilnehmer der Marktgegenseite dem häufig erheblichen Risiko von Folgeprozessen und den damit einhergehenden Belastungen aussetzen.

(1) Belastung durch Folgeprozesse

Wer einen Kartellanten erfolgreich auf Schadensersatz in Anspruch genommen hat, setzt sich im System der Gesamtgläubigerschaft den Ansprüchen anderer Abnehmer aus, die sich für geschädigt halten. Das gilt ganz unabhängig davon, ob er den Schaden tatsächlich (teilweise) abgewälzt hat, was ggf. erst der Prozess zeigt. Bei den Anspruchstellern kann es sich um vor¹⁵⁹ wie um nachgelagerte Abnehmer handeln. Die Höhe der zu erwartenden Ansprüche kann schwer abzuschätzen sein, so dass selbst nach einem gewonnenen Schadensersatzprozess gegen den Schädiger unklar bleibt, wie viel von dem erstrittenen Betrag tatsächlich beim Kläger (Direktabnehmer) verbleibt. Zudem drohen zeitliche und finanzielle Belastungen durch die (gerichtliche) Geltendmachung der Ausgleichsansprüche. Kommt es zum Prozess, können sich erhebliche Schwierigkeiten der Tatsachenermittlung stellen, da es nun gilt, zu bestimmen, welche Marktstufe welchen Anteil des kartellbedingten Aufpreises absorbiert hat. Erwachsen nicht alle Feststellungen gegenüber allen Anspruchsbe- rechtigten in Rechtskraft, besteht die Gefahr, dass ein tatsächlich Geschädigter die gesamte Klagsumme wieder einbüßt.¹⁶⁰ Eine prozessuale Einbindung aller An- spruchsberechtigten, die eine derartige allseitige Rechtskraft sicherstellt, lässt sich aber – ganz abgesehen von den damit verbundenen Kosten und zivilprozessrechtli- chen Problemen – schon deshalb nicht erreichen, weil dem Geschädigten regelmäßig nicht alle potentiell Anspruchsberechtigten bekannt sind. Auch Vergleiche lassen sich im kartelldeliktsrechtlichen Kontext kaum sinnvoll in ein System des Gesamt- gläubigerschaft einordnen. Im Regelfall kann nämlich nicht ausgeschlossen werden,

158 Ausführlich *Bulst*, Schadensersatzansprüche, S. 334-336.

159 Nach dem Verständnis des KG der „ganzen Leistung“ im Rahmen des § 428 BGB sollte dies für vorgelagerte Abnehmer grundsätzlich nicht zutreffen, wie unter V.2.a) erläutert wird. Das gilt aber nur, wenn der vorgelagerte Abnehmer nicht der Auffassung ist, der dem erfolgreichen Kläger zuerkannte Ersatz beinhaltet Beträge, die in Wahrheit von ihm absorbiert und keineswegs auf den Kläger abgewälzt wurden. Besteht insoweit Uneinigkeit, muss entschie- den werden, ob diese Beträge von der Gesamtgläubigerschaft erfasst werden. Nach dem An- satz des KG müsste dieser Streit wohl zwischen den Abnehmern ausgetragen werden.

160 Das gilt selbst dann, wenn alle dem zunächst erfolgreichen Kläger nachgelagerten Abnehmer ihrerseits als Gesamtgläubiger angesehen werden (wovon das Gericht wohl nicht ausgeht, da- zu sogleich näher).

dass ein Vergleich einen Teilerlass enthält. Dann aber kann ein Vergleich mit dem Direktabnehmer dem Kartellanten mangels Verfügungsbefugnis des Direktabnehmers hinsichtlich der abgewälzten Überteuerung keine Rechtssicherheit geben.¹⁶¹ Der Verweis in § 429 Abs. 3 S. 1 BGB auf § 423 BGB ist insoweit nach zu Recht vorherrschender Auffassung zu pauschal ausgefallen.¹⁶²

(2) Komplexität und Rechtsunsicherheit

Im Rahmen der Lösung des KG stellt sich die Frage, welchen Grundsätzen die Weiterversetzung erstrittenen Schadensersatzes zwischen geschädigten Abnehmern folgen soll. Das lässt sich an einem Beispiel verdeutlichen. Ein Direktabnehmer hat einen Preisaufschlag von 100 Euro erersetzt bekommen, wovon er aber 80 Euro auf seinen Folgenabnehmer F1 abgewälzt hat, der seinerseits 60 Euro an seinen Folgeabnehmer F2 weitergereicht hat. Dürfte F1 nun den Direktabnehmer auf 80 Euro in Anspruch nehmen, müsste davon 60 Euro wieder an F2 abgeben, sollte dieser gegen ihn vorgehen? Das KG hat wohl eher im Sinne, dass F1 den Direktabnehmer auf 20 Euro und F2 den Direktabnehmer auf 60 Euro (abzüglich eines seinerseits weitergewälzten Betrags) in Anspruch nehmen kann. Andernfalls wären wohl nämlich Folgeabnehmer auch gegenüber dem Direktabnehmer Gesamtgläubiger und einer von ihnen müsste selbst eine verteilende Funktion ausüben. Die erstrebte Konzentration dieser Funktion auf der Ebene der Direktabnehmer wäre gescheitert. Überdies erscheint eben dieses Bestreben nach Konzentration zu bedingen, dass nach der Lösung des KG Folgeabnehmer gegenüber dem Schädiger nur Anspruch auf den tatsächlich absorbierten Teil des Preisaufschlages haben dürften, bei ihnen also – anders als bei Direktabnehmern – eine Vorteilsausgleichung durchzuführen ist. Damit hätte F1 in dem gebildeten Beispiel auch gegen den Direktabnehmer keinen über die tatsächlich von ihm absorbierten 20 Euro hinausgehenden Anspruch. Zwar sprechen für diese Differenzierung zwischen Direkt- und Folgeabnehmern im Rahmen der Vorteilsausgleichung in der Tat die unter D.III. genannten Gründe, in Verbindung mit der Gesamtgläubigerschaft führt sie aber dazu, dass sämtliche Kontroversen über eine erfolgte oder nicht erfolgte Abwälzung nun im Verfahren mit dem Direktabnehmer ausgefochten werden müssen. Welche – nicht sachgerechten – Folgen das hat, wurde im vorstehenden Absatz erläutert. Diese dürften durch Rechtsunsicherheit über das Verhältnis zwischen Direkt- und Folgeabnehmer noch verstärkt werden, etwa was die Beweislastverteilung hinsichtlich der Abwälzung angeht.

Des Weiteren sind Kartellkläger im Rechtsstreit mit Kartellanten nach dem Ansatz der Gesamtgläubigerschaft stets einem schwer abzuschätzenden Risiko der Klagabweisung ausgesetzt, weil für dieselbe Ware bereits an einen Dritten Schadensersatz geleistet worden sein könnte. Da dieser Einwand beachtlich ist, muss er, so er erhoben wird, auf seine sachliche Richtigkeit überprüft werden. Dazu muss der

161 Vgl. nur Noack in Staudinger, BGB (2005), § 429 Rz. 24 m.w.N.

162 Vgl. nur ebenda, Rz. 18 m. zahlr. w.N.

genaue Weg der in Rede stehenden Ware(n) durch die anspruchsberechtigten Marktstufen hindurch verfolgt werden. Das KG geht offenbar davon aus, dass Direktabnehmer stets vor anderen Marktstufen klagen. Dem muss aber nicht so sein. Vor allem wenn Ersatz, wie regelmäßig, für über einen längeren Zeitraum entstandene Schäden begeht wird, können die Vertriebswege für die einzelnen Lieferungen unterschiedlich sein. Um den Erfüllungseinwand zu überprüfen, können also aufwändige Beweiserhebungen erforderlich werden. Ungelöst bleibt im System der Gesamtgläubigerschaft auch, wie Gerichte bei gleichzeitig anhängigen Prozessen eines Direkt- und eines Folgeabnehmers verfahren sollen.

Diese Komplexität wird noch dadurch verschärft, dass auch Schadensersatzleistungen anderer Kartellmitglieder befreiend für den Beklagten wirken können, wenn die Kartellanten als Gesamtschuldner haften. Das Verfahren zwischen Geschädigtem und Kartellant kann daher vielfach nur unter Beteiligung der übrigen Kartellmitglieder und weiterer Geschädigter geführt werden, deren Angaben für die Überprüfung eines Erfüllungseinwandes benötigt werden. Erhebliche Kosten und zeitliche Verzögerungen sind die Folge. Zudem wird sich die Stichhaltigkeit eines Erfüllungseinwands häufig vorprozessual kaum klären lassen können, so dass es für Geschädigte nahezu unmöglich ist, ihr Prozessrisiko abzuschätzen. Diese erhebliche Unsicherheit wirkt sich nachteilig auf ihre Klaganreize und damit ihre Kompensationsaussichten aus.

(3) Insolvenzrisikoverlagerung

Die Lösung der Gesamtgläubigerschaft verlagert zudem das Insolvenzrisiko in kaum nachvollziehbarer Weise. Kartellopfer können auf Ansprüche gegen Dritte, nämlich vorherige Kläger, verwiesen werden, mit denen sie in keinerlei Beziehung stehen. Weder müssen sie mit diesen vertraglich verbunden sein, noch sind sie durch sie geschädigt worden. Sie würden also mit einem Insolvenzrisiko belastet, auf dessen Größe sie durch die Wahl ihrer Zulieferer oder des Herstellers der von ihnen bezogenen Güter keinerlei Einfluss haben. Das erscheint wenig befriedigend.

In einem System der Gesamtgläubigerschaft dürften Direktabnehmer also kaum die „schadensersatzverteilende“ Funktion wahrnehmen, die ihnen das KG auferlegt. Diese setzt nämlich voraus, dass Direktabnehmer Anreize und die Möglichkeit haben, Schadensersatz zu erstreiten, der sich verteilen ließe. Das ist hier zweifelhaft. Obwohl das KG das Ziel der Totalreparation verfolgt, lässt es sich bei seiner Wertungsentscheidung offenbar vor allem von dem Bemühen leiten, eine Mehrfachhaftung (nicht erst eine unverhältnismäßige Haftung) zu vermeiden. Die Lasten der Komplexität der Schadenszuordnung mit allen ihren in der Rechtswirklichkeit relevanten Folgen werden nämlich allein der Marktgegenseite aufgebürdet. Deren Vertreter müssen gewillt sein, mehrere Prozessrisiken einzugehen, nicht nur im Verfahren gegen den Kartellant, sondern auch in sich anschließenden Verteilungsprozessen. Ein Erfolg in ersterem kann sich leicht als Pyrrus-Sieg entpuppen.

bb) Zum unabhängigen Rechtsschutz der Folgeabnehmer

Die Lösung des KG erscheint aus einem weiteren Grund in sich nicht vollends schlüssig. Das KG hält Folgeabnehmer ohne die Direktabnehmer für rechtsschutzlos und schafft damit das Risiko einer *self-fulfilling prophecy*. Das KG begründet seinen Ansatz zur Sicherstellung einer Kompensation von Folgeabnehmern unter anderem mit der Abhängigkeit der Folgeabnehmer von den Direktabnehmern. Damit leugnet es die Notwendigkeit (und Möglichkeit), eine Lösung zu finden, nach der Geschädigte aus eigener Kraft Kompensation erhalten können. Einer solchen Lösung bedarf es aber, um das vom KG verfolgte Ziel der Totalreparation zu erreichen, wurde doch bereits gezeigt, dass Direktabnehmer – ganz unabhängig von den Unzulänglichkeiten der Gesamtgläubigerschaftslösung – gute Gründe haben können, gar nicht erst zu klagen.¹⁶³

2. Zu den Voraussetzungen der Gesamtgläubigerschaft

a) Die Argumentation des Gerichts

Nach Auffassung des KG sind die Voraussetzungen des § 428 BGB erfüllt, weil jedes geschädigte Unternehmen auf der Direkt- und Folgeabnehmerstufe den ganzen Schaden ersetzt verlangen kann, während der Kartellteilnehmer die Schadensersatzleistung nur einmal zu erbringen habe. Zwar könne einem bestimmten Folgeabnehmer ein der Höhe nach geringerer Schadensersatz zustehen als dem Direktabnehmer. Das spreche aber nicht gegen eine Gesamtgläubigerschaft. Diese bestehe nämlich genau in dem Umfang, „in dem sich die beiden Ansprüche der Höhe nach decken bzw. der Schaden weitergegeben wurde.“ Insofern könnten „beide Gläubiger die „ganze“ Leistung verlangen“. Im Übrigen sprächen Praktikabilitätserwägungen für eine Gesamt- und gegen Teilgläubigerschaft, da Folgeabnehmer häufig keinen Kontakt zu den Kartellmitgliedern hätten.¹⁶⁴

Dieses Verständnis der „ganzen Leistung“ bedeutet, dass ein klagender Folgeabnehmer Ersatz des bis auf seine Marktstufe abgewälzten Betrages verlangen kann (von dem er ggf. einen Teil an nachgelagerte Abnehmer abgeben muss). Für die Differenz zwischen der Übersteuerung auf der ersten Marktstufe und diesem Betrag besteht keine Gesamtgläubigerschaft. Klagt ein Folgeabnehmer und erstreitet Schadensersatz in Höhe des (geschätzten) bis auf seine Marktstufe abgewälzten Betrages, hat der Direktabnehmer – trotz Versagung der Vorteilsausgleichung – nur noch Anspruch auf die Differenz zwischen der Übersteuerung auf seiner Stufe und diesem Betrag, da für letzteren gemäß §§ 362 Abs. 1, 428, 429 Abs. 3, 422 Abs. 1 BGB Er-

163 Vgl. Text bei Fn. 139.

164 KG v. 1.10.2009, 2 U 10/03 Kart, 29f.

füllung eingetreten ist. Zu der beabsichtigten Anspruchsbündelung auf der Ebene der Direktabnehmer kommt es in einem solchen Fall freilich nicht.

b) Würdigung

Das Gericht begründet, wie unter D.V.1.a) dargestellt, die Versagung der Vorteilsausgleichung mit der auf § 430 BGB gestützten „schadensersatzverteilenden“ Funktion der Direktabnehmer, also mit der Gesamtgläubigerschaft. Die Gesamtgläubigerschaft begründet es wiederum mit der Versagung der Vorteilsausgleichung, denn sonst könnten die Abnehmer nicht jeweils die „ganze Leistung“ (im Sinne des Urteils) verlangen. Diese Argumentation des Gerichts wirkt zirkulär.

Ohne sie liegen die gesetzlichen Voraussetzungen der Gesamtgläubigerschaft aber wohl nicht vor, da ohne diese Argumentation nicht alle Abnehmer eine „ganze Leistung“ vom Schulder zu fordern berechtigt sind. Vielmehr sind sie nur insoweit anspruchsberechtigt als ihnen ein Schaden entstanden ist.

Warum Praktikabilitätserwägungen keineswegs für eine Gesamtgläubigerschaft sprechen, wurde unter D.V.1.b) erläutert. Es überrascht angesichts dieser Ausführungen nicht, dass die Gesamtgläubigerschaft in der Literatur als für die Gläubigerseite nachteiliges Institut gilt.¹⁶⁵ Die Gesamtgläubiger tragen das volle Verteilungsrisiko in dem Sinne, dass ihre Befriedigung allein von der Leistungswilligkeit und der Liquidität ihres Mitgläubigers abhängt, dem gegenüber erfüllt wurde, sei es durch Zahlung oder auch Aufrechnung.¹⁶⁶ Es ist anerkannt, dass diese Risikoverteilung nur sinnvoll ist, wenn die Gläubiger untereinander darauf vertrauen können, dass sie letztendlich zu ihrem Recht kommen, obgleich nur einer von ihnen die Forderung einzieht.¹⁶⁷ Dafür bestehen im kartelldeliktsrechtlichen Kontext jedoch im Regelfall keinerlei Anhaltspunkte. Die verschiedenen Gläubiger, insbesondere auf derselben Marktstufe, wissen häufig nicht einmal voneinander. Für Vertrauen untereinander haben sie weder auf derselben – häufig von scharfem Wettbewerb gekennzeichneten – Marktstufe noch über Marktstufen hinweg irgendeinen Anlass. Zudem ist die Höhe des Anspruchs eines jeden häufig schwer zu berechnen. Das

165 Grundlegend *S. Meier*, 205 (2005) 858; s.a. *dies.*, in Jürgen Basedow, Klaus Hopt, Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch, Tübingen 2009, 761.

166 Vgl. nur *Noack* in Staudinger, BGB (2005), § 428 Rz. 13 m.w.N.

167 Treffend *Noack* in Staudinger, BGB (2005), § 428 Rz. 13 m.w.N. Deutlich auch BGH v. 18.1.1966, NJW 1966, 654, 656 (= BGHZ 44, 382). Das KG hielt die Erwägungen des BGH in dieser Sache für nicht übertragbar, da keine Ansatzpunkte für eine missbräuchliche Leistungsverweigerung durch die Klägerin vorlagen. Zudem bestreite die Beklagte die Schadensersatzberechtigung der Folgeabnehmer. Daher dürften diese „keineswegs besser von der Beklagten bedient werden als von der Klägerin“ (KG v. 1.10.2009, 2 U 10/03 Kart, 30). Diese Überlegungen dürften den Kern der Sache aus den im Haupttext genannten Gründen indes verfehlt.

heißt weder die zu verteilende Summe¹⁶⁸ noch der Verteilungsschlüssel nach § 430 BGB stehen fest.

Nur der Vollständigkeit halber sollte noch in Erinnerung gerufen werden, dass die vom KG um den Preis einer Privilegierung des Schädigers angestrebte Verteilfunktion der Direktabnehmer ohnehin nur für die abgewälzte Preisdifferenz in Betracht kommt, nicht aber für andere oben unter B. identifizierte Schadensposten der Marktgegenseite, wie entgangenen Gewinn. Für deren Ersatz müssen die Folgeabnehmer den Schädiger nach wie vor selbst verklagen.

3. Zwischenergebnis

Dem KG ist zuzustimmen, was die Ausführungen zur Anspruchsberechtigung von Direkt- und Folgeabnehmern angeht. Was Direktabnehmer betrifft, gilt dies im Ergebnis auch für die Versagung der Vorteilsausgleichung, nicht jedoch für deren Begründung. Das Lösungsmodell der Gesamtgläubigerschaft¹⁶⁹ erscheint indes weder sachgerecht, noch liegen seine gesetzlichen Voraussetzungen vor.

E. Ausblick

Die Rechtsprechung der Unionsgerichte schränkt, was die Durchsetzung des Unionsrechts angeht, die rechtspolitischen Gestaltungsspielräume des nationalen Rechts bei der Lösung des Problems der Schadensabwälzung ein. Folgeabnehmern müssen anspruchsberechtigt sein und der Abwälzungseinwand – wenn er denn beachtlich ist – kann nur berücksichtigt werden, sofern er die vollständige Kompensation des Geschädigung nicht in Frage stellt. Doch trotz dieser Grundsentscheidungen wirft das Problem der Schadensabwälzung weiterhin schwierige Fragen auf. Sich nämlich auf den Grundsatz zu verständigen, dass jeder Marktteilnehmer Kompensation für erlittene Schäden erhalten soll, ist eine Sache. Maßgaben zu entwickeln, nach denen sich dies in der Praxis auch nur annäherungsweise erreichen lässt, ist eine ganz andere. Das Urteil des KG zeigt das sehr deutlich. In diesem Beitrag wurden einige Erwägungen darüber angestellt, wie sich die praktischen Schwierigkeiten lösen lassen könnten, die sich in kartellrechtlichen Schadensabwälzungsfällen stellen. Es hat sich gezeigt, dass das geltende deutsche Recht im Lichte dieser Erwägungen ausgelegt werden sollte.¹⁷⁰ Auch die Lösung des Weißbuchs trägt ihnen zum Großteil Rechnung. Die französischen Gerichte haben andere Wege beschritten und den englischen steht die erste Entscheidung noch bevor.

168 Zu verteilen ist schließlich nicht der gesamte von einem Direktabnehmer erstrittenen Schadensersatz, sondern nur die Summe, die er abgewälzt hat.

169 Hierfür auch *Bechtold*, GWB, 5. Aufl., 2008, § 33 Rz. 24.

170 Näher *Bulst*, Schadensersatzansprüche, S. 345-349.

Literaturverzeichnis

- Afferni, Giorgio, Case Note: ECJ – Manfredi v Lloyd Adriatico, European Review of Contract Law 2007, 179.
- American Antitrust Institute, Comments of the American Antitrust Institute Working Group on Remedies, 2005, (abrufbar unter <http://www.antitrustinstitute.org/recent2/423.pdf>).
- Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations, April 2007, 267, verfügbar unter http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm.
- Areeda, Phillip E./Hovenkamp, Herbert, Antitrust Law – An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, 2003.
- Bartelt, Johann Christian, Beschränkung des Schadensersatzumfangs durch das Übermaßverbot? Eine Untersuchung der Vereinbarkeit des Grundsatzes der Totalreparation (§ 249 I BGB) mit dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip, Berlin 2004.
- Basedow, Jürgen, Who will protect competition in Europe? : From central enforcement to authority networks and private litigation, European Business Organisation Law Review 2001, 443.
- Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus/Zimmermann, Reihard, Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Tübingen 2009.
- Bechtold, Rainer, Kartellgesetz : Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - Kommentar, 5. Auflage, München 2008.
- Beninca, Jürgen, Schadenersatzansprüche von Kunden eines Kartells?, Wirtschaft und Wettbewerb 2004, 604.
- Bentham, Jeremy, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, 1789 (1982).
- Blair, Roger D./Harrison, Jeffrey L., Reexamining the Role of Illinois Brick in Modern Antitrust Standing Analysis, 68 George Washington Law Review (1999), 1.
- Bohon, S.E., Remarks, in Panel discussion: Private Actions – The Purposes Sought and the Results Achieved, 43 Antitrust Law Journal (1973), 73.
- Büdenbender, Ulrich, Vorteilsausgleichung und Drittschadensliquidation bei obligatorischer Gefahrenlastung : Gemeinsamkeiten, Berührungspunkte und Unterschiede, Tübingen 1996.
- Bulst, Friedrich Wenzel, Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht, Baden-Baden 2006.
- Bulst, Friedrich Wenzel, Private Antitrust Litigation at a Roundabout, European Business Organization Law Review 2006, 725.
- Bulst, Friedrich Wenzel, Of Arms and Armour – The European Commission's White Paper on Damages Actions for Breach of EC Antitrust Law, Bucerius Law Journal 2008, 81.
- Bulst, Friedrich Wenzel, Zum Manfredi-Urteil des EuGH, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2008, 178.
- Bulst, Friedrich Wenzel, Zu den Bemühungen der Kommission um eine Effektivierung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung, in: Behrens/Hartmann-Rüppel/Herrlinger (Hrsg.), Schadenersatzklagen gegen Kartellmitglieder, Baden-Baden 2010, 9.
- Canaris, Claus-Wilhelm, Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, in: Ahrens, Hans J./Bar, Christian von/Fischer, Gerfried/Spickhoff, Andreas/Taupitz, Jochen (Hrsg.), Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag, Köln 1999, 85.
- Cantzler, Klaus, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch, Archiv für civilistische Praxis, 156 (1957), 29.

- Cirace, John, Apportioning Damages Between Direct and Indirect Purchasers in Consolidated Antitrust Suits: ARC America Unravels the Illinois Brick Rule, 35 Villanova Law Review (1990), 283.
- Cirace, John, Price-Fixing, Privity, and the Pass-On Problem in Antitrust Treble-Damages Suits: A Suggested Solution, 19 William and Mary Law Review (1977), 171.
- Komninos, Assimakis, New Prospects for Private Enforcement of EC Competition Law: Courage v. Crehan and the Community Right to Damages, Common Market Law Review 2002, 447.
- Deutsch, Erwin, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Auflage, Köln 1996.
- Dreier, Thomas, Kompensation und Prävention : Rechtsfolgen unerlaubter Handlung im Bürgerlichen, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Tübingen 2002.
- Dubow, Ben, The Passing-On Defence: An Economist's Perspective, 24 European Competition Law Review (2003), 238.
- Esser, Josef/Schmidt, Eike, Schuldrecht, Bd. 1, Allgemeiner Teil, Teilbd. 2, 7. Auflage, Heidelberg 1993.
- Europäische Kommission, 2008, Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM (2008) 165 final.
- Europäische Kommission, 2008, Impact Assessment Report, SEC (2008) 405.
- Europäische Kommission, 2008, Executive Summary of the Impact Assessment Report, SEC (2008) 406.
- Europäische Kommission, 2008, Weißbuch Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, KOM(2008) 165 endgültig (abrufbar unter <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>).
- Henke, Horst-Eberhard, Die Vorteilsausgleichung im Schadensersatzrecht des BGB, in: Brambring, Günter/Medicus, Dieter/Vogt, Max (Hrsg.), Festschrift für Horst Hagen, Köln 1999, 371.
- Harris, Robert G./Sullivan, Lawrence A., Passing on the Monopoly Overcharge, 128 University of Pennsylvania Law Review (1979), 269.
- Heck, Philipp, Grundriss des Schuldrechts, Tübingen 1929.
- Hovenkamp, Herbert J., The Indirect-Purchaser Rule and Cost-Plus Sales, 103 Harvard Law Review (1990), 1717.
- Hovenkamp, Herbert J., The Rationalization of Antitrust – Review of Antitrust Law, 2nd edition, by Richard A. Posner (2001), 116 Harvard Law Review (2003), 917.
- IATA, Competition and Antitrust, The Liability Reporter February 2009, 2009, 35, (abrufbar unter http://www.iata.org/NR/rdonlyres/2EE7CD58-1C6B-429F-9431-EAFDDFAEA0AB/0/lability_reporter_2009.pdf).
- Köhler, Helmut, Kartellverbot und Schadensersatz, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2004, 99-103
- Keuk, Brigitte, Vermögensschaden und Interesse, Bonn 1972.
- Komninos, Assimakis P., New prospects for private enforcement of EC Competition Law, Courage v. Crehan and the Community right to damages, Common Market Law Review 2002, 447.
- Lange, Hermann/Schiemann, Gottfried, Schadensersatz, 3. Aufl., Tübingen 2003.
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm, Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1, 14. Auflage, München 1987.
- Lieb, Manfred, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 16.2.1971 – VI ZR 147/69, Juristische Rundschau 1971, 371.
- Linder, Ludwig, Privatklage und Schadensersatz im Kartellrecht, 1980.

- Löwe, Henning, Der Gedanke der Prävention im deutschen Schadensersatzrecht : die Flucht in den Geldersatz immaterieller Schäden; zugleich eine Besprechung der "Caroline"-Urteile des Bundesgerichtshofs und des "Draehmpael-Urteils" des Europäischen Gerichtshofs, Frankfurt a.M. 2000.
- Meier, Sonja, Die Gesamtgläubigerschaft - ein unbekanntes, weil überflüssiges Wesen?, Archiv für civilistische Praxis, 205 (2005), 858.
- Mantell, Edmund H., Denial of a Forum to Indirect-Purchaser Victims of Price Fixing Conspiracies: A Legal and Economic Analysis of Illinois Brick, 2 Pace Law Review (1982), 153.
- Mertens, Hans-Joachim, Der Begriff des Vermögensschadens im bürgerlichen Recht, Stuttgart 1967.
- Mommesen, Friedrich, Obligationenrecht II – Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig 1855.
- Mook, Peter, Das Bereicherungsverbot im Schadensersatzrecht nach §§ 249 - 253 BGB, Diss. Hamburg 1983.
- Mulheron, Rachael, Reform of Collective Redress in England and Wales: A Perspective of Need (Report submitted to the Civil Justice Council of England and Wales, February 2008) (abrufbar unter: http://www.civiljusticecouncil.gov.uk/files/collective_redress.pdf).
- Müller, Peter, Punitive damages und deutsches Schadensersatzrecht, Berlin 2000.
- Müller-Laube, Hans-Martin, Auswirkungen vorteilhafter Rechtsgeschäfte des Geschädigten auf die Schadensabrechnung mit dem Schädiger, Juristenzeitung 1991, 162.
- Oetker, Hartmut, Kommentierung von § 249, in Münchener Kommentar zum BGB, 5. Auflage, München 2007.
- Oertmann Paul, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht, Berlin 1901.
- Page, William H., Class Certification in the Microsoft Indirect Purchaser Litigation, 2005, (abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=671048>).
- Reich, Norbert, The "Courage" Doctrine: Encouraging or Discouraging Compensation for Antitrust Injuries, Common Market Law Review 2005, 35.
- Roth, Wulf-Henning, Kommentierung von § 33 GWB 1999, in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht (Loseblattsammlung), Köln.
- Rother, Werner, Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, München 1965.
- Rümelin, M., Oertmann, P., Die Vortheilsausgleichung im römischen und deutschen bürgerlichen Recht, Berlin 1901, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 45 (1904), 189.
- Sarris, Valerie, The Efficiency of Private Antitrust Enforcement, The "Illinois Brick" Decision, New York 1984.
- Schaefer, E.J., Passing-On Theory in Antitrust Treble Damage Actions: An Economic and Legal Analysis, 16 William and Mary Law Review (1975), 883.
- Schinkel, Maarten Pieter/Tuinstra, Jan/Rüggeberg, Jakob, Illinois Walls: How barring indirect purchaser suits facilitates collusion, The RAND Journal of Economics 2008, 39.
- Smith, Adam, The Wealth of Nations, London 1776.
- Stoll, Hans, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht: eine Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage, Heidelberg 1993.
- Noack, Ulrich, Kommentierung von § 429, in Staudinger, Kommentar zum BGB, 2005.
- Schiemann, Gottfried, Kommentierung von § 249, in Staudinger, Kommentar zum BGB, 2005.
- Schinkel, M.P./Tuinstra, J./Rüggeberg, J., The RAND Journal of Economics 2008, 39.

- Thiele, Wolfgang, Gedanken zur Vorteilsausgleichung, Archiv für die civilistische Praxis 167 (1967), 193.
- Thüsing, Gregor, Wertende Schadensberechnung, München 2001.
- Weller, Marc-Philippe, Anrechnung pönaler Schadensersatzleistungen gemäß § 33 GWB auf Kartellbußen, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 2008, 170.
- Wendehorst, Christiane, Anspruch und Ausgleich: Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, Tübingen 1999.
- Windscheid, Bernhard, Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Band, 7. Aufl., Stuttgart 1891.
- Zeuner, Albrecht, Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden, Archiv für die civilistische Praxis 163 (1964), 380.

Privatrechtliche oder strafrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts?

Florian Wagner-von Papp

A.	Einführung	268
B.	Vor- und Nachteile der privatrechtlichen Kartellrechtsdurchsetzung	269
I.	Prävention	270
II.	Kompensation	271
III.	Nachteile privatrechtlicher Durchsetzung	273
C.	Die strafrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts	275
I.	Die historische Entwicklung strafrechtlicher Kartellrechtsdurchsetzung	275
1.	Preußen und die deutsche Gesetzgebung im 18. und 19. Jahrhundert	276
2.	Weimarer Republik und Drittes Reich	278
3.	Alliiertes Dekartellierungsrecht	279
4.	Josten-Entwurf und GWB	281
5.	Kriminalisierung von Kartellen über § 263 StGB?	280
6.	Kriminalisierung durch § 298 StGB	284
II.	Die strafrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts in der Praxis	285
III.	Vor- und Nachteile einer weitergehenden Kriminalisierung des Kartellrechts	290
1.	Vorteile	292
2.	Nachteile einer Kriminalisierung	297
D.	Zusammenfassung	300

A. Einführung

Die Debatte über die richtige Balance zwischen verschiedenen Sanktionsformen im Kartellrecht ist auf beiden Seiten des Atlantiks in vollem Gange. Die Ausgangspunkte sind freilich sehr unterschiedlich. In Europa dominiert sowohl auf Ebene der Europäischen Union als auch auf Ebene der Mitgliedstaaten die verwaltungsrechtliche Durchsetzung mit Abstellungsverfügungen und Geldbußen. In den USA kommt daneben traditionell vor allem der privatrechtlichen Durchsetzung¹ und – nach einem längeren Dornröschenschlaf² vermehrt auch der strafrechtlichen Durchsetzung eine große Bedeutung zu.³

Das System privater Schadensersatzklagen wird in den USA häufig kritisiert, weil private Kläger Anreize haben, auch grenzwertige Fälle vor Gericht zu bringen, sei es aus einer vagen Hoffnung auf ein großzügiges Urteil, sei es, um den Beklagten zur Vermeidung der enormen Prozesskosten zu einem Vergleich zu drängen.⁴ Außerdem hat die – berechtigte oder unberechtigte – Furcht vor exzessiven Privatklagen in den letzten Jahren dazu geführt, dass das materielle Kartellrecht in den USA restriktiv ausgelegt wird, was dort auch die behördliche Durchsetzung erschwert.⁵

- 1 Etwa 95% aller Kartellrechtsklagen auf Bundesebene sind private Klagen. *Hovenkamp*, Antitrust Enterprise, 2005, S. 59; ders., Antitrust Policy, 2005, S. 602. Das *American Antitrust Institute*, Next Antitrust Agenda, 2008, S. 222, nennt ein Verhältnis zwischen privaten und behördlichen Klagen von „mehr als 25 zu 1“. Im Jahr 2008 war die US-amerikanische Bundesregierung an 30 nicht-strafrechtlichen Verfahren beteiligt; dem standen 1242 Privatklagen gegenüber, s. *Administrative Office of the United States Courts*, Statistical Tables for the Federal Judiciary 2008, 2009, Tabelle C-2. Dabei ist zwar zu beachten, dass ein Teil – wohl in etwa ein Viertel – der privaten Klagen *follow on*-Klagen sind, die auf einem behördlichen Verfahren aufbauen (*Hempel*, Privater Rechtsschutz, 2002, S. 229; ders., WuW 2005, 137, 139 f.; *Möschel*, WuW 2007, 483, 486); doch erfüllen auch *follow on*-Klagen eine nützliche Funktion (s.u. Fn. 23).
- 2 Bis Ende der 50er Jahre des 20. Jahrhunderts hatte das Kartellstrafrecht in den USA nahezu keine Bedeutung. Noch in den 70er Jahren überstieg die Haftdauer selten 30 Tage (*D. Baker/Reeves*, 86 Yale L.J. (1977) 619, 623 in Fn. 16; *Möschel*, Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, Rn. 1110; ders., FG Kummer, 431, 438 f.) und bis 1987 hatte sich dies auf nur 45 Tage erhöht (*Stucke*, Col. Bus. L. Rev. 2006, 443, 465).
- 3 Zwischen 1981 und 1988 verfolgte das Department of Justice mehr Kartellrechtsfälle strafrechtlich als im gesamten Zeitraum zwischen 1890 und 1980 (*Kovacic*, in: Cseres/Schinkel/Vogelaar (Hrsg.), Criminalization, 2006, 41, 51). In den 90er Jahren stieg die Durchschnittshaftdauer auf acht Monate (*Hammond*, Rede v. 26.3.2008, S. 6) und seit Anfang des 21. Jahrhunderts bis einschließlich 2008 auf 19 Monate (*Antitrust Division*, Workload Statistics FY 1999-2008); 2004 wurde die Höchststrafe von drei auf zehn Jahre Haftstrafe heraufgesetzt. Nähere Einzelheiten bei *Wagner-von Papp*, WuW 2009, 1236, 1237 ff.
- 4 *Hovenkamp*, Antitrust Enterprise, 2005, S. 57 ff.; *Wils*, World Competition 2009, 3, 10. In der Entscheidung *Bell Atlantic v. Twombly*, 550 U.S. (2007) 544, 558 f., wird auf die außergewöhnlich hohen Kosten der Discovery in kartellrechtlichen Fällen und auf die Gefahr des Missbrauchs hingewiesen. Dagegen ist das *American Antitrust Institute*, Next Antitrust Agenda, 2008, S. 219 ff., der Auffassung, dass die Gefahr von missbräuchlichen Klagen übertrieben werde.
- 5 S. *Wils*, World Competition 2009, 3, 23 f.

Der vermehrte Einsatz des Kartellstrafrechts gilt in den USA dagegen als Erfolg. Auch auf internationaler Ebene propagieren die USA den Einsatz des Kartellstrafrechts mit Nachdruck.⁶

Obwohl die Erfahrung der USA zeigt, dass die privatrechtliche Durchsetzung ambivalente Wirkungen hat, während der Einsatz des Kartellstrafrechts gute Erfolge im Kampf gegen *hardcore*-Kartelle aufweisen kann, gibt es auf Ebene der Europäischen Union zwar Anstrengungen der Kommission, private Schadensersatzklagen zu erleichtern,⁷ aber keinerlei Ambitionen in Richtung Kriminalisierung des Kartellrechts.⁸ Einer der Gründe hierfür liegt sicherlich in der zweifelhaften Kompetenz der EU für strafrechtliche Sanktionen in diesem Bereich.⁹ Doch auch in den Mitgliedstaaten der EU ist die Resonanz gemischt: Während einige Mitgliedstaaten in jüngerer Zeit strafrechtliche Regelungen auf dem Papier eingeführt haben, ist meist unklar, ob und wie sie die Regelungen auch tatsächlich durchsetzen.

Die vorstehenden Beiträge haben die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts im Detail durchleuchtet. Dieser Beitrag setzt sich nur kurz mit den Vor- und Nachteilen des Kartellprivatrechts auseinander, um anschließend auf die Erfahrungen mit einer strafrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts in der Vergangenheit, die Praxis des Kartellstrafrechts in der Gegenwart und die Frage einer stärkeren Kriminalisierung des Kartellrechts in der Zukunft einzugehen.

B. Vor- und Nachteile der privatrechtlichen Kartellrechtsdurchsetzung

Obwohl die meisten Kommentatoren dezidiert entweder für oder gegen die Stärkung des Privatrechtsschutzes sind, bestreitet niemand, dass eine privatrechtliche Kartellrechtsdurchsetzung sowohl Vor- als auch Nachteile aufweist.¹⁰

- 6 Zum US-amerikanischen Einfluss *Beaton-Wells*, ECLR 2008, 185 ff.; z.B. *Hammond*, Rede v. 6.6.2005; *ders.*, Rede v. 9.11.2001; die Stellungnahmen der OECD (z.B. *Cartel Sanctions against Individuals*, DAF/COMP(2004)39; *OECD, Hard Core Cartels*, 2005, S. 26 ff.) sind ebenfalls maßgeblich durch die USA geprägt.
- 7 *Kommission*, Grünbuch Schadensersatzklagen; *Kommission*, Weißbuch Schadensersatzklagen; zu einem Richtlinienentwurf s. *Wagner-von Papp*, EWS 2009, 445 ff.
- 8 Allerdings hat die scheidende Wettbewerbskommissarin *Neelie Kroes* grundsätzliche Sympathie für das Kartellstrafrecht bekundet (*Neelie Kroes*, Rede v. 8.10.2009), und einer der eifrigsten Verfechter der Kriminalisierung, *Wouter Wils*, ist Mitglied des juristischen Dienstes der Kommission (s. etwa *Wils*, in: Cseres/Schinkel/Vogelaar (Hrsg.), *Criminalization*, 2006, S. 60 ff.; gleichlautend *ders.*, *Efficiency*, 2008, Rn. 471 ff.).
- 9 Dazu *Wils*, *Efficiency*, 2008, Rn. 618 ff.; *Schwarze/Bechtold/Bosch*, Rechtsstaatliche Defizite, 2008, S. 66 ff. Der vorliegende Beitrag untersucht die Frage der Kriminalisierung *in Deutschland*. Auf europäischer Ebene erscheint sie dem Verf. nicht wünschenswert, da die Strafrechtssysteme und institutionellen Bedingungen in den Mitgliedstaaten zu unterschiedlich sind, so dass ein *one size fits all*-Ansatz verheerend wäre.
- 10 Allg. dazu *Hempel*, *Privater Rechtsschutz*, 2002, insb. S. 234 ff.; zur Frage der Schadensabwälzung *Bulst*, *Schadensersatzansprüche*, 2006.

I. Prävention

Aus ökonomischer Sicht steht der Präventionsgedanke im Vordergrund: Schadensersatzansprüche erhöhen die erwarteten Kosten des Kartells und führen so zu einer reduzierten Nachfrage, also einer verstärkten Abschreckung.

Dem wird zuweilen entgegengehalten, dass dem deutschen Zivilrecht der Präventionsgedanke fremd sei. Überzeugen kann dieses Argument jedenfalls nicht in dieser Allgemeinheit. Auch wenn die Kompensation im deutschen Zivilrecht im Vordergrund stehen mag, ist doch anerkannt, dass präventive Wirkungen *kompensatorischen* Schadensersatzes zumindest ein legitimes Nebenziel sein können.¹¹ Umstritten ist allein, ob das Präventionsziel auch *überkompensatorischen* Schadensersatz legitimieren kann, der mit einer Bereicherung des Opfers verbunden ist. Selbst dieses weitergehende Präventionsziel ist der deutschen Rechtsordnung nicht völlig fremd.¹² Der BGH hat bereits in einem frühen, gegenüber dem Strafschadensersatz grundsätzlich kritischen Urteil, angedeutet, dass eine Vollstreckung eines *punitive damages award* wohl nicht gegen den deutschen *ordre public* verstößt, „soweit mit der Verhängung von Strafschadensersatz restliche, nicht besonders abgegoltene oder schlecht nachweisbare wirtschaftliche Nachteile pauschal ausgeglichen oder vom Schädiger durch die unerlaubte Handlung erzielte Gewinne abgeschöpft werden sollen.“¹³ Selbst die zwischenzeitlich von der Kommission angedachte Verdopplung des Schadensersatzes¹⁴ wäre mit diesen Grundsätzen wohl nicht unvereinbar gewesen.¹⁵

Einem Einsatz eines – in Grenzen – überkompensatorischen Schadensersatzes zu Präventionszwecken steht daher nicht die Rechts- oder Systemwidrigkeit eines solchen Vorgehens im Wege. Vielmehr sind es *Zweckmäßigkeitserwägungen*, die entscheidend gegen einen solchen Ansatz sprechen. Aus ökonomischer Sicht sind die Anreizwirkungen optimal, wenn einerseits der Schädiger den vollen Schadensersatz zahlen muss, der mit dem Kehrwert der Durchsetzungswahrscheinlichkeit zu multi-

11 Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, 13. Aufl., 1994, § 75 I 2 i, S. 354. Dies konzediert auch Honsell, in FS H.P. Westermann, 2008, S. 315 ff.

12 Hempel, Privater Rechtsschutz, 2006, S. 244; G. Wagner, AcP 206 (2006) 352 ff; Rosengarten, NJW 1996, 1935 ff.; Kern, AcP 191 (1991) 247 ff.; Zimmer/Höft, ZGR 2009, 662, 663 ff.; ausf. Ebert, Pönale Elemente, 2004; Möller, Präventionsprinzip, 2006; Bentert, Das pönale Element, Diss. 1996. Dezidiert a.A. Honsell, in FS H.P. Westermann, 2008, S. 315 ff. m. zahlr. w.N. in Fn. 6, 7 und zur Gegenansicht in Fn. 1; ders., Staudinger/Eckpfeiler (2008) S. 24.

13 BGH v. 4.6.1992 – IX ZR 149/91 – *punitive damages*, BGHZ 118, 312 = NJW 1992, 3096, 3103.

14 S. Kommission, Grünbuch Schadensersatzklagen, Option 16.

15 Lande, 54 Ohio St. L.J. (1993) 115, argumentiert, dass die US-amerikanischen *treble damages* nach § 4 Clayton Act in Wirklichkeit nur „single damages“ seien, die sonst nicht abgegoltene Schadensposten ausgleichen, z.B. *prejudgment interest* und *umbrella effects* (die Verteuerung der Waren von Konkurrenten der Kartellanten); zust. American Antitrust Institute, Next Antitrust Agenda, 2008, S. 223. A.A. zur Vereinbarkeit von *treble damages* mit dem deutschen *ordre public*: Möschel, WuW 2006, 115; ders., WuW 2007, 483, 486.

plizieren ist.¹⁶ Andererseits hätte die Auszahlung dieses Schadensersatzes an den Geschädigten aber negative Auswirkungen auf dessen Anreize („*paradox of compensation*“).¹⁷ Funktionelles Äquivalent für den US-amerikanischen Strafschadensersatz ist in Deutschland im Wesentlichen die öffentlichrechtliche Durchsetzung über Bußgelder oder Geldstrafen. Diese Form der Durchsetzung ist in mehrreli Hinsicht vorzugswürdig: Erstens vermeidet sie das *paradox of compensation*; zweitens sind die Informations- und damit die Transaktionskosten aufgrund der Ermittlungsmöglichkeiten der Kartellbehörden regelmäßig niedriger; drittens hat die Behörde Spezialisierungsvorteile; und viertens ist die Gefahr strategischer Klagen bei der Durchsetzung durch eine objektive Behörde tendenziell geringer.¹⁸

II. Kompensation

Lehnt man überkompensatorischen Schadensersatz ab, so kann man immerhin die Durchsetzung von kompensatorischem Schadensersatz und von Bereicherungsansprüchen erleichtern. In der Tat ist nicht einzusehen, weshalb der durch ein Kartell Geschädigte zivilrechtlich schlechter gestellt werden sollte als etwa ein Betrugssoper.¹⁹

Aus rechtlicher Sicht ist Kompensation und die Abschöpfung der Bereicherung als Gerechtigkeitspostulat der *iustitia commutativa* wünschenswert.²⁰

Ökonomen und hartgesottene Vertreter des *more economic approach* vermögen Gerechtigkeitserwägungen wenig abzugewinnen, sofern sie nicht mit Wohlfahrtssteigerungen einhergehen. Die Wirkungen eines Kartells können differenziert werden einerseits in eine Vermögensverschiebung von der Marktgegenseite zum Kartell und andererseits in einen Wohlfahrtsverlust für die Gesellschaft (*deadweight loss*). Der *deadweight loss* ist für die Gesellschaft unwiderbringlich verloren; die Kompensation und der Bereicherungsausgleich können nur die Vermögensverschiebung rückgängig machen. Sie stellen damit zunächst nur eine Vermögens(rück)verschie-

16 Cooter/Ulen, Law & Economics, 2008, S. 396 f. (allg. zum „*punitive multiple*“).

17 Allg. zum kompensatorischen Schadensersatz Cooter/Ulen, Law & Economics, 2008, 272; das Problem wird durch Strafschadensersatz verstärkt.

18 Zusammenfassend Möschel, WuW 2006, 115; ders., WuW 2007, 483, 487 f.; s.a. Wils, World Competition 2009, 3, 5 f., 8. Freilich dürfen bei der Bewertung der Behördeneffizienz *public choice*-Gesichtspunkte nicht unberücksichtigt bleiben, die entweder zu defizitärer Verfolgung (*underenforcement*) oder zu übermäßiger Verfolgung (*overenforcement*) führen können. Budgetrestriktionen, Risikoaversion und das Streben nach einem „ruhigen Leben“ mögen zu *underenforcement* führen; das Streben nach Macht und einem erweiterten Budget für die Behörde zu *overenforcement* (allg. Mueller, Public Choice III, 2003, S. 359 ff.). Lande und Davis weisen außerdem auf Informationsasymmetrien und die Gefahr einer politischen Motivation von Behördentätigkeit hin (Lande/Davis, 42 U.S.F.L. Rev. (2008), 879, 907 f.; zust. American Antitrust Institute, Next Antitrust Agenda, 2008, S. 222).

19 Das einst herangezogene Kriterium der „Zielgerichtetetheit“ in § 35 GWB a.F. i.V.m. § 1 GWB war daher schon immer zu restriktiv.

20 Wils, World Competition 2009, 3, 11 f.

bung und also reine Verteilungsmaßnahmen dar, die unmittelbar keine Wohlfahrtssteigerung bewirken.

Dennoch können die Kompensation und der Bereicherungsausgleich mittelbar auch aus ökonomischer Sicht wünschenswerte Wirkungen zeigen.

Im ersten Schritt entziehen sie den Kartellanten den Gewinn oder zumindest einen Teil des Gewinns. Sofern ein potentieller Kartellant sich gewärtigen muss, dass er die Kartellrente später wieder verlieren wird, entfällt für ihn der Anreiz, in ein Kartell einzutreten (*rent seeking*) bzw. das Kartell gegen Außenseiter zu verteidigen (*rent preservation*). Diese Beseitigung des Anreizes bewirkt die bereits oben beschriebene präventive Folge des kompensatorischen Schadensersatzes.²¹ Ob man zur Prävention auf diese Folge der Kompensation setzt oder die behördliche Durchsetzung vorzieht, ist eine Frage der relativen Grenzkosten. Aus den oben genannten Gründen²² dürften die Grenzkosten der behördlichen Durchsetzung in der Mehrzahl der Fälle geringer sein; doch schließt dies nicht aus, dass ab einem gewissen Punkt die Grenzkosten der behördlichen Durchsetzung diejenigen der privaten Durchsetzung übersteigen, so dass Raum für ein Gleichgewicht zwischen behördlicher und privater Durchsetzung verbleibt. Allerdings ist im Bereich der Verfolgung von Kartellen zu beachten: Ermittlungskosten, die für eine behördliche Verfolgung prohibitiv sind, verhindern gleichzeitig *follow on*-Klagen, die eine behördliche Ermittlung voraussetzen; und *stand alone*-Klagen dürften gerade in diesen Fällen ebenfalls unwahrscheinlich sein.

Im zweiten Schritt kehren Kompensation und Bereicherungsausgleich die dem Kartellanten entzogenen Kartellrente an die Geschädigten aus. Auch diese Maßnahme kann positive Wohlfahrtswirkungen erzeugen. Über die Möglichkeit, Kompensation oder einen Bereicherungsausgleich zu erlangen, wird ein Anreiz für Unternehmen und die breite Öffentlichkeit geschaffen, sich mit dem Kartellrecht zu befassen; die Aufmerksamkeit des Publikums ist regelmäßig höher, wenn es etwas zu gewinnen gibt. Für die Geschädigten besteht ein Anreiz, ihre privaten Informationen über die Höhe der ihnen entstandenen Schäden zu offenbaren.²³ Sofern die Geschädigten aufgrund besonderer Marktkenntnis über Wissen verfügen, das dem der Kartellbehörde überlegen ist, besteht auch hier ein Anreiz, die Informationsasymmetrie auszugleichen.²⁴

21 Diese indirekte positive Wohlfahrtswirkung einer Maßnahme, die primär nur zu einer Vermögensumverteilung führt, ist die Kehrseite der negativen Wohlfahrtswirkung der durch das Kartell bewirkten Vermögensverschiebung (zu letzterer etwa Posner, Antitrust, 2. Aufl. 2001, S. 13-17; ders., Economic Analysis, 7. Aufl. 2007, S. 286 f.).

22 Bei und in Fn. 18.

23 Wenn die Geschädigten im Gegensatz zur Behörde über private Informationen verfügen, etwa wegen besserer Branchenkenntnis, so wird es für sie dennoch in der Regel kostengünstiger sein, den Sachverhalt der Behörde anzuzeigen, um an das behördliche Verfahren eine *follow on*-Klage anzuschließen. Durch die Aussicht auf Kompensation aufgrund einer *follow on*-Klage wird also der Anreiz erhöht, die Behörde auf kartellrechtswidriges Verhalten aufmerksam zu machen. Allein ein hoher Anteil von *follow on*-Klagen ist daher noch kein Indiz dafür, dass privatrechtliche Kartellrechtsdurchsetzung nutzlos wäre.

24 Möschel, WuW 2007, 483, 488.

III. Nachteile privatrechtlicher Durchsetzung

Die meisten der Nachteile privatrechtlicher Durchsetzung beruhen auf der Erkenntnis:

„Ein privates Unternehmen agiert nicht als "public attorney". Es verfolgt eigene Interessen und nichts anderes.“²⁵

Das ist allerdings weder kartellrechtsspezifisch, noch per se problematisch. Es ist ja gerade die erstaunliche Eigenschaft eines funktionierenden Marktes, dass gesamtgesellschaftlich wünschenswerte Ergebnisse aus dem eigennützigen Streben der einzelnen Akteure folgen.²⁶ Das eigentliche Problem ist, dass der Markt für private Klagen kein wirklich funktionierender Markt ist. Die prozessualen Institutionen erlauben es den Parteien, Kosten teilweise auf die jeweils andere Partei oder Dritte abzuwälzen.²⁷ Insofern die Kosten bei anderen externalisiert werden können, bleiben sie bei der Entscheidung unberücksichtigt. Dadurch werden etwa missbräuchliche Klagen von Wettbewerbern zur Unterdrückung von Wettbewerb ebenso möglich wie Fälle, in denen die Drohung mit einem teuren Prozess verwendet wird, um den Beklagten zu einem Vergleich zu bewegen.²⁸

Ein weiteres Problem ist, dass die gerichtliche Zuständigkeit für private Schadensersatzklagen regelmäßig weniger konzentriert ist als für die Überprüfung behördlicher Entscheidungen. Daher sind die unterinstanzlichen Gerichte, die mit kartellrechtlichen Schadensersatzklagen befasst werden, in der Regel weniger auf das Kartellrecht spezialisiert als die Gerichte, die die behördlichen Entscheidungen zu überprüfen haben. Die spezifischen Probleme von Gerichten in Mitgliedstaaten ohne langjährige Kartelltradition sind zu berücksichtigen. Dies ist gerade in einer Zeit von Bedeutung, in der nach dem Willen der Kommission das Kartellrecht „ökonomisiert“ werden soll. Der Rechtssicherheit ist es nicht förderlich, wenn die verwende-

25 Möschel, WuW 2006, 115; ders., WuW 2007, 483, 489; ähnl. Hovenkamp, Antitrust Enterprise, 2005, S. 58 f.: „*Private plaintiffs do not sue under the antitrust laws in order to improve the general welfare. They sue in order to further their own interests.*“; s.a. Wils, World Competition 2009, 3, 6, 9.

26 A. Smith, Inquiry, 1776/1976, Buch I, Kap. II, 18: „*It is not from the benevolence of the butcher, the brewer, or the baker, that we expect our dinner, but from their regard to their own self-interest*“.

27 Zutr. Wils, World Competition 2009, 3, 6 in Fn. 17. Dies gilt in den USA mit der grundsätzlichen Regel der eigenen Kostentragung („American rule“) stärker als in Europa („loser pays all“ oder „English rule“). Doch auch in Europa sollte man nicht sämtliche Kosten internalisieren, selbst wenn es möglich wäre, da Kläger wegen der Gefahr einer Fehlentscheidung sonst auch begründete Klagen nicht erheben würden. Das Gerichtssystem ist wegen positiver externer Effekte zumindest partiell ein meritorisches Gut (ähnl. Wils, ibid.).

28 Möschel, WuW 2006, 115; ders., WuW 2007, 483, 489 f.; Wils, World Competition 2009, 3, 10 m.w.N. in Fn. 41 f.; krit. American Antitrust Institute, Next Antitrust Agenda, S. 231 ff., unter Hinweis auf Möglichkeiten des Beklagten wie die *motion to dismiss, summary judgment*, und Rule 11-Sanktionen.

ten ökonomischen Ansätzen von einer Vielzahl von nicht spezialisierten Akteuren un-einheitlich gehandhabt werden.

Besonders problematisch wird die privatrechtliche Kartellrechtsdurchsetzung, wenn sie die behördliche behindert. Dies steht vor allem im Zusammenhang mit *leniency*-Programmen zu befürchten: Wenn der erfolgreiche *leniency*-Antragsteller letztlich zwar keine Geldbuße, aber hohe Schadensersatzzahlungen leisten müsste, wird die Antragstellung unattraktiver. Diese Erkenntnis ist keineswegs neu: Im US-amerikanischen Empagran-Verfahren wurde die Argumentation etwa von der britischen, irischen und niederländischen Regierung,²⁹ von der deutschen und belgischen Regierung,³⁰ sowie von der US-amerikanischen Regierung³¹ vorgetragen, und schließlich vom U.S. Supreme Court akzeptiert.³² Im deutschen Diskurs wurde darauf unter anderem von *Möschele*³³ aufmerksam gemacht.³⁴ Und auch wenn es richtig ist, dass die Gesamtattraktivität der *leniency*-Programme theoretisch ähnlich bleiben müsste, wenn zwar das Zuckerbrot der *leniency* aufgrund des höheren erwarteten Schadensersatzes etwas weniger süß ist, aber gleichzeitig die sonst drohende Peitsche umso stärker geschwungen wird, so ist doch zu beachten, dass *leniency*-Antragsteller bevorzugte Ziele von Schadensersatzklagen sind: Erstens werden die Entscheidungen gegen sie regelmäßig bestandskräftig, während die anderen Kartellanten noch Rechtsmittel einlegen, so dass die Feststellungswirkungen gegen sie verwendet werden kann; und zweitens liegt in der *leniency*-Antragstellung ein inzidentelles Geständnis, das in der freien Beweiswürdigung auch dann berücksichtigt werden wird, wenn die Unternehmenserklärung nicht vorgelegt werden muss.³⁵ *Leniency*-

- 29 Brief of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Ireland and the Kingdom of the Netherlands as Amici Curiae in Support of Petitioners (Feb. 03, 2004) in der Rechtssache Empagran v. Hoffmann La Roche, 2004 WL 226597, S. 9 ff.
- 30 Brief of the Governments of the Federal Republic of Germany and Belgium as Amici Curiae in Support of Petitioners (Feb. 03, 2004) in der Rechtssache Empagran v. Hoffmann La Roche, 2004 WL 226388, S. 28 ff.
- 31 Brief for the United States as Amicus Curiae Supporting Petitioners (Feb. 03, 2004), 2004 WL 234125, S. 19 ff.
- 32 Empagran v. Hoffmann-La Roche, 542 U.S. (2004) 155, 168 f.
- 33 *Möschele*, WuW 2007, 483, 486 f.
- 34 Zur Frage von Akteneinsichtsrechten nach deutschem Recht und behördlicher Durchsetzung s. *Jüntgen*, WuW 2007, 128 ff.; *Mäger/Zimmer/Milde*, WuW 2009, 885 ff. Im Richtlinienvorschlag der Kommission war das einzige Zugeständnis an den *leniency*-Antragsteller, dass die Unternehmenserklärung von der Pflicht zur Beweismittelvorlage ausgenommen war (dazu *Wagner-von Papp*, EWS 2009, 445, 452 f.). Zum Konflikt zwischen *leniency* und privater Rechtsdurchsetzung in Drittstaaten s. Commission Staff Working Paper zum Report on the Functioning of Reg. 1/2003 v. 29.4.2009, SEC(2009) 574 final, Tz. 294 ff.
- 35 S. *National Grid Electricity Transmission plc v ABB and others* [2009] EWHC 1326 (Ch) Tz. 37 ff., insbesondere 38 ("[A]BB has made no application for annulment and was granted immunity [...]. [U]nless the information and co-operation provided to the Commission is of assistance [...] the applicant is most unlikely to be able to comply with the provisions of paragraphs 3, 6, 8 and 11 of the Commission Notice on immunity [...]. Given that three of the four defendants sought leniency and that one of them, ABB, was successful and has not appealed I cannot assume that a successful application to the CFI or appeal to the ECJ would

Programme, die sich als äußerst effektive Mittel im Kampf gegen *hardcore*-Kartelle erwiesen haben, drohen an Attraktivität zu verlieren. Wäre es richtig, dass Schadensersatzklagen, die den Preis der *leniency* erhöhen, nicht zu einem Rückgang der Nachfrage nach *leniency* führen, so würde dies bedeuten, dass die bisherigen *leniency*-Bedingungen zu großzügig sind und Geld verschwendet haben, da man sich im unelastischen Bereich der Nachfrage nach *leniency* befände.

Schließlich ist auf zwei Schwachpunkte hinzuweisen, die der privatrechtlichen und der Bußgeldrechtlichen Durchsetzung gemeinsam sind: Erstens treffen sie nur das Unternehmen selbst, nicht den tatsächlich Handelnden: Selbst wenn von Bußgeldern und Schadensersatzklagen eine verhaltenssteuernde Wirkung ausgeht, handelt es sich um eine Steuerung des Verhaltens „des Unternehmens“, nicht desjenigen, der die Entscheidung trifft, ob eine Kartellabsprache getroffen wird. Und zweitens stößt die Verhaltenssteuerung des Unternehmens durch Bußgeldbescheide und Schadensersatzansprüche an eine Grenze, wenn sie – isoliert oder kombiniert – eine Höhe erreichen, bei der das betroffene Unternehmen insolvent wird. Diese letztgenannten Schwachstellen treten nicht auf bei der Sanktionsform, die im Folgenden ausführlicher dargestellt werden soll: bei der strafrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts.

C. Die strafrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts

Trotz zahlreicher Versuche in der Vergangenheit, das Kartellrecht strafrechtlich zu bewehren, sind bisher in Deutschland nur Submissionsabsprachen mit strafrechtlichen Sanktionen belegt (§ 298 StGB, ggf. § 263 StGB). Im Folgenden sollen zunächst die Ansätze zu einer Kriminalisierung in der Vergangenheit dargestellt werden (I.). Anschließend wird der Frage nachgegangen, welches Ausmaß die strafrechtliche Durchsetzung derzeit in Deutschland hat (II.); dabei zeigt sich, dass das Ausmaß der tatsächlichen strafrechtlichen Durchsetzung in Deutschland sehr viel größer ist, als dies gemeinhin angenommen wird, dass die derzeitige Regelung aber dennoch in mehrreli Hinsicht Defizite aufweist. Schließlich werden die Vor- und Nachteile einer weitergehenden Kriminalisierung in Deutschland diskutiert (III.).

I. Die historische Entwicklung strafrechtlicher Kartellrechtsdurchsetzung

Im Folgenden soll kurz die historische Entwicklung der strafrechtlichen Durchsetzung in Deutschland nachgezeichnet werden.³⁶ Dabei zeigt sich: Eine Kombination von zivilrechtlicher und strafrechtlicher Kartellrechtsdurchsetzung ist in Deutschland nichts Neues.

necessarily involve the complete annulment of the Decision and failure of the follow on action as against, at least, those three defendants.”)

36 Eine ausführlichere Darstellung zur historischen Entwicklung findet sich insbesondere in Franzen, Strafbarkeit, Diss. 1970, S. 34 ff.; s.a. Engisch, ZStW 76 (1964) 177, 180 ff.

1. Preußen und die deutsche Gesetzgebung im 18. und 19. Jahrhundert

Eine königliche preußische Verordnung vom 14. Juli 1797 erklärte Verabredungen, durch die potentielle Bieter vom Bieten bei Auktionen und Zwangsversteigerungen von Grundstücken abgehalten wurden, für strafbar³⁷ und ordnete gleichzeitig nicht nur die Nichtigkeit solcher Verträge an (§ 2), sondern auch die Herausgabe des Gewinns, den der Zurückstehende erlangt hatte, an den Versteigernden oder dessen Gläubiger (§ 3). Außerdem wurde eine fiskalische Geldstrafe in Höhe des doppelten Gewinns des Zurückstehenden fällig (§ 4). Auch die Absprache zwischen Bietlustigen, einen Gegenstand gemeinsam zu erwerben und weiterzuveräußern wurde (in § 5) verboten; in diesem Fall sollte „den Contrahenten der gesuchte unerlaubte Gewinn entrissen, und derselbe denjenigen, welche dadurch einen zu hoffenden rechtmäßigen Vortheil verloren haben, zuerkannt, die Paciscenten auch außerdem mit gesetzmäßiger Ahndung, nach Vorschrift Unseres allgemeinen Landrechts Th. II. Tit. XX. §. 1259. bis 1264. ohne Nachsicht belegt werden.“ Die in Bezug genommenen Vorschriften des preußischen Allgemeinen Landrechts (prALR) sahen als Sanktion eine Geldstrafe in Höhe des doppelten erstrebten Gewinns oder des doppelten zugefügten Schadens vor. Wenn weder Gewinn noch Schaden zu ermitteln war, sollte eine „willkürliche Strafe“ verhängt werden, was gemäß §. 35. prALR eine Geldstrafe bis zu 50 Thalern oder Freiheitsstrafe bis zu sechs Wochen Haft bedeutete. In der Präambel der Verordnung wurde zur Begründung der Einführung der Sanktionen angeführt, dass sich die verbotenen „Winkelverträge“ auf einen „unmoralischen und ungesetzlichen Eigennutz“ gründeten.

Das preußische Strafgesetzbuch von 1851 (prStGB) sah in § 270 einen der Verordnung von 1797 ähnlichen, jedoch in Einzelheiten leicht abweichenden Tatbestand vor; insbesondere erstreckte sich § 270 prStGB auf Verdingungen, doch beschränkte er sich auf die Tathandlung des Abhaltens vom Bieten.³⁸ Dieser Tatbestand sollte für die folgende Entwicklung weitreichende Bedeutung erlangen.

37 Verordnung v. 14. Juli 1797 gegen verschiedene Mißbräuche bei gerichtlichen und anderen öffentlichen Subhastationen und Versteigerungen, abgedruckt in *Rabe* (Hrsg.), Sammlung, 1817, S. 204 ff. § 1 der Verordnung lautete: „Alle Verträge und Verabredungen, bei welchen die Absicht zum Grunde liegt, bei gerichtlichen und anderen öffentlichen Subhastationen und Auctionen, sie mögen zu den nothwendigen oder freiwilligen gehören, Kauflustige zum Vortheil eines Licitanten von der Abgebung ihres Gebots, oder von weiterem Mitbieten zurück zu halten, es geschehe nun solches durch Bewilligung eines gewissen Abstandsgeldes, oder durch Versprechung, oder wirkliche Einräumung anderer Vortheile, werden hiermit für unerlaubt und strafbar erklärt.“

38 § 270 prStGB 1851 lautete: „§ 270 [Nötigung bei Versteigerung] Wer andere vom Mitbieten oder Weiterbieten bei den von öffentlichen Behörden oder Beamten vorgenommenen Versteigerungen, dieselben mögen Verkäufe, Verpachtungen, Lieferungen, Unternehmungen oder Geschäfte irgend einer Art betreffen, durch Gewalt oder Drohung, oder durch Zusicherung oder Gewährung eines Vortheils abhält, wird mit Geldbuße bis zu dreihundert Thalern oder mit Gefängniß bis zu sechs Monaten bestraft.“ Zu den Abweichungen von der Verordnung von 1797 s. *Franzen*, Strafbarkeit, Diss. 1970, S. 36 ff.

Die Entwurfsfassung des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund von 1869/70 enthielt einen an § 270 prStGB angelehnten Tatbestand.³⁹ In der zweiten Beratung des Entwurfs wurde der Tatbestand allerdings unter anderem mit dem Argument abgelehnt, dass „ein wirkliches sittliches Motiv für die Strafbestimmung [...] nicht vorliegt“.⁴⁰ Das gleiche Schicksal ereilte den Versuch, den Tatbestand in das Strafgesetzbuch des Deutschen Reiches einzuführen.⁴¹

Obwohl damit auf Reichsebene ein entsprechender Straftatbestand abgelehnt wurde, blieb § 270 prStGB nach der – nicht unumstrittenen – Rechtsprechung des Reichsgerichts als preußisches Landesrecht in Kraft.⁴² Es ist umstritten, wie lange diese Rechtslage fortbestand: Sie überlebte jedenfalls die Weimarer Republik und möglicherweise das Dritte Reich und die Alliierten Dekartellierungsgesetze.⁴³ Im Jahr 1961 zweifelte der Bundesgerichtshof die Weitergeltung des § 270 prStGB als Landesrecht in den ehemals preußischen Gebieten zwar an, ließ die Frage aber offen;⁴⁴ im Jahr 1969 ging das OLG Celle von der Fortgeltung aus.⁴⁵ Selbst heute wird

- 39 § 283 des Zweiten Entwurfs, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags des Norddeutschen Bundes 1870, Sitzung v. 14.2.1870, S. 6, mit Aktenstück Nr. 5: Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, S. 19 (Gesetzesentwurf) und 81 (Motive). Der Wortlaut wlich nur unwesentlich von § 270 prStGB (Fn. 38) ab.
- 40 So der Abgeordnete *Dr. Meyer* in der Debatte in der 37. Sitzung des Reichstags des Norddeutschen Bundes v. 7.4.1870, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags des Norddeutschen Bundes 1870, S. 724; s.a. die übrigen Stellungnahmen S. 724-726, etwa der Abgeordneten *Hausmann*, *von Hennig* und *Cornely*; für die Beibehaltung der Entwurfsfassung etwa von *Sybel* sowie der Bundeskommissar Präsident *Dr. Friedberg*.
- 41 § 287a des Entwurfs, s. Aktenstück Nr. 54 v. 23.11.1875, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Deutschen Reichstags 1875/76, Bd. III, S. 155, 160 (Gesetzentwurf), 181 f. (Motive), sowie die Debatte in der 41. Sitzung v. 29.1.1876, ibid., Bd. II, S. 1011-1016.
- 42 RG v. 17.3.1905, Rep. V. 213/03, RGZ 60, 273, 274 m.w.N. auf die st. Rspr.; zust. *Galli*, DJZ 12 (1907), Sp. 59 f. und *Franzen*, Strafbarkeit, 1970, S. 66 ff. (m.N. zur Gegenansicht S. 69 in Fn. 1).
- 43 Dazu ausf. *Franzen*, Strafbarkeit, 1970, S. 69 ff. *Franzen* vertritt die Auffassung, dass § 270 prStGB hinsichtlich *Vergaben* durch die nationalsozialistischen Verordnungen v. 9.5.1934 bzw. v. 29.3.1935 i.V.m. Art. 13 Weimarer Reichsverfassung aufgehoben wurde, dagegen hinsichtlich des Abhaltens vom Bieten bei Versteigerung das Dritte Reich überlebte. Das ist richtig. Er ist ferner der Ansicht, dass die Alliierte Dekartellierungsgesetzgebung § 270 prStGB insgesamt aufhob, weil dieser mit jener konfligierte (a.a.O., S. 72 ff., 75; s.a. *ders.*, NJW 1970, 662 f.); dies trifft trotz der abweichenden Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen (zutr. *Franzen*, Strafbarkeit, S. 75 f.) wohl nicht zu: § 270 prStGB und die Alliierte Gesetzgebung verfolgten das gleiche Ziel, so dass die Bestimmung als nicht „inconsistent“ (s. Art. VI der britischen Ordinance No. 78 bzw. des US Law No. 56 (Fn. 56) mit dem Alliierten Dekartellierungsrecht anzusehen war. Selbst wenn man *Franzen* darin folgte, dass § 270 prStGB „inconsistent“ mit der britischen und US-amerikanischen Gesetzgebung war, würde dies das Problem für die französische Zone nicht lösen: Art. 12 der französischen Ordonnance No. 96 lautete lediglich: „Aucune disposition de la loi allemande antérieure ne pourra être invoquée pour faire échec à la présente ordonnance ainsi qu'aux textes, instructions et directives prises pour son application.“
- 44 BGH v. 21.2.1961, VI ZR 99/60, NJW 1961, 1012.

die Frage der Fortgeltung § 270 prStGB zuweilen offengelassen.⁴⁶ Es erscheint allerdings eindeutig, dass die Vorschrift heute nicht mehr gilt: Selbst wenn man der Ansicht ist, dass weder die Gesetzgebung des Dritten Reiches noch die Alliierte Dekartellierungsgesetzgebung die Vorschrift implizit aufhob, wurde sie in den meisten oder allen ehemals preußischen Gebieten durch Rechtsbereinigungsgesetze der Länder aufgehoben,⁴⁷ und spätestens die Einführung des § 298 StGB dürfte der Fortgeltung des § 270 prStGB nach Art. 4 Abs. 2 EGStGB ein Ende gesetzt haben.

2. Weimarer Republik und Drittes Reich

In der Weimarer Republik wurden zahlreiche weitere Vorstöße unternommen, eine dem § 270 prStGB entsprechende Regelung ins Gesetz aufzunehmen; sie scheiterten ausnahmslos.⁴⁸ Die Kartellverordnung sah zwar strafrechtliche Sanktionen für das Hinwegsetzen über die Nichtigkeit bestimmter Kartellabsprachen und für die Ausübung von Druck vor,⁴⁹ doch bedurfte es in der Regel einer Entscheidung des Kartellgerichts auf Antrag des Reichswirtschaftsministers bevor eine Kartellabsprache auch nur für nichtig erklärt wurde.⁵⁰ Die strafrechtlichen Vorschriften blieben daher ohne praktische Relevanz.

Im Dritten Reich wurden diverse Verordnungen erlassen, die strafrechtliche Sanktionen vorsahen. Bei Ausschreibung von Bauleistungen durch öffentliche Stellen unter Berufung auf die VOB waren Kartellverträge, die „für die Beteiligung an einer Ausschreibung Verpflichtungen über die Art der Preisfestsetzung oder die Forderung von Preisen [enthielten]“, nichtig; Empfehlungen sowie wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher Druck auf die Entschließung von Bietungswilligen wurden mit Ordnungsstrafe in Form einer unbeschränkten Geldstrafe geahndet.⁵¹ Zusammenschlüsse öffentlichen oder bürgerlichen Rechts durften nur mit Zustimmung des Reichskommissars für Preisüberwachung Preise festsetzen, verabreden oder empfehl-

45 OLG Celle v. 16.5.1969, 8 U 177/65, NJW 1969, 1764 m. abl. Bespr. Franzen, NJW 1970, 662 f.

46 Sack, in: Staudinger (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Allgemeiner Teil 4), 2003, § 134 Rn. 312.

47 Überblick über die Rechtsbereinigungsgesetze bei Konzelmann, Methode, 1997.

48 Dazu Engisch, ZStW 76 (1964), 177, 185 ff.

49 §§ 17 und 18 der Verordnung gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen v. 2.11.1923, RGBI. 1923 Teil I, S. 1067.

50 §§ 4 und 7 der Verordnung; mit Ausnahmen etwa in §§ 1-3 und 21 (Formnichtigkeit oder Aufnahme von bestimmten, die Wirksamkeit der VO vereitelnden Klauseln). 1930 wurde die Befugnis zur Nichtigkeitserklärung der Regierung übertragen, Verordnung des Reichspräsidenten zur Behebung finanzieller, wirtschaftlicher und sozialer Notstände v. 26.7.1930, Fünfter Abschnitt (Verhütung unwirtschaftlicher Preisbindungen), RGBI. 1930 Teil I, S. 328.

51 § 5 i.V.m. §§ 1, 3 der Verordnung über Verdigungskartelle v. 9.5.1934, RGBI. 1934 Teil I, S. 376, i.V.m. § 5 der Verordnung v. 26.7.1930, Fünfter Abschnitt (Fn. 50).

len;⁵² Zu widerhandlungen und Umgehungen wurden mit Gefängnis und/oder unbeschränkter Geldstrafe geahndet.⁵³ 1935 wurden Verhandlungen und Vereinbarungen bei Auftragsvergaben seitens öffentlicher Stellen über Lieferungen oder Leistungen für unzulässig erklärt, sofern sie die Abgabe oder Nichtabgabe von Angeboten oder die zufordernden Preise etc. betrafen und sofern sie ohne Zustimmung der Vergabestelle erfolgten; Zu widerhandlungen wurden mit Geldstrafe in unbeschränkter Höhe bestraft.⁵⁴

3. Alliiertes Dekartellierungsrecht

Bereits in der Potsdamer Erklärung hatten die Alliierten erklärt, Deutschlands Wirtschaft dezentralisieren zu wollen, „for the purpose of eliminating the present excessive concentration of economic powers as exemplified in particular by cartels, syndicates, trusts and other monopolistic arrangements.“⁵⁵

Die drei westlichen Alliierten erließen Verbote exzessiver Konzentration.⁵⁶ In der britischen und US-amerikanischen Zone erfasste dies unter anderem „Kartelle ... und alle sonstigen Formen von Absprachen oder gemeinschaftlichen Unternehmungen von Personen, deren Zweck oder Wirkung in der Beschränkung des Binnen- oder Welthandels oder anderer wirtschaftlicher Tätigkeit, in der Förderung einer monopolistischen Kontrolle derselben oder in der Beschränkung des Zugangs zu Binnen-

52 Dies galt zunächst nur für „lebenswichtige Gegenstände des täglichen Bedarfs“ bzw. „lebenswichtige Leistungen zur Befriedigung des täglichen Bedarfs“, § 1 der Verordnung über Preisbindungen und gegen Verteuerung der Bedarfsdeckung v. 12.11.1934, RGBI. 1934 Teil I, S. 1110; nachdem das Gesetz über die Erweiterung der Befugnisse des Reichskommissars für Preisüberwachung v. 4.12.1934 (RGBI. 1934 Teil I, 1201) die Kompetenz entsprechend erweitert hatte, wurde die Verordnung über Preisbindungen etc. auf alle Güter und Leistungen ausgedehnt (§ 1 der Verordnung über Preisüberwachung v. 11.12.1934, RGBI. 1934 Teil I, S. 1245; Neubekanntmachung der Verordnung über Preisbindungen v. 11.12.1934 in RGBI. 1934 Teil I, S. 1248).

53 § 5 der Verordnung über Preisbindungen etc. v. 12.11.1934 bzw. v. 11.12.1934 (Fn. 52).

54 § 5 der Verordnung zur Ergänzung der Verordnung über Preisbindungen und gegen die Verteuerung der Bedarfsdeckung v. 29.3.1935, RGBI. 1935, Teil I, S. 488.

55 Abschnitt III Tz. 12 des *Report on the Tripartite Conference of Berlin* v. 2.8.1945, Official Gazette of the Control Council for Germany v. 30.4.1946, Supplement No. 1, S. 13, 15.

56 In der britischen Zone: British Military Government Ordinance 78: Prohibition of Excessive Concentration of German Economic Power, mit Wirkung v. 12.2.1947, Military Government Gazette – Germany British Zone of Control 1947 No. 16, S. 412 (s.a. Regulation No. 1, ibid., S. 416); in der US-amerikanischen Zone: United States Military Government Law No. 56, angenommen am 28.1.1947, Military Government Gazette – Germany United States Area of Control, Issue C v. 1.4.1947, S. 2 (s.a. Regulation No. 1, ibid. S. 6). Die britischen und US-amerikanischen Bestimmungen sind weitestgehend gleichlautend und basieren auf dem Verbotsprinzip. In der französischen Zone waren Absprachen zwischen Unternehmen nicht automatisch verboten, sondern der Kontrolle des Commandant en Chef unterworfen, Ordonnance No. 96 prohibant toute concentration excessive de la puissance économique allemande v. 9.6.1947, Journal Officiel Du Commandement en Chef Français en Allemagne v. 13.6.1947, S. 784.

oder Weltmärkten besteht [...]“⁵⁷ Der Verstoß, die Umgehung, der versuchte Verstoß oder die versuchte Umgehung, sowie die Herbeiführung eines Verstoßes gegen eine der Vorschriften dieser Alliierten Dekartellierungsgesetze stellte eine Straftat dar, die mit einer Geldstrafe bis zu RM 200.000 und/oder Freiheitsstrafe bis zu 10 Jahren bestraft werden konnte.⁵⁸

Da die Alliierten sich im Besatzungsstatut die Dekartellierung als Regelungsmaterie vorbehalten hatten,⁵⁹ blieben diese Bestimmungen auch nach der Gründung der Bundesrepublik Deutschland in Kraft. 1951 beschloss die Alliierte Hohe Kommission, die Befugnisse aufzugeben, sobald eine entsprechende deutsche Gesetzgebung geschaffen war, die die Billigung der Alliierten fand.⁶⁰ Auch die Übertragung der Souveränität im Jahr 1955 änderte nichts an der Fortgeltung der Alliierten Gesetze. Zwar erlangten die Bundesrepublik Deutschland und die Länder grundsätzlich die Befugnis, Gesetze der Besatzungsbehörden aufzuheben;⁶¹ doch hatte die Bundesregierung den Alliierten versprochen, die Dekartellierungsgesetze nicht aufzuheben, bevor das entsprechende Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in Kraft trat.⁶² Die Strafbestimmungen galten daher fort bis das GWB am 1.1.1958 in Kraft trat. Sie blieben keineswegs ein totes Gesetz; sie wurden von den Gerichten in vielen Fällen angewendet, wobei die verhängten Strafen sich allerdings – soweit ersichtlich – auf Geldstrafen beschränkten.⁶³

- 57 Art. I No. 2 der britischen Ordinance No. 78 und des US Law No. 56 (Fn. 56). Regelbeispiele waren in Art. V No. 9(c) enthalten, etwa Preis- und Konditionenkartelle, Markt- und Kundenaufteilungen sowie Quotenkartelle.
- 58 Art. VII der britischen Ordinance No. 78 und des US Law No. 56 (Fn. 56); Art. 11 der französischen Ordinance No. 96 (Fn. 56) sah eine Höchststrafe von RM 1.000.000 oder 10 Jahre Freiheitsstrafe vor.
- 59 § 2(b) des Besatzungsstatuts, das am 21.9.1949 in Kraft trat, Verordnungsblatt für die Britische Zone 1949 No. 50, S. 399.
- 60 § 2(a) der Entscheidung No. 10 v. 6.3.1951, Official Gazette of the Allied High Commission for Germany v. 6.3.1951 No. 49, S. 794.
- 61 Art. 1(1) des Vertrags zur Regelung aus Krieg und Besatzung entstandener Fragen v. 23.10.1954, BGBl. 1955 Teil II, S. 405, 406.
- 62 Korrespondenzwechsel betreffend Kartellpolitik v. 23.10.1954 zwischen den Hohen Kommissaren und dem deutschen Bundeskanzler Konrad Adenauer, BGBl. 1955 Teil II, S. 477, 482 f.; s.a. BGH v. 10.3.1956, 1 StR 526/55, BGHSt 9, 114 = NJW 1956, 959 f.; OLG Hamm v. 17.9.1957, 1 Ss 772/57, NJW 1958, 1151.
- 63 Beispiele für die strafrechtliche Verfolgung sind etwa BGH v. 5.3.1953, 5 StR 734/52, BGHSt 4, 94 = NJW 1953, 870; BGH v. 15.12.1953, 5 StR 238/53, BGHSt 5, 218 = NJW 1954, 320; BGH v. 10.4.1956, 1 StR 526/55, NJW 1956, 959 f.; OLG Frankfurt a.M. v. 13.6.1956, 2 Ss 304/56, WuWE OLG 148 – *Linoleumleger*; OLG Hamm v. 17.9.1957, 1 Ss 772/57, NJW 1958, 1151 f. = BB 1957, 1055. Ab dem 1.1.1958 wurden Taten nach den Dekartellierungsgesetzen nur noch als Ordnungswidrigkeit verfolgt, s. BGH v. 24.11.1958, KRB 2/58, BGHSt 12, 148; BGH v. 28.9.1961, KRB 1/61, GRUR 1962, 53.

4. Josten-Entwurf und GWB

Der Josten-Entwurf sah für Zuwidderhandlungen gegen materielles Kartellrecht überwiegend Mischtatbestände vor und ordnete sie damit grundsätzlich als Ordnungswidrigkeit ein.⁶⁴ Für den Fall erschwerender Umstände wurden diese jedoch zu Straftaten heraufgestuft; die erschwerenden Umstände hätten bei Kartellverstößen wohl häufig vorgelegen.⁶⁵

Die Verfasser des GWB-Regierungsentwurfs verzichteten dagegen vollständig auf eine Kriminalisierung auch schwerer Kartellrechtsverstöße. Zur Begründung wurde angeführt:

„Weder in der deutschen Öffentlichkeit noch in den beteiligten Verkehrskreisen ist bisher ein lebendiges Gefühl dafür verbreitet, daß wettbewerbsbeschränkende Verträge und Geschäftspraktiken unerlaubt und ethisch verwerflich sind. [...] Es fehlte [...] eine in die Breite dringende Aufklärung über die Grundlagen einer von den Grundsätzen des freien Wettbewerbs beherrschten Wirtschaftsordnung. [...] Man wird [...] davon auszugehen haben, daß weite Kreise der Betroffenen eine Zuwidderhandlung [...] nur als kaufmännisch unlauteres Verhalten und als Verstoß gegen gewisse Ordnungsprinzipien der Wettbewerbswirtschaft auffassen werden. Spätere Zeiten, denen der Gedanke des Wettbewerbs lebendiger und werterfüllter scheinen wird, als das heute der Fall ist, mögen davon abgehen und die Ordnungswidrigkeiten zu echten Straftaten verschärfen.“⁶⁶

Diese Begründung ergab zum Zeitpunkt ihrer erstmaligen Formulierung Anfang der 50er Jahre möglicherweise noch Sinn. Schon daran mag man zweifeln: Erstens hatte Friedrich Wilhelm, von Gottes Gnaden König von Preußen, schon 1797 dank göttlicher Eingebung erkannt, dass manche Kartelle auf einen „unmoralischen und unerlaubten Eigennutz“ gegründet sind. Zweitens bemerkten *Baumann/Arzt* zutreffend:

64 §§ 65, 66 des Entwurfs zu einem Gesetz zur Sicherung des Leistungswettbewerbs als Teil des Josten-Entwurfs (*Bauer/Böhm/Fischer/Josten/Köppel/Kromphardt/Pfister*, Entwurf zu einem Gesetz zur Sicherung des Leistungswettbewerbs und zu einem Gesetz über das Monopolamt mit Stellungnahme des Sachverständigen-Ausschusses und Minderheitsgutachten, am 5.7.1949 an Ludwig Erhard überreicht). In den §§ 59-64 des Josten-Entwurfs zum Gesetz zur Sicherung des Leistungswettbewerbs waren auch reine Straftatbestände vorgesehen, die jedoch überwiegend keine materiellen Kartellrechtsverstöße betrafen.

65 Abgrenzungskriterium war nach § 65 Abs. 2 S. 1 des Josten-Entwurfs, der wörtlich mit § 6 WiStrVG übereinstimmte, ob die Zuwidderhandlung „das Staatsinteresse an Bestand und Erhaltung der Wirtschaftsordnung im Ganzen oder in einzelnen Bereichen verletzt, indem entweder 1. die Zuwidderhandlung ihrer Art, ihrem Umfang oder ihrer Auswirkung nach geeignet ist, die Leistungsfähigkeit der staatlichen geschützten Wirtschaftsordnung zu beeinträchtigen oder zu gefährden, oder 2. der Täter mit der Zuwidderhandlung eine Einstellung bekundet, die die staatlich geschützte Wirtschaftsordnung im Ganzen oder in einzelnen Bereichen mißachtet, insbesondere dadurch, daß er gewerbsmäßig aus verwerflichem Eigennutz oder sonst verantwortungslos gehandelt oder Zuwidderhandlungen hartnäckig wiederholt hat.“

66 BT-Drs. 1/3462 v. 13.6.1952, Anhang 1, S. 21 f.; BT-Drs. 2/1158 v. 22.1.1955, Anlage 1, S. 27 f.

„Es kommt gewiß nicht darauf an, ob die ‚beteiligten Wirtschaftskreise‘ ein ‚lebendiges Gefühl‘ dafür haben, daß derartige Praktiken unerlaubt und verwerflich sind. In gewissen Situationen hat der Gesetzgeber [...] dem allgemeinen Bewußtsein voranzuschreiten.“⁶⁷

Gerade die Kriminalisierung gibt den Beteiligten ein deutliches Signal, dass das verbotene Verhalten in hohem Maße ethisch verwerflich ist.⁶⁸ Aber selbst wenn man die Begründung Anfang der 50er Jahre noch für richtig hielt, ist zu beachten, dass die Bevölkerung zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des GWB bereits zehn Jahre Erfahrung mit strafrechtlichen Sanktionen in den Dekartellierungsgesetzen sammeln konnte. Und falls das nicht offengelegte Argument ausschlaggebend gewesen sein sollte, dass damals eine Verbandssanktion bei Vorliegen einer Straftat als Anknüpfungstat nicht möglich erschien, so wäre dieses Argument ebenfalls lange überholt.⁶⁹

Seit dem 1.1.1958 sind auch eklatante Kartellrechtsverstöße damit bloße Ordnungswidrigkeiten. Trotz zahlreicher Versuche der Wissenschaft und einiger Ansätze des Gesetzgebers, eine weitergehende Kriminalisierung des Kartellrechts herbeizuführen,⁷⁰ blieb es bei der Einordnung von Kartellrechtsverstößen als Ordnungswidrigkeit, bis im Jahr 1992 der BGH gewisse Submissionsabsprachen als Betrug nach § 263 StGB einordnete und im Jahr 1997 der Gesetzgeber § 298 StGB einführte.

5. Kriminalisierung von Kartellen über § 263 StGB?

Mangels kartellrechtsspezifischem Tatbestand versuchte die Strafjustiz, Kartelle als Betrug nach § 263 StGB einzurichten. Jedenfalls bei Submissionskartellen liegt eine ausdrückliche Täuschung häufig vor, weil die Bieter im Gebot versichern, keine illegalen Absprachen getroffen zu haben. Selbst wenn keine solche ausdrückliche Erklärung vorliegt, wird jedenfalls in Ausschreibungssituationen von einer entsprechenden konkludenten Täuschung ausgegangen.⁷¹ In anderen als Ausschreibungssituationen wird dagegen eine konkludente Täuschung regelmäßig verneint: So liege

67 *Baumann/Arzt*, ZHR 134 (1970) 24, 32 (s.a. ibid. 30: „Es geht nämlich nicht darum, wie die Allgemeinheit, die die Dinge nicht durchschaut, derartige Verstöße einschätzt, sondern darum, wie derjenige, der um den Schaden wettbewerbswidrigen Verhaltens weiß, die Verstöße beurteilt.“).

68 Ausf. *Stucke*, Col. Bus. L. Rev. 2006, 443/489 ff.; *Wils*, Efficiency, 2008, Tz. 572 ff.; idealerweise führt die Kriminalisierung zu einem Umschlagen der sozialen Norm, vgl. dazu etwa *Leslie*, 49 Wm. & Mary L. Rev. (2008) 1621/1672 ff.

69 Zutr. *Dannecker/Biermann*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), GWB, 4. Aufl. 2007, Vor § 81 Rn. 2.

70 Zu den diversen Ansätzen s. *Engisch*, ZStW 76 (1964), 177 ff.; *Federmann*, Kriminalstrafen, 2006, S. 110 ff.; *Möschel*, Problematik, 1980, S. 2 ff.; *Tiedemann*, Kartellrechtsverstöße, 1976, S. 25 ff.

71 OLG Hamm v. 17.9.1957, 1 Ss 772/57, NJW 1958, 1151, 1152; BGH v. 11.7.2001, 1 StR 576/00, BGHSt 47, 83 = NJW 2001, 3718 – *Flughafen München*.

etwa allein in dem Verkauf einer Ware keine konkludente Erklärung, dass der Preis nicht auf einer illegalen Absprache beruhe.

Trotz der Annahme einer konkludenten Täuschung in Ausschreibungssituationen scheiterte die Einordnung als Betrug lange Zeit am Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens. Zwar hatte eine frühe Entscheidung des OLG Hamm angenommen, dass ein Vermögensschaden anzunehmen sei, wenn ein Bieter ohne das Kartell ein niedrigeres Gebot eingereicht hätte oder wenn die ausschreibende Stelle bei Kenntnis des Kartells ein niedrigeres Gebot gesucht und gefunden hätte,⁷² und zwar selbst dann, wenn das Gebot des Täters keine höhere als die übliche Gewinnspanne enthielt.⁷³ In der *Mensa Freiburg*-Entscheidung⁷⁴ zog der BGH dies jedoch in Zweifel: Es sei für einen Vermögensschaden im Rahmen eines Eingehungsbetruges erforderlich, dass das herausgestellte Gebot des Täters höher sei als der Wert der erbrachten Gegenleistung.

„Wenn der Handelnde, um seinen Vertragsgegner zu täuschen, andere dazu bestimmt, günstigere Angebote zu unterlassen, oder mit ihnen verabredet, daß sie seinem Partner nicht ernst gemeinte höhere Angebote unterbreiten, so sind solche Umstände für den Tatbestand des Betrugs rechtlich gleichgültig. Denn sie besagen unmittelbar nichts dafür, daß die vom Handelnden angebotene Leistung der geforderten Gegenleistung nicht gleichwertig ist [...].“⁷⁵

Freilich war stets zu beachten, dass die Konstellation in *Mensa Freiburg* eine außergewöhnliche war: Dort war die Behauptung der anderen Bieter, sie hätten auch ohne das Kartell „nie ernsthaft konkurrieren können“, unwiderlegt geblieben.⁷⁶ Dennoch führte die *Mensa Freiburg*-Entscheidung faktisch dazu, dass Submissionskartelle in der Folgezeit nicht mehr unter dem Aspekt des Betruges verfolgt wurden.

Die außergewöhnliche Sachverhaltsgestaltung in der *Mensa Freiburg*-Entscheidung betonte der BGH dann 1992 in der *Rheinausbau I*-Entscheidung.⁷⁷ Ausreichend sei „eine hohe[] Wahrscheinlichkeit ..., daß der Auftraggeber ohne die Absprache und die Täuschung des Auftragnehmers ein nur geringeres Entgelt hätte ver-

72 OLG Hamm v. 17.9.1957, 1 Ss 772/57, NJW 1958, 1151 f. = BB 1957, 1055 f.

73 Dies lässt sich ableiten aus RG v. 7.6.1929, I 52/29, RGSt 63, 186, 188, das unter diesen Umständen eine dem Vermögensschaden gleichstehende Vermögensgefährdung bejahte; allerdings betraf der Fall kein Kartell, sondern den Betrug durch einen bestochenen Beamten, der das Wirtschafts- und Rechnungsamt darüber täuschte, dass er aufgrund der Bestechung keine weiteren Gebote eingeholt hatte.

74 BGH v. 21.11.1961, 1 StR 424/61, BGHSt 16, 367 = NJW 1962, 312.

75 Ibid., NJW 1962, 312, 313.

76 Dies war das Argument, mit dem die *Rheinausbau I*-Entscheidung (Fn. 77) sich 1992 von der *Mensa Freiburg*-Entscheidung abgrenzte

77 BGH v. 8.1.1992, 2 StR 102/91, NJW 1992, 921 – *Rheinausbau I*. Zum Fortgang des Verfahrens BGH v. 31.8.1994, 2 StR 256/94, NJW 1995, 737 ff. – *Rheinausbau II* (Bestätigung der Grundsätze, doch Einstellung wegen überlanger Verfahrensdauer). Die *Rheinausbau*-Entscheidungen wurden bestätigt und erweitert auf die freihändige Vergabe in BGH v. 11.7.2001, 1 StR 576/00, WuW/E Verg 486 – *Flughafen München*.

sprechen und zahlen müssen ...“.⁷⁸ Vergleichsmaßstab sei der hypothetische Wettbewerbspreis. Ausgleichszahlungen stellten ein „sehr gewichtiges Indiz“ dafür dar, dass die Kartellmitglieder das Ziel verfolgten, einen den Marktpreis übersteigenden Preis zu erlangen.⁷⁹

Eher als Nachsatz fügte der zweite Strafsenat die – potentiell explosive – Bemerkung hinzu, dass selbst dann, wenn ein Eingehungsbetrug zu verneinen sei, ein Erfüllungsbetrug darin liegen könne, dass der Auftraggeber „wegen der Preisabsprache Schadensersatzansprüche gegen die an der Absprache beteiligten Firmen erlangt“ haben könnte, „deren Geltendmachung (gegen die Werklohnforderung) durch Täuschung bei Angebotsabgabe, Vertragsabschluß und Einfordierung der Werklohnforderung verhindert werden sollte und verhindert wurde“.⁸⁰ Dies hätte potentiell auf alle Kartelle zutreffen können. Doch lehnte der erste Strafsenat diese Begründung über den Erfüllungsbetrug aufgrund der konkludenten Täuschung über die Existenz des Schadensersatzanspruches später mit der Begründung ab, dass es sich insoweit nur um eine „mittelbare Folge der auf das Erlangen des Auftrags gerichteten Tat handelt.“⁸¹

Submissionskartelle sind seit den *Rheinausbau-* und *Flughafen München*-Entscheidungen grundsätzlich unter dem Aspekt des § 263 StGB zu prüfen. Dagegen werden andere *hardcore*-Kartelle regelmäßig nicht nach § 263 StGB untersucht.⁸²

6. Kriminalisierung durch § 298 StGB

Nach Jahrzehntelangen Diskussionen, neu entfacht durch die *Rheinausbau*-Entscheidungen, verabschiedete der Gesetzgeber 1997 schließlich das Korruptionsbekämpfungsgesetz, durch das § 298 StGB in das Strafgesetzbuch eingefügt wurde.⁸³ Dem Einwand, dadurch könne die effektive Bebußung von Unternehmen durch das Bundeskartellamt durch eine ineffektive strafrechtliche Verfolgung durch überlastete und weniger sachnahe Staatsanwaltschaften ersetzt werden, wurde durch die Zuständigkeitsregelung des (heutigen) § 82 GWB Rechnung getragen.⁸⁴ Bedenken gegen die Bestimmtheit des § 298 StGB und gegen die Vereinbarkeit der Regelung über

78 *Rheinausbau I*-Entscheidung, a.a.O.

79 *Ibid.*

80 *Ibid.*; dazu etwa *Klusmann*, in Wiedemann, Handbuch, § 56 Rn. 34 ff.

81 BGH v. 9.11.1999, 1 StR 540/99, wistra 2000, 161 f.; s.a. BGH v. 21.11.2000, 1 StR 300/00, wistra 2001, 103 ff.

82 *Baumann/Arzt* (ZHR 134 (1970) 24, 35 ff.) haben darauf hingewiesen, dass jedenfalls bei einer ausdrücklichen Erklärung (ggf. in AGB), dass kein Kartell existiere, Betrug durchaus in Betracht komme; bei Erklärungen in AGB wird freilich der Vorsatz häufig schwer nachweisbar sein.

83 Art. 1 Nr. 3 des Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption v. 13.8.1997, BGBl. 1997 Teil I, S. 2038.

84 Art. 8 des Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption (Fn. 83) fügte § 81a GWB ein (heute § 82 GWB). Außerdem wurde dort die Verjährungsregel modifiziert.

tätige Reue in § 298 Abs. 3 StGB mit dem Gleichheitsgrundsatz wies das Bundesverfassungsgericht im April 2009 zurück.⁸⁵

II. Die strafrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts in der Praxis

Im Folgenden wird versucht, das Ausmaß der praktischen Durchsetzung des § 298 StGB zu darzustellen. Es ist von vornherein darauf hinzuweisen, dass dieser Versuch ein unvollständiges Bild zeichnen wird. Belastbare Zahlen sind nur aus der polizeilichen Kriminalstatistik und den Strafverfolgungsstatistiken des Statistischen Bundesamtes zu entnehmen. Diese Statistiken ordnen jedoch die Fallzahlen und verhängten Strafen bei tateinheitlicher oder tatmehrheitlicher Begehung nur der Straftat zu, für welche das Gesetz die höchste Strafandrohung vorsieht.⁸⁶ Für die statistische Erfassung des § 298 StGB ist dies verheerend: In vielen Fällen ist seit der *Rheinausbau*-Entscheidung gleichzeitig § 263 StGB erfüllt. Sofern Tateinheit zwischen § 298 und § 263 Abs. 1 StGB vorliegt, ist dies wohl unschädlich: beide Straftatbestände sehen ein Höchststrafmaß von fünf Jahren vor. Doch liegt in vielen Fällen des § 298 StGB eine gewerbs- und/oder bandenmäßige Begehung des Betrugs vor; dies erhöht das Höchststrafmaß gemäß § 263 Abs. 3, 5 StGB auf zehn Jahre. In den besonders schwerwiegenden Fällen wird die Bestrafung der kartellrechtswidrig handelnden Straftäter daher in der Statistik nicht unter § 298 StGB, sondern unter § 263 Abs. 3, 5 StGB aufgeführt.

Dies hat eine gravierende Verzerrung insbesondere hinsichtlich der Höhe der verhängten Strafen zur Folge. Nach den Strafverfolgungsstatistiken sieht es so aus, als ob bisher sämtliche der zwischen 1998 und 2007 verhängten 21 Freiheitsstrafen zur Bewährung ausgesetzt worden seien. Das Beispiel des Fernwärme-Kartells zeigt, dass dies nicht zutrifft: In diesem Fall verhängte das Landgericht München II gegen den Hauptangeklagten – den „König der Rohre“ – rechtskräftig eine Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und zehn Monaten zuzüglich einer Gesamtgeldstrafe von 400 Tagessätzen.⁸⁷ Eine Freiheitsstrafe dieser Dauer kann nicht zur Bewährung ausgesetzt werden, § 56 Abs. 2 StGB. Der König der Rohre musste daher ins Gefängnis. Aus der Statistik zu § 298 StGB ist dies ebenso wenig zu ersehen wie die Verurteilung zweier Mitangeklagter zu jeweils zwei Jahren Freiheitsstrafe, die zur Bewährung ausgesetzt wurden. Grund für diese Nichterwähnung in der Statistik des § 298 StGB ist, dass diese drei Angeklagten nicht nur wegen wettbewerbsbeschränkender Absprache bei Ausschreibungen nach § 298 StGB, sondern auch wegen tateinheitlich begangenem (versuchten) gewerbs- und bandenmäßigen Betrugs nach § 263

85 BVerfG v. 2.4.2009, 2 BvR 1468/08, BeckRS 2009 34069 = NZBau 2009, 530.

86 Dies ergibt sich aus der Definition des „Abgeurteilten“, s. stellvertretend für die Strafverfolgungsstatistiken *Statistisches Bundesamt, Rechtspflege – Strafverfolgung 2006, Fachserie 10 Reihe 3, 2007*, S. 13.

87 LG München II v. 5.3.2006, W5 KLs 567 Js 30966/04, insoweit nicht wiedergegeben in BeckRS 2008 00736. Näheres zu diesem Fall in *Wagner-von Papp*, WuW 2009, 1236, 1244.

Abs. 3, 5 StGB verurteilt wurden. Es ist völlig ungeklärt, ob diese Fälle vereinzelte Ausnahmen darstellen, oder ob es bereits eine bedeutende Anzahl von (hohen?) Freiheitsstrafen gibt, die aus demselben Grund nicht in der Statistik auftauchen.

Selbst wenn man diese systematische Unterrepräsentation der schweren Fälle in den Statistiken unberücksichtigt lässt, sind die Fallzahlen durchaus beachtlich:⁸⁸ Zwischen 1998 und 2007 wurden 240 Fälle nach § 298 StGB abgeurteilt. In etwas mehr als 10% erfolgte Freispruch, in weiteren 20% endete das Verfahren durch Einstellung. Verurteilt wurden 164 Täter, davon 21 zu Freiheitsstrafe, 142 zu Geldstrafe und ein Täter zu einer Sanktion nach Jugendstrafrecht. Eine der 21 Freiheitsstrafen hatte eine Dauer von unter sechs Monaten, 15 hatten eine Dauer zwischen sechs und 12 Monaten und fünf hatten eine Dauer zwischen 12 und 24 Monaten. Laut der – aus den genannten Gründen irreführenden – Statistik wurden alle verhängten Freiheitsstrafen zur Bewährung ausgesetzt. 44 Personen wurden zu Geldstrafen in Höhe von mehr als 90 Tagessätzen verurteilt, so dass ihre Verurteilung im Führungszeugnis aufzunehmen ist (§ 32 Abs. 2 Nr. 5 b) BZRG.

Diese Zahlen erscheinen im internationalen Vergleich beachtlich. Dies gilt vor allem im Vergleich mit dem Vereinigten Königreich, das in Europa meist als Vorreiter der Kriminalisierung betrachtet wird. Dort wurde die berühmte *cartel offence* (s. 188 des Enterprise Act 2002)⁸⁹ erst 2008 in einem einzigen Fall, dem *Marine Hose Cartel*, angewandt. Die Verurteilung gelang wohl nur deshalb unproblematisch, weil ein *plea bargain* in den USA den Angeklagten jeden Anreiz genommen hatte, sich gegen den Vorwurf im Vereinigten Königreich zu verteidigen – hätten die Angeklagten im Vereinigten Königreich obsiegt, hätten sie ihre Strafe in den USA verbüßen müssen. Im *Marine Hose Cartel* wurden die drei Angeklagten schließlich zu 20, 24 und 30 Monaten Freiheitsstrafe verurteilt; zusätzlich wurden *director disqualification orders* zwischen fünf und sieben Jahren verhängt.⁹⁰ Die höchste dieser Strafen liegt damit unter der Strafe für den Hauptangeklagten im deutschen Fernwärme-Kartell; dennoch deutete der *Court of Appeal* an, dass die Strafen im *Marine Hose Cartel* zu hoch waren und keinen Maßstab für künftige Fälle setzen sollten.⁹¹ Da das Verfahren *Marine Hose Cartel* durch den US-amerikanischen *plea bargain* stark beeinflusst war, wird sich wohl erst im *Fuel Surcharges Cartel* zeigen,

88 Zu einer detaillierteren Aufstellung s. Tabelle 1 am Ende dieses Beitrags.

89 Die Literatur zu dieser Vorschrift war bereits umfangreich, bevor sie auch nur ein einziges Mal angewendet worden war. S. etwa Reimann/Krohs, WuW 2003, 739; Federmann, Kriminalstrafen, 2006, S.148 ff.; Lever/Pike, ECLR 2005, 90 ff. und 164 ff.; Joshua, E.L. Rev. 2003, 620; ders./Harding, Crim. L. Rev. 2002, 933; Furse/Nash, I.C.C.L.R. 2004, 138 ff.; aus jüngerer Zeit etwa Stephan, The UK Cartel Offence, CCP Working Paper 08-19.

90 *R. v Peter Whittle, Bryan Allison and David Brammar* [2008] EWCA Crim 2560.

91 *Ibid.*, Rn. 31-34. Anders dagegen der Richter in erster Instanz, *Judge Rivlin*, der mit den Worten zitiert wird, dass künftige Kartelle mit härteren Strafen rechnen müssten, s. den Case Comment in ECLR 2008, N167. Näher zum *Marine Hose Cartel* und zum Kartellstrafrecht im Vereinigten Königreich Wagner-von Papp, WuW 2009, 1236, 1240 ff.

ob sich die *cartel offence* trotz des einschränkenden Merkmals der *Ghosh-dishonesty*⁹² praktisch bewähren kann.⁹³

Im Vergleich mit den neuerdings in der strafrechtlichen Durchsetzung besonders aktiven USA steht die deutsche Verfolgungspraxis zu § 298 StGB freilich noch zurück. Zwischen 1998 und 2007 klagte das U.S. Department of Justice dort 427 Personen an, von denen 187 zu Haftstrafen verurteilt wurden. Die durchschnittliche Haftdauer in diesem Zeitraum betrug in diesen Fällen 15,4 Monate, wobei Hausarrest, offener Vollzug u.ä. freiheitsbeschränkende Maßnahmen noch unberücksichtigt sind.⁹⁴

Die Erfahrungen mit der Teilkriminalisierung in Deutschland sind gemischt. Positiv ist hervorzuheben:

- Die strafrechtliche Verfolgung nach § 298 StGB hat die Effektivität der Ahndung von Ordnungswidrigkeiten der Unternehmen durch die Kartellbehörden in keiner Weise beeinträchtigt. Die Zuständigkeitsregelung in § 82 GWB hat sich damit in der Praxis bewährt.⁹⁵
- Die Statistiken zeigen, dass die Verfolgungsbehörden keine Scheu haben, Kartellstraftaten zu verfolgen. Die Befürchtung, die überlasteten Polizeibehörden und Staatsanwaltschaften ließen Kartellsachen versanden, scheint sich nicht zu bestätigen.⁹⁶
- Die Statistiken widersprechen auch der Hypothese, es sei Gerichten, die täglich mit Gewaltkriminalität, Drogendelikten und anderer *blue collar criminality* konfrontiert sind, nicht zu vermitteln, dass bis dahin unbescholtene Wirtschaftsstraftäter strafwürdig sind.⁹⁷ Die Gerichte verhängen zunehmend härtere Strafen. Obwohl die Statistiken aus den genannten Gründen insbesondere in Bezug auf schwere Fälle lückenhaft sind, ist eine steigende Tendenz erkennbar, nicht nur Geldstrafen, sondern auch Freiheitsstrafen von nicht unerheblicher Dauer zu verhängen.

92 Kritisch zum Tatbestandsmerkmal der *Ghosh-dishonesty* etwa *Joshua*, E.L. Rev. 2003, 620, 624 ff.; *Stephan*, The UK Cartel Offence, CCP Working Paper 08-19, S. 8 ff.

93 S. *Office of Fair Trading*, <http://www.oft.gov.uk/news/press/2008/93-08>.

94 S. U.S. DoJ Antitrust Division, Workload Statistic FY 1998-2007, sowie die Zusammenstellung in Tabelle 1 bei *Wagner-von Papp*, WuW 2009, 1236, 1239.

95 Zuweilen wird die Vorschrift unter dem Aspekt des *ne bis in idem* als problematisch angesehen (etwa *Achenbach*, NJW 2001, 2232, 2233 f.). Dazu ausf. *Dannecker/Biermann*, in *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), GWB, § 82 Rn. 9 ff. m.w.N., die erwägen, auch die strafrechtliche Verfolgung den Kartellbehörden zu übertragen (*ibid.*, Rn. 5, sowie *Biermann*, ZWeR 2007, 1, 42 ff.).

96 Doch mag es sein, dass die hohen Fallzahlen durch kleine, aber leicht beweisbare Fälle zu stande kommen. Die Statistiken sagen daher nichts darüber aus, ob *die richtigen* – und möglicherweise komplexeren – Fälle verfolgt werden.

97 Vgl. *Kartte/v. Portatius*, BB 1975, 1169, 1171; *Möschel*, FG Kummer, 1980, S. 436, 438 f.; s.a. *Klocker/Ost*, FS Bechtold, 2006, S. 229, 242

Doch kann man von einem Erfolg der Teilkriminalisierung nur bedingt sprechen. Die Erfahrung mit § 298 StGB hat gewisse Probleme offenbart:

- Das Hauptproblem dürfte sein, dass es der Strafverfolgungspraxis an Publizität mangelt. Trotz der vergleichsweise hohen Fallzahlen ist das Ausmaß der strafrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts kaum bekannt. Sinn einer Kriminalisierung – soll sie nicht bloßes „window dressing“ bleiben – ist zumindest primär die Prävention. In Fällen der Wirtschaftskriminalität spielt Spezialprävention meist keine bedeutende Rolle: Die Rückfallgefahr dürfte gering sein. Es kommt damit maßgeblich auf Generalprävention an: Erstens werden durch eine Verurteilung andere Täter abgeschreckt (negative Generalprävention), zweitens wird das Bewusstsein über den Straftatbestand geschärft und das Vertrauen der rechtstreuen Bevölkerung in die Wehrhaftigkeit der Rechtsordnung bestärkt (positive Generalprävention). Voraussetzung ist jedoch, dass potentielle Täter von den Verurteilungen auch erfahren. In Deutschland ist das nicht gewährleistet. Selbst Kartellrechtsexperten kennen das Ausmaß der strafrechtlichen Verfolgung oft nicht. Marginal besser mag es allenfalls in der besonders betroffenen Baubranche aussehen,⁹⁸ doch gilt dies nicht unbedingt auf Ebene kleinerer und mittlerer Betriebe. Die Unkenntnis über die Kriminalisierung und das Ausmaß der strafrechtlichen Verfolgung beeinträchtigt nicht nur die verfolgten Strafzwecke; sie leistet auch dem Argument Vorschub, dass sich die Täter häufig in der Nähe eines Verbotsirrtums bewegen.
- Einer der Gründe für den Mangel an Publizität dürfte sein, dass die Strafverfolgung in der dezentralen Zuständigkeit der Staatsanwaltschaften liegt. In den USA erfolgt die strafrechtliche Verfolgung auf Bundesebene durch das Department of Justice; im Vereinigten Königreich erfolgt sie primär durch das Office of Fair Trading bzw. das Serious Fraud Office. Deren Pressemitteilungen gelangen unmittelbar in die nationale (und internationale) Presse. Pressemitteilungen deutscher Staatsanwaltschaften und der Landesgerichte finden sich selten außerhalb des Lokal- oder Regionalteils einer Zeitung. Anders sähe es bei Pressemitteilungen des Bundeskartellamts aus.⁹⁹ Das Bundeskartellamt soll zwar nach RiStBV Nr. 242 frühzeitig von den Staatsanwaltschaften über eine Verfahrenseinleitung informiert werden. Doch scheint die Kooperation zwischen Bundeskartellamt und Staatsanwaltschaften erstens nicht reibungslos zu funktionieren; und zweitens fehlt dem Bundeskartellamt eine Ermächtigungsgrundlage, über Verurteilungen durch Strafgerichte zu informieren.
- Aus den Statistiken und veröffentlichten Entscheidungen lässt sich nicht ersehen, ob die „richtigen“ Fälle angeklagt werden. Hohe Zahlen von Fällen strafrechtlicher Verfolgung und Verurteilung sind nicht zu begrüßen, wenn sie da-

98 Vgl. *Tiedemann*, FS Müller-Dietz, 2001, 905, 912.

99 Zur Bedeutung dieser Publizität, und zur Überlegenheit der Pressemitteilungen des Bundeskartellamts gegenüber der Publizität des Strafverfahrens vgl. schon *Kartte/v. Portatius*, BB 1975, 1169, 1171.

rauf beruhen, dass diejenigen Fälle aufgegriffen und verfolgt werden, die an der Bagatellgrenze liegen, aber leicht beweisbar und schnell zu erledigen sind. Erledigungsstatistiken bieten einen gewissen Anreiz für eine solche suboptimale Auswahl. Publizierte Entscheidungen zu § 298 StGB betreffen überwiegend kleinere, lokale Submissionskartelle; unklar bleibt, ob die Auswahl publizierter Entscheidungen repräsentativ ist. Die Höhe der Tagessätze der verhängten Geldstrafen ist ausweislich der Verfolgungsstatistik häufig relativ niedrig; dies mag ein gewisses Indiz dafür sein, dass es nicht unbedingt die volkswirtschaftlich bedeutsamen Fälle sind, die verfolgt werden. Nicht bekannt ist, ob bedeutende Submissionskartelle, die vom Bundeskartellamt und der Europäischen Kommission verfolgt werden, systematisch zum Gegenstand staatsanwaltschaftlicher Ermittlungen gemacht werden.

- Die statistische Erfassung ist mangelhaft. Das ist ein allgemeines Problem der Wirtschaftskriminalität.¹⁰⁰

Diese Erfahrungen gilt es jedenfalls zu berücksichtigen, wenn man über eine weitgehende Kriminalisierung des Kartellrechts nachdenkt (sogleich III.). Doch auch unabhängig von einer solchen Weiterung empfiehlt es sich, das derzeitige System zu reformieren:

- Als Minimum ist die statistische Erfassung kartellrechtsrelevanter Straftaten zu verbessern. Wenn die Strafverfolgungsstatistik des Statistischen Bundesamtes nicht zu ändern ist, sollte eine kartellrechtsspezifische Statistik an anderer Stelle geschaffen werden.
- Die Kooperation zwischen Bundeskartellamt und Staatsanwaltschaften ist zu verbessern. Allein durch Vorschriften in der RiStBV ist dies nicht zu erreichen. Möglicherweise könnten gemeinsame Arbeitsgruppentagungen mit den Schwerpunktstaatsanwaltschaften helfen.
- Das Bundeskartellamt sollte erstens von den Strafgerichten über Verurteilungen nach § 298 StGB informiert werden. Dies böte ihm gleichzeitig die Möglichkeit, die kartellrechtsspezifische Statistik zu erstellen. Zweitens sollte das Bundeskartellamt auch eine Rechtsgrundlage erhalten, seinerseits über die Verurteilung – in anonymisierter Form – in Pressemeldungen zu berichten, die von der nationalen Presse aufgegriffen werden.
- Man sollte dem Bundeskartellamt eine größere Rolle im Kartellstrafprozess einräumen.¹⁰¹ Mindestens sollte § 82a Abs. 1 GWB auf Prozesse ausgedehnt werden, in denen § 298 StGB angewendet wird. Das Bundeskartellamt würde besser einordnen können, ob es sich aus Wettbewerbssicht um Fälle handelt, deren Bedeutung eine strafrechtliche Verfolgung gebietet. Zwar setzt das Legalitätsprinzip

100 Vgl. *Bundesministerium des Innern/Bundesministerium der Justiz* (Hrsg.), Erster Periodischer Sicherheitsbericht, 2001, S. 135 ff.; s. schon *Ständige Deputation des Deutschen Juristentages*, Verhandlungen des neunundvierzigsten Deutschen Juristentages, 1972, Bd. II, S. M201.

101 Zutr. *Biermann*, ZWeR 2007, 1, 43 f.

zip der Fallauswahl gewisse Grenzen; doch dürfte es aus praktischer Sicht unbestritten sein, dass die §§ 153 ff. StPO hinreichende Flexibilität für eine vernünftige Auswahl bieten.¹⁰² Die Einbindung des Bundeskartellamts würde die Einbringung von spezifischem Sachverstand hinsichtlich der kartellrechtlichen Komponente ermöglichen und einen gewissen Überblick über die derzeit dezentral von den Staatsanwaltschaften geführten Verfahren ermöglichen.¹⁰³

III. Vor- und Nachteile einer weitergehenden Kriminalisierung des Kartellrechts

Die Forderung nach einer weitergehenden Kriminalisierung des Kartellrechts ist nicht neu.¹⁰⁴ Sie knüpft unmittelbar an die Konzession des GWB-Gesetzgebers an, dass spätere Zeiten, denen der Gedanke des Wettbewerbs lebendiger und werterfüllter scheinen wird, die Ordnungswidrigkeiten zu echten Straftaten verschärfen mögen.¹⁰⁵

Die Forderung nach einer Kriminalisierung der Kartellordnungswidrigkeiten wurde vor allem von Seiten der Strafrechtswissenschaft erhoben.¹⁰⁶ Das liegt daran, dass der Strafrechtswissenschaft stets besonders deutlich vor Augen stand, wie systemwidrig die Verortung auch schwerster Kartellrechtsverstöße in den Bereich der Ordnungswidrigkeit ist; es lässt sich kaum eine Darstellung der Unterscheidung zwischen Straftat und Ordnungswidrigkeit finden, in der das Kartellrecht nicht als Ausreißer erwähnt wird. Ein Symptom dieser systemwidrigen Einordnung ist die Höhe

102 Dies konzidiert, mit Einschränkungen, auch *Mösche*, FG Kummer, 1980, S. 434.

103 Radikaler als die Einbindung des BKartA wäre die Lösung einer „für das gesamte Gebiet der Bundesrepublik zuständigen Zentralstelle“ (dafür *Tiedemann*, Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich, Gutachten für den 49. Deutschen Juristentag, 1972, S. C92).

104 Zur Kriminalisierungsdebatte einerseits *Baumann/Arzt*, ZHR 134 (1970) 24; *Biermann*, ZWeR 2007, 1 ff.; *Säcker*, WuW 2009, 3; *Tiedemann*, Gutachten (Fn. 103); ders., Kartellrechtsverstöße, 1976; ders., FS Müller-Dietz, 2001, S. 905 ff.; *Wagner-von Papp*, WuW 2010, 268 ff.; *Wils*, Efficiency, 2008, Rn. 471 ff.; vgl. auch *Klocker/Ost*, in FS Bechtold, 2006, S. 229, 240 ff. sowie die Beiträge in *Cseres/Schinkel/Vogelaar* (Hrsg.), Criminalization, 2006; andererseits *Dreher*, WuW 2009, 133, 143; *Rittner/Dreher*, Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2008, § 23 Rn. 132 und § 24 Rn. 50; *Federmann*, Kriminalstrafen, 2006; *Kartte/v. Portatius*, BB 1975, 1169 ff.; *Mösche*, Problematik, 1980; ders., FG Kummer, 1980, 431 ff. Vgl. inzwischen aber auch *Mösche*, WuW 2007, 483 f.; ders., WuW 2006, 115. S. allg. demnächst die Beiträge in *Beaton-Wells/Ezrahi* (Hrsg.), Criminalising Cartels (in Vorb. für 2010).

105 S.o. bei und in Fn. 66.

106 Etwa *Baumann/Arzt*, ZHR 134 (1970) 24; *Tiedemann*, Gutachten (Fn. 103), S. C38: „Entsprechend kann heute als weitgehend anerkannt werden [sic – wohl gemeint: gelten], dass jedenfalls gewisse schwere Kartelldelikte in Straftaten umzuwandeln sind.“ S.a. ibid., S. C45 und aufs. C59 ff.; ders., Kartellrechtsverstöße, S. 25 ff. m.w.N. (s.a. die Empfehlungen der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität 1975, abgedruckt ibid., S. 201 ff.); a.A. *Engisch*, ZStW 76 (1964) 177 ff. (gegen diesen *Tiedemann*, Kartellrechtsverstöße, S. 29 f.).

der Bußgelder. *Jescheck* hatte 1959 gefordert, Geldbußen auf einen Betrag von DM 10.000 zu beschränken;

„[h]öhere Geldauflagen sind ihrer Natur nach in jedem Falle kriminelle Strafe, und es verbietet sich, sie einfach in nicht-kriminelle Sanktionen umzuetikettieren.“¹⁰⁷

Gegen die Forderung der Kriminalisierung wurde in den 70er und 80er Jahren des 20. Jahrhunderts von Seiten der Kartellrechtswissenschaft Widerstand geleistet.¹⁰⁸ Dieser war vorwiegend von der Sorge getragen, dass die Kriminalisierung die Effektivität der Tätigkeit der Kartellbehörden beeinträchtigen könnte.

Die damals ausgetauschten Argumente bedürfen der neuerlichen Überprüfung. Das liegt nicht daran, dass die Kriminalisierung des Kartellrechts – vor allem auf Druck der USA – inzwischen zu einer internationalen Modeerscheinung geworden ist, und man diesem Trend blind folgen sollte; es liegt auch nicht daran, dass in Zeiten der Wirtschaftskrise ein Einprügeln auf Manager hoffähig würde. Vielmehr haben sich einige der Grundannahmen, auf denen die Argumente damals aufbauten, entscheidend geändert. So hat beispielsweise bereits die Erfahrung mit § 298 StGB gezeigt, dass den einst geäußerten Bedenken, die Kartellrechtsdurchsetzung werde leiden, wenn die Staatsanwaltschaften den Kartellbehörden das Ruder entrissen,¹⁰⁹ mittels der Zuständigkeitsregelung des § 82 GWB beizukommen ist, die den Kartellbehörden die Sanktionierung der Unternehmen belässt. Zweitens fordern heute die meisten Vertreter einer Kriminalisierung nicht mehr – wie noch in den 70er Jahren – eine Kriminalisierung der meisten Kartelldelikte; es ist heute ganz überwiegende Auffassung, dass sich eine Kriminalisierung auf horizontale *hardcore*-Delikte wie Preis- und Mengenabsprachen, Markt- und Kundenaufteilungen (und die bereits kriminalisierten Submissionsabsprachen) beschränken sollte.¹¹⁰ Drittens war damals ein weiteres Argument, dass Richter selbst in den USA, jedenfalls aber in Deutschland sich nicht bereit fänden, erhebliche Strafen gegen bis dahin unbescholtene Ersttäter mit positiver Zukunftsprognose zu verhängen.¹¹¹ Nicht nur die Entwicklung in den USA (Anstieg von damals durchschnittlich 30 Tagen Haft auf heute etwa 15 Monate), sondern auch die Erfahrungen in Deutschland mit § 298 StGB (zwei Jahre zehn Monate Haft für den „König der Rohre“) haben gezeigt, dass diese Prämisse heute nicht mehr stimmt.

Diese Entwicklungen machen eine unvoreingenommene Neubetrachtung der Vor- und Nachteile einer Kriminalisierung notwendig.

107 *Jescheck*, JZ 1959, 457, 462.

108 *Kartte/v. Portatius*, BB 1975, 1169 ff.; *Möschel*, Problematik, 1980; *ders.*, FG Kummer, 1980, 431 ff.

109 Etwa *Möschel*, FG Kummer, 1980, S. 434, 436; *ders.*, Problematik, 1980, S. 51 f.; auch heute wird dieser Gesichtspunkt angeführt, *Klocker/Ost*, in FS Bechtold, 2006, S. 229, 241.

110 Dazu unten 2.a., und *Wils*, Efficiency, 2008, Rn. 537, 588. S. aber *Biermann*, ZWeR 2007, 1, 33 f., der eine Einbeziehung von Missbrauchstatbeständen fordert.

111 S.o. Fn. 97.

1. Vorteile

Die Vorteile einer Kriminalisierung von horizontalen *hardcore*-Kartellen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

a) Vermeidung von Principal-Agent-Problemen

Die Unternehmensgeldbuße trifft das Unternehmen, nicht den Handelnden. Selbst wenn Unternehmensgeldbußen so hoch festgesetzt werden, dass es aus Unternehmenssicht wünschenswert ist, Kartelle im Unternehmen zu vermeiden, kann es dennoch sein, dass einzelne Akteure innerhalb des Unternehmens aus eigennützigen Gründen Anreize haben, Kartelle einzugehen. Beispiele sind Abteilungsleiter, die die Profitabilität ihrer Abteilung durch Kartellbeteiligungen zu steigern suchen, um höhere Boni zu erhalten oder ihre Beförderungschancen zu steigern. Für den Abteilungsleiter ist es irrelevant – oder jedenfalls nur indirekt von Bedeutung¹¹² –, ob das Unternehmen später eine Geldbuße entrichten muss. Das Unternehmen (als Principal) sieht sich Agenten gegenüber, deren Anreize von denen des Unternehmens divergieren. Es liegt ein Principal-Agent-Problem vor: Der Principal kann die Agenten nicht vollständig überwachen, und es ist unmöglich, einen vollständigen Interessen-gleichlauf herzustellen. Die Kriminalstrafe, die den Agenten und nicht den Principal trifft, umgeht dieses Problem, indem sie unmittelbar die Anreize des eigentlich Handelnden modifiziert.¹¹³ Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass in Deutschland die Individualgeldbuße die gleiche Funktion erfülle. Denn Individualgeldbußen können vom Unternehmen kompensiert werden.¹¹⁴ Eine direkte Kompensation des Agenten durch das Unternehmen für die Zahlung der Individualgeldbuße würde keine Strafvereitelung darstellen, weil die Strafzweckvereitelung nicht erfasst ist; allerdings könnte sich die Unternehmensleitung, die eine solche direkte Kompensation veranlasst, möglicherweise dem Vorwurf der Untreue zulasten der Aktionäre ausgesetzt sehen. Für eine solch plumpen direkte Kompensation für die Geldbuße besteht aber überhaupt keine Notwendigkeit: Der Agent kann indirekt ex ante durch ein höheres Gehalt, das eine Risikoprämie miteinschließt, oder ex post – etwa durch eine Beförderung oder Gehaltserhöhung – vom Unternehmen freigestellt werden. Bei einer Kriminalstrafe ist dies nicht in gleicher Weise möglich: für die Freiheitsstrafe ohne

112 Freilich kann das Unternehmen seinerseits Sanktionen gegen den Abteilungsleiter verhängen, die die Kosten bei diesem teilweise internalisieren (ggf. Kündigung, Schadensersatzforderungen). Wesentlich ist aber, dass die Kalkulation einer optimalen Unternehmensgeldbuße durch die Kartellbehörden versagen muss, wenn die eigentlich entscheidungsrelevante Sanktion nur vielleicht und nur auf indirektem Wege durch das bebußte Unternehmen herbeigeführt wird. Zu den Schwierigkeiten der indirekten Sanktionierung von Individuen s. *Whelan, Comp. L. Rev.* 4(1) (2007), 7, 24.

113 *Wils, Efficiency*, 2008, Rn. 559; s.a. *Cseres/Schinkel/Vogelaar*, in: dies., *Criminalization*, 2006, S. 1, 7.

114 *Wils, Efficiency*, 2008, Rn. 579.

Bewährung bedarf dies keiner näheren Begründung; und auch die Geldstrafe, die der Individualgeldbuße in vielem ähnlich ist, ist aufgrund der Stigmatisierung, die mit einer strafrechtlichen Verfolgung verbunden ist, kaum kompensierbar.

b) Vermeidung von Insolvenz-Kappungsgrenzen der optimalen Geldbuße

Die immer höher steigenden Unternehmensgeldbußen treiben zuweilen Unternehmen in die Insolvenz. Gerade bei Unternehmen mit einer dünnen Kapitalisierungsdecke stößt die Abschreckungswirkung von Unternehmensgeldbußen daher an Grenzen. Dies ist umso problematischer, als die Märkte, in denen Kartelle profitabel unterhalten werden können, ohnehin schon konzentriert sind; der Wegfall eines Wettbewerbers durch Insolvenz würde den Wettbewerb noch weiter beeinträchtigen.

Auch dieses Problem vermeiden Kriminalstrafen, die unmittelbar beim Handelnden ansetzen.¹¹⁵

c) Effektivere Abschreckung

Zumindest intuitiv leuchtet es ein, dass die Aussicht auf eine Kriminalstrafe abschreckend wirkt, und zwar insbesondere auf sonst unbescholtene und gesetzestreue Manager.¹¹⁶ In manchen Milieus mag es zum guten Ton gehören, eine Vorstrafe zu haben; doch bewegen sich potentielle Kartelltäter selten in diesen Kreisen. Eine strafrechtliche Verurteilung kann mit erheblichen persönlichen und sozialen Konsequenzen verbunden sein.

Dies ist ein zweischneidiges Schwert. Auf der einen Seite spricht dieser Gesichtspunkt für ein behutsames Vorgehen bei der Kriminalisierung; das Strafrecht muss ultima ratio bleiben. Auf der anderen Seite macht er jedoch die Abschreckung zweifellos effektiver. Ein Bußgeld mag als Preis erscheinen, den der Manager gewillt ist, zu zahlen, solange nur der subjektive Erwartungswert des abdiskontierten Bußgeldes niedriger ist als die unmittelbaren Vorteile aus dem Kartell. Eine strafrechtliche Verfolgung und Verurteilung erhöhen dagegen die Kosten für den Manager stark, weil zu den offensichtlichen Kosten der Geld- oder Freiheitsstrafe auch Sozialkapital verloren geht.¹¹⁷

115 Werden/Simon, 32 Antitrust Bulletin (Winter 1987) 917, 926 f.; Department of Trade and Industry, A World Class Competition Regime (CM5233), 2001, Tz. 7.15; Wils, Efficiency, 2008, Rn. 203 ff., 555 ff.; Stephan, The UK Cartel Offence, CCP Working Paper 08-19, S. 6.

116 Säcker, WuW 2009, 3; s.a. OECD (Fn. 6) S. 7; Werden/Simon, 32 Antitrust Bulletin (Winter 1987) 917, 933 f.; Wils, Efficiency, 2008, Rn. 566 ff.; beschränkt auf Gefängnisstrafen auch Klocker/Ost, in FS Bechtold, 2006, S. 229, 241.

117 Dazu allg. Jahn/Löhr, F.A.Z. Nr. 40 v. 16.2.2008, S. C1. Diesen Aspekt vernachlässigen m.E. Klocker/Ost, in FS Bechtold, 2006, S. 229, 242 („Geldstrafen ... im Regelfall nicht abschreckender ... als Bußgelder“).

Da Kartellstraftaten – wie viele andere Delikte der *white collar criminality* und im Gegensatz zu vielen Straftaten der *blue collar criminality* – rational geplante Straftaten sind, sind die Voraussetzungen für eine effektive Wirkung negativer Generalprävention ausgesprochen günstig.¹¹⁸

Die US-amerikanischen Kartellbehörden, die die umfangreichste Erfahrung mit strafrechtlichen Sanktionen haben, werden nicht müde zu betonen, wie stark die Furcht von potentiellen Kartellanten vor einer strafrechtlichen Verfolgung ist. Es ist daher schwer verständlich, weshalb die Bundesregierung der 16. Legislaturperiode eine Kriminalisierung des Strafrechts ausgerechnet unter dem Aspekt fehlender Anhaltspunkte für eine Abschreckungswirkung ablehnte.¹¹⁹

d) Prägung des Problembewusstseins und positive Generalprävention

Der offizielle Grund für die Entscheidung, Kartelle als bloße Ordnungswidrigkeit einzustufen lag, wie oben geschildert, in defizitärem Wissen über die ethische Verwerflichkeit von Kartellen. Dieser Grund trägt schon lange nicht mehr, und zwar aus mehrererlei Gründen. *Kartte* und *von Portatius*, obwohl sie gegen eine Kriminalisierung argumentierten, waren 1975 der Ansicht:

„Das mangelnde öffentliche Bewusstsein der Verwerflichkeit von Kartellabsprachen kann heute nicht mehr als Argument gegen die Schaffung von Straftatbeständen im Kartellrecht verwandt werden.“¹²⁰

Mir scheint das eine Wunschvorstellung zu sein. Selbst in Kartellrechtskreisen finden sich immer wieder Bemerkungen, die erkennen lassen, dass die jeweiligen Personen Kartelle letztlich immer noch als Kavaliersdelikte oder Kinder der Not auffassen, jedenfalls nicht als „ethisch verwerflich“ ansehen. Vielleicht spielt dabei auch die Formulierung „ethische Verwerflichkeit“ eine Rolle. Für viele scheint sie die Bedeutung zu haben, dass es sich um Verhalten handeln muss, das dem Täter einen Platz in der Hölle garantiert. Sind Kartelltäter „böse Menschen“? Nein. Kommt es darauf an? Nein. Ist jeder Mensch, der einen anderen fahrlässig verletzt, ein böser Mensch? Wohl eher nicht. Heißt das, dass er nicht mit Kriminalstrafe belegt werden

118 *Coffee*, 17 Am. Crim. L. Rev. (1980) 419, 424: „If ever the rational-actor model employed by the economist has predictive power with regard to criminal behavior, it is in the context of organizational crime that its explanatory capacity is greatest. Within this context, the typical offenses (price fixing [...]) scarcely amount to ‚crimes of passion‘, carry relatively little stigma, and are committed by individuals who neither come from deprived backgrounds nor act out of uncontrollable impulses.“

119 S. BT-Drs. 16/8681 v. 1.4.2008, Antwort der Bundesregierung zu Frage 7; krit. zum Argument fehlender Abschreckung auch *Tiedemann*, in FS Müller-Dietz, 2001, S. 905, 912 (dort zu Submissionsabsprachen: „Unter Gesichtspunkten der Generalprävention ist die Ablehnung der Kriminalisierung daher kaum verständlich“).

120 *Kartte/v. Portatius*, BB 1975, 1169.

darf? Nein. Strafrechtliche Sanktionen sind an die Tat geknüpft, nicht an den Täter. Die Einordnung als Straftat bedeutet nur, dass ein Verhalten hinreichend sozialschädlich ist – sei es wegen seiner Wirkungen, sei es wegen der offenbarten rechtsfeindlichen Einstellung des Täters –, um den Einsatz des einschneidenden Mittels des Strafrechts verhältnismäßig erscheinen zu lassen.¹²¹

Das Argument, man dürfe Kartelle nicht kriminalisieren, weil es an einem Bewusstsein über die ethische Verwerflichkeit in der Bevölkerung und bei den Unternehmenskreisen mangele, geht nicht deshalb fehl, weil dieses Bewusstsein bereits existieren würde. Es geht fehl, weil die Prämisse nicht stimmt, dass das Bewusstsein über die ethische Verwerflichkeit der Kriminalisierung stets vorausgehen habe.¹²² Der Kriminalisierung kommt eine wichtige bewusstseinsbildende Funktion zu.¹²³ Die derzeitige Einordnung als Ordnungswidrigkeit leistet der Ansicht Vorschub, dass Kartelle letztlich doch eher Kavaliersdelikte sind – freilich sehr teure Kavaliersdelikte. Eine Kriminalisierung würde „den beteiligten Wirtschaftskreisen“ und der Bevölkerung ein deutliches Signal geben, dass diese Auffassung verfehlt ist.

e) Stärkung von Leniency-Programmen

Eines der Argumente gegen eine erhebliche Ausdehnung des Privatrechtsschutzes ist, dass *leniency*-Programme dadurch beeinträchtigt werden können.¹²⁴ Das gleiche Argument spricht gegen eine Kriminalisierung, wenn der *leniency*-Antrag keine Straffreiheit garantiert.¹²⁵ Wenn der *leniency*-Antrag dagegen Straffreiheit garantiert, werden *leniency*-Programme nicht nur nicht unattraktiver; sie werden erheblich attraktiver.¹²⁶

Die derzeitige, jüngst erweiterte Kronzeugenregelung des § 46b StGB hilft hier vermutlich nicht. Sie gilt nicht für Straftaten, die nicht im Mindestmaß eine erhöhte Freiheitsstrafe vorsehen, und eine erhöhte Mindeststrafe wäre bei einer Kriminalisierung von Kartellen nicht zu erwarten. Die Annahme des Gesetzgebers war, dass bei anderen Straftaten die Einstellungsmöglichkeiten der §§ 153 ff. StPO ausgeschöpft werden oder § 46 StGB bemüht wird;¹²⁷ doch gibt es für den potentiellen *leniency*-Antragsteller hierfür keine Garantie. Man müsste einen obligatorischen Straferlass einführen, wie er in § 129 Abs. 6 StGB a.E. vorgesehen ist. Politisch dürfte dies auf

121 Vgl. bereits *Jescheck*, JZ 1959, 457, 461.

122 Zutr. *Baumann/Arzt*, ZHR 134 (1970) 24, 32.

123 Vgl. *Stucke*, Col. Bus. L. Rev. 2006, 443, 489 ff.; *Leslie*, 49 Wm. & Mary L. Rev. (2008) 1621, 1672 ff.; *Wils*, Efficiency, 2008, Rn. 572 ff.; *ders.*, World Competition 2009, 3, 7 (m.w.N. in Fn. 26).

124 S.o. B.III.

125 Auf diese Gefahr weisen zutr. *Klocker/Ost*, in FS Bechtold, 2006, S. 229, 242, hin.

126 *Wils*, Efficiency, 2008, Rn. 560 ff.

127 BR-Drs. 353/07 v. 25.5.2007, S. 2, 6.

Widerstand stoßen; für den Schutz der *leniency*-Programme wäre es aber unverzichtbar.¹²⁸

f) Bessere Ermittlungsmöglichkeiten

Zur Ermittlung im Bereich des § 298 StGB steht den Ermittlungsbehörden die Telekommunikationsüberwachung gemäß § 100a Abs. 1, 2 lit. r StPO zur Verfügung; das Bundeskartellamt hat diese Möglichkeit bei Verfolgung einer Ordnungswidrigkeit nach § 1, 81 GWB nicht. Bei einer Kriminalisierung von Kartellen würde die Kompetenz des § 100a Abs. 2 lit r StPO vermutlich auf den neuen Tatbestand ausgedehnt.

g) Kohärenz der Rechtsordnung

Es wurde bereits mehrfach erwähnt, dass die Einordnung von Kartellen als Ordnungswidrigkeit von vornherein nicht ins System passte. Es waren inzwischen überholte Erwägungen der Zweckmäßigkeit, die für diese Einordnung sprachen.

Die hohe Sozialschädlichkeit von Kartellen ist heute weitgehend unbestritten, wenn die Schätzungen über Beträge auch stark divergieren.¹²⁹ Das heutige Strafrecht kriminalisiert Verhaltensweisen, deren Unrechtsgehalt weit stärker umstritten ist als der des Kartellrechts. *Säcker* spricht insoweit treffend von einer „unsplendid isolation“ des Kartellrechts.¹³⁰ *Dannecker* und *Biermann* bezeichnen die Einstufung von gravierenden Kartellrechtsverstößen als Ordnungswidrigkeiten als „verfehlt und ... nicht mehr zu rechtfertigen.“¹³¹

Hinzu kommt: Heute sind Submissionsabsprachen zwischen lokalen Handwerkern oder Abschleppunternehmern strafbar, weltweite Preiskartelle mit Milliarden schäden dagegen bloße Ordnungswidrigkeiten. Die relative Strafwürdigkeit dieser Fälle dürfte das kaum widerspiegeln.¹³²

128 Zutr. *Klocker/Ost*, in FS Bechtold, 2006, S. 229, 242.

129 S. *Connor/Lande*, 80 Tul. L. Rev. (2005/06) 513 ff.; *Haucap/Stühmeier*, WuW 2008, 413, 417 f.

130 *Säcker*, WuW 2009, 3.

131 *Dannecker/Biermann*, in Immenga/Mestmäcker (Fn. 69) Vor § 81 Rn. 17 m.w.N. in Fn. 50.

132 Zutr. *Biermann*, ZWeR 2007, 1, 20; s.a. *Klocker/Ost*, in FS Bechtold, 2006, S. 229, 241. Bei *Möschel*, Problematik, 1980, S. 47 f. findet man das Argument ebenfalls, dort allerdings als Argument gegen eine Kriminalisierung von Submissionsabsprachen, nicht für eine Kriminalisierung von Kartellen.

2. Nachteile einer Kriminalisierung

a) Übermäßige Abschreckung, chilling effect und die Definition der Straftat

Abschreckung kann kontraproduktiv sein. Ein Manager, der mit der Möglichkeit rechnen muss, dass ein bestimmtes Marktverhalten ex post als strafbar interpretiert wird, wird selbst dann davon Abstand nehmen, wenn das Marktverhalten in Wirklichkeit nicht kartellrechtswidrig wäre. Es wird damit legitimes Verhalten unterdrückt (*chilling effect*). Da jede Unterdrückung eines wettbewerbskonformen Verhaltens den Wettbewerb einschränkt, wäre das Gegenteil der Zielsetzung erreicht. Würde beispielsweise – wie einst gefordert¹³³ – die Kampfpreisunterbietung marktbeherrschender Unternehmen mit Kriminalstrafe bedroht, so bestünde folgende Gefahr: Ein Manager, der sich unsicher ist, ob das Unternehmen auf einem Teilmarkt marktbeherrschend ist, oder ob die Preisunterbietung den relevanten Kostenmaßstab unterschreitet, oder ob ein Richter aus ex post Sicht dies fehlerhaft annehmen könnte, würde auf eine Preissenkung verzichten, selbst wenn das Unternehmen in Wirklichkeit nicht marktbeherrschend oder der Preis kein Kampfpreis gewesen wäre. Die Kriminalisierung würde in einem solchen Fall indirekt zu einer Dämpfung des Wettbewerbs führen.

Die Lösung liegt darin, ambivalente und von Maß- und Gradfragen abhängige Tatbestände nicht zu kriminalisieren. Die Kriminalisierung muss sich beschränken auf näher zu definierende horizontale *hardcore*-Beschränkungen. Über den Verzicht auf Kriminalisierung von vertikalen Verhaltensweisen dürfte heute wegen ihrer wettbewerbspolitischen Ambivalenz weitgehende Einigkeit herrschen. Hinsichtlich bestimmter Missbräuche marktbeherrschender Unternehmen wird zuweilen eine Kriminalisierung erwogen.¹³⁴ Zwar ist die Strafwürdigkeit mancher Missbräuche nicht von der Hand zu weisen. Die Gefahr eines *chilling effect* legitimer Verhaltensweisen wäre jedoch zu hoch, da für die Definition des Missbrauchs ein „System beweglicher Schranken“¹³⁵ gilt.¹³⁶

Bei einer Begrenzung der Kriminalisierung auf horizontale *hardcore*-Beschränkungen wie Preis- und Mengenabsprachen sowie Markt- und Kundenaufteilungen besteht diese Gefahr des *chilling effect* nicht in gleicher Weise. Die Teilnehmer in solchen Kartellen wissen regelmäßig sehr genau, dass sie die Grenze des Unerlaub-

133 S. die von Tiedemann (Kartellrechtsverstöße, 1976, S. 211) vorgeschlagene Tatbestandsalternative § a2 (Gezielte Verdrängung von Unternehmen).

134 Biermann, ZWeR 2007, 1, 33 f.; Tiedemann, FS Müller-Dietz, 2001, 905, 915.

135 Zu letzterem Möschel, in Immenga/Mestmäcker (Fn. 69) § 19 Rn. 16.

136 Vertretbar wäre allenfalls eine Lösung wie sie die Sachverständigenkommission in § b vorgesehen hatte (abgedruckt in Tiedemann, Kartellrechtsverstöße, 1976, S. 205), nämlich eine Strafbarkeit des Hinwegsetzens über eine konkretisierende Verfügung der Kartellbehörde. Doch selbst hier kann Unsicherheit herrschen (etwa über die Frage, ob ein angebotenes Zugangsentgelt zu einer wesentlichen Einrichtung „angemessen“ ist oder nicht).

ten überschritten haben.¹³⁷ Auch hier gibt es Grenzfälle: Der Austausch von identifizierenden Informationen kann einem Preiskartell gleichkommen, kann aber auch nur ein „Ausrutscher“ einer als legitim gedachten Verbandstätigkeit sein. Im Einzelfall dürfen hier jedoch die strafrechtliche Irrtumsdogmatik und die Möglichkeiten der §§ 153 ff. StPO ausreichen, um sachgerechte Ergebnisse zu erzielen. Man wird auf die Formulierung des Kartellstraftatbestandes große Sorgfalt verwenden müssen, zumal das im Strafrecht grundsätzlich geltende Legalitätsprinzip auf Rechtsanwendungsebene nur beschränkte Flexibilität lässt. Doch zeigen § a der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität und Section 188 des Enterprise Act 2002 im Vereinigten Königreich, dass die Aufgabe prinzipiell lösbar ist.¹³⁸

b) Zuständigkeit von Strafverfolgungsbehörden versus Kartellbehörden

Historisch hatte die Befürchtung großes Gewicht, die Kartellrechtsdurchsetzung werde geschwächt, wenn sie statt den spezialisierten und hoch motivierten Kartellbehörden den überlasteten und weniger spezialisierten Staatsanwaltschaften überlassen werde. § 82 GWB hat dieses Problem gelöst. Die Zuständigkeit der Kartellbehörden für Unternehmenssanktionen bleibt unberührt. Allein die Zuständigkeit für Individuen wechselt; und auch in diesem Bereich sind aus der Praxis zu § 298 StGB keine Probleme bekannt geworden.

c) Opportunitäts- versus Legalitätsprinzip

Es wird eingewandt, der Übergang vom Opportunitätsprinzip des Ordnungswidrigkeitenrechts zum Legalitätsprinzip des Strafrechts stelle eine entscheidende Verschlechterung dar. Dazu ist erstens zu bemerken, dass das Legalitätsprinzip der Flexibilität der Strafrechtspraxis angesichts der Durchbrechungen in §§ 153 ff. StPO nur bedingt Grenzen setzt. Zweitens besteht in dem Bereich der horizontalen *hard-core*-Kartelle, um den allein es hier geht, kaum Bedürfnis für Flexibilität. Allein für *leniency*-Antragsteller bedarf es einer Ausnahme; dass diese Ausnahme unverzichtbar ist, wurde bereits betont.¹³⁹

137 Die Annahme von *Karte/v. Portatius*, BB 1975, 1169, 1171, dass es heute kaum noch Kartelle mit strenger Kartellorganisation gebe, hat sich in den vergangenen Jahren als Trugschluss erwiesen. Richtig ist, dass man viele Kartelle wegen ihrer weniger klaren Strukturen nicht wird erfassen können; doch bleibt die Hoffnung, dass bei diesen die natürlichen Fliehkräfte das Kartell eher instabil werden lassen.

138 Dies soll nicht heißen, dass § a (abgedruckt bei *Tiedemann*, Kartellrechtsverstöße, 1976, S. 204 f.) und Section 188 Enterprise Act 2002 nicht noch verbessert wären. Doch handelt es sich um brauchbare Ausgangspunkte.

139 S.o. III.1.e.

d) Verstärkte Verteidigungsrechte

Ein weiteres Argument lautet, im Strafprozess habe der Angeklagte stärkere Verteidigungsrechte; dies mache die Verfahren schwerfälliger.¹⁴⁰ Dabei ist zu beachten, dass im Bußgeldverfahren, das für die hier relevanten Fälle de lege lata einschlägig sein wird, grundsätzlich die gleichen Rechte gelten wie im Strafprozess, § 46 Abs. 1 OWiG. Wenn die geltende Praxis diese Rechte verkürzt, ist dies nicht unbedenklich. § 77 Abs. 1 S. 1 OWiG etwa erlaubt zwar Modifikationen der Beweisaufnahme. Wenn man aber Satz 2 dieser Vorschrift liest, und bedenkt, dass das OWiG als Regelfall nicht die exorbitanten Bußgelder vor Augen hat, die im Kartellrecht verhängt werden, so merkt man, dass die derzeit faktisch gewährten Freiräume des Bußgeldverfahrens gegenüber einem Strafprozess mit der Gesetzeslage nur schwer zu vereinbaren sind. Anders gewendet: Bei der Höhe der im Kartellrecht heute verhängten Bußgelder müssten auch im Bußgeldverfahren strafrechtliche Grundsätze zugrundegelegt werden.¹⁴¹ Gegenüber diesem Soll-Zustand würde eine Kriminalisierung keine Änderung bedeuten.

e) Verschlechterung des Verhältnisses zwischen Unternehmen und Behörde?

Ferner führen Gegner einer Kriminalisierung an, dass die Beratungs- und Gestaltungsfunktion – heute würde man wohl von *competition advocacy* reden – der Kartellbehörde leiden könnte.¹⁴² Doch ist diese Gefahr nicht hoch, wenn den Unternehmen deutlich kommuniziert wird, dass allein horizontale *hardcore*-Kartelle kriminalisiert werden.¹⁴³ Diese haben sich auch in der Vergangenheit eher selten vertrauensvoll an das Bundeskartellamt gewandt, um ihr Vorhaben kartellrechtsneutral zu gestalten.

f) Relativität des Schutzgutes

Häufig wird vorgebracht, das Schutzgut Wettbewerb sei so lückenhaft geschützt, dass eine strafrechtliche Absicherung nicht legitim sei.¹⁴⁴ Richtig ist, dass der Gesetzgeber das Schutzgut Wettbewerb durch zahlreiche Ausnahmebereiche und Legalausnahmen relativiert hat. Doch käme niemand auf die Idee, das Schutzgut Ei-

140 Klocker/Ost, in FS Bechtold, 2006, S. 229, 241; Möschel, FG Kummer, 1980, S. 437.

141 Zum europäischen Recht: Schwarze/Bechtold/Bosch, Rechtsstaatliche Defizite, 2008, S. 79 und 80; Schwarze, WuW 2009, 6, 9.

142 Möschel, Problematik, 1980, S. 49 f.; ders., FG Kummer, 1980, S. 433 f.

143 Vgl. Hammond, Rede v. 9.11.2001, der auf einen Leserbrief des Generaldirektors der britischen Handelskammer David Lennan in der Financial Times hinweist, in dem dieser die Kriminalisierung begrüßte.

144 Möschel, Problematik, 1980, S. 34 ff.; Karte/v. Portarius, BB 1975, 1169, 1170.

gentum nicht strafrechtlich zu schützen, nur weil es Inhalts- und Schrankenbestimmungen, enteignungsgleiche Eingriffe und Enteignungen gibt, oder weil im aggressiven und defensiven Notstand und in Notwehr Eigentum zerstört werden darf. Die Relativierung eines Schutzbutes durch gesetzliche Ausnahmen ist kein Argument gegen den strafrechtlichen Schutz des Schutzbutes in Fällen, in denen keine gesetzliche Ausnahme greift.

g) Abkoppelung von anderen EU-Staaten?

In der früheren Diskussion wurde als Argument vorgebracht, man isoliere sich innerhalb der Europäischen (Wirtschafts-) Gemeinschaft, wenn man einseitig mit einer Kriminalisierung voranpresche.¹⁴⁵ Dieses Argument war 1980 richtig, hat aber inzwischen alle Überzeugungskraft verloren. Man sollte zwar nicht blind dem Trend zur Kriminalisierung folgen – nur weil das Vereinigte Königreich, Irland, Frankreich, Estland, die tschechische Republik, Griechenland und andere Staaten Kriminalstrafen vorsehen, muss das nicht richtig sein. Von einer Isolierung innerhalb der EU bei einer Entscheidung zugunsten einer Kriminalisierung kann heute aber keine Rede mehr sein.

D. Zusammenfassung

Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts hat ihre Berechtigung und ist in Grenzen zur Kompensation der Geschädigten wünschenswert. Sie kann jedoch auch negative Wirkungen auf die behördliche Durchsetzung haben, etwa weil eine starke privatrechtliche Durchsetzung *leniency*-Programme negativ beeinflusst, oder weil Gerichte angesichts der Gefahr aggressiver privater Kläger Kartellrechtsnormen auch zulasten der Kartellbehörden restiktiver interpretieren. Dies wurde in Abschnitt B. erörtert.

Die strafrechtliche Durchsetzung wird von den Behörden in den USA als weitaus empfehlenswerter empfunden als die privatrechtliche. Abschnitt C. hat sich mit der Frage auseinandergesetzt, inwieweit eine strafrechtliche Durchsetzung in Deutschland historisch erfolgte (C.I.), derzeit erfolgt (C.II.) und künftig erfolgen sollte (C.III.). Es hat sich gezeigt, dass Deutschland in der Geschichte bereits erhebliche Erfahrung mit einer strafrechtlichen Durchsetzung gesammelt hat, in Grenzen seit 1797, aber insbesondere in der Zeit der Alliierten Dekartellierungsgesetzgebung zwischen 1947 und 1958, und seit der *Rheinausbau*-Entscheidung 1992 bzw. der Einführung des § 298 StGB 1997. Die derzeitige strafrechtliche Durchsetzung des § 298 StGB hat einen erheblichen Umfang, und die verhängten Strafen schließen mittlerweile hohe Freiheitsstrafen ohne Bewährung mit ein. Die statistische Erfas-

145 Möschel, FG Kummer, 1980, S. 439 ff.

sung und die Publizität der strafrechtlichen Durchsetzung sind dagegen defizitär, doch können diese Defizite behoben werden (C.II. am Ende). Eine Kriminalisierung, die auf horizontale *hardcore*-Kartelle beschränkt bleiben sollte, ist wünschenswert, sofern gleichzeitig eine obligatorische Strafaufhebung für erfolgreiche *leniency*-Antragsteller eingeführt wird (C.III.).

	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	1998-2007
Polizeil. Ermittlungen	11	49	121	65	248	230	95	118	149	75	1161
Anzahl der Tatverdächtigen	40	90	237	116	241	318	201	241	142	117	1743
Abgeurteilt	5	16	11	8	22	33	37	29	36	43	240
Freispruch	3	1	1	2		2	6		13		28
Einstellung	5	2	4	7	6	1	9	9	5		48
Verurteilungen	5	8	8	3	13	27	34	14	27	25	164
Freiheitsstrafe (zur Bewährung)				3	3	1	2	6	6	6	21
<6 Monate									1		1
6 Monate									2	1	4
6-9 Monate					2	1			3	1	7
9-12 Monate					1	2		1			4
12-24 Monate							1		1	3	5
Geldstrafe	5	8	3	10	24	33	12	20	19	142	
16-90 Tagessätze	5	6	3	5	14	29	8	14	9		98
> 91 Tagessätze	3	2		5	10	4	4	6	10		44
Strafvorbehalt	1		3	1	2						7

Tabelle 1: **Verfolgungsstatistik § 298 StGB:** Unberücksichtigt sind tatenheiliche oder tatmehrheitliche Verurteilungen zu §§ 298, 263 Abs. 3/5, 52/53 StGB (s. Text unter C.II.). Quellen: *Statistisches Bundesamt* und *Bundeskriminalamt* Berichtsjahre 1998-2007

Literaturverzeichnis

- Achenbach, Hans, Bonusregelung bei Kartellstrafaten?, Neue Juristische Wochenschrift 2001, 2232 ff.
- Administrative Office of the United States Courts, Statistical Tables for the Federal Judiciary, Washington D.C., 2009, <http://www.uscourts.gov/stats/dec08/C02Dec08.pdf>
- American Antitrust Institute, The Next Antitrust Agenda, Lake Mary, FL 2008
- Antitrust Division, Workload Statistics FY 1999-2008, <http://www.usdoj.gov/atr/public/workstats.pdf>
- Baker, Donald I./Reeves, Barbara A., The Paper Label Sentences: Critiques, 86 Yale Law Journal (1977) 619 ff.
- Beaton-Wells, Caron, The Politics of Cartel Criminalization, European Competition Law Review 2008, 185 ff.
- Beaton-Wells, Caron/Ezrachi, Ariel (Hrsg.), Criminalising Cartels (in Vorb.), Oxford 2010
- Bentert, Holger, Das pönale Element – Ein Fremdkörper im deutschen Zivilrecht?, Diss. Berlin 1996
- Biermann, Jörg, Neubestimmung des deutschen und europäischen Kartellsanktionenrechts: Reformüberlegungen, Determinanten und Perspektiven einer Kriminalisierung von Verstößen gegen das Kartellrecht, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 2007, 1 ff.
- Bulst, Friedrich Wenzel, Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht, Baden-Baden 2006
- Bundeskriminalamt, Polizeiliche Kriminalstatistik für die Berichtsjahre 1998-2007, Wiesbaden, abrufbar unter <http://www.bka.de/pks/>
- Bundesministerium des Innern/Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Erster Periodischer Sicherheitsbericht, Berlin 2001
- Connor, John M./Lande, Robert H., How High Do Cartels Raise Prices? – Implications for Optimal Cartel Fines, 80 Tulane Law Review (2005/06), 513 ff.
- Cooter, Robert/Ulen, Thomas, Law & Economics, 5. Aufl. Boston 2008
- Cseres, Katalin J./Schinkel, Maarten Pieter/Vogelaar, Floris O.W. (Hrsg.), Criminalization of Competition Law Enforcement, Cheltenham, UK 2006
- Department of Trade and Industry, A World Class Competition Regime (CM5233), 2001, abrufbar unter <http://www.archive.official-documents.co.uk/document/cm52/5233/523301.htm>
- Dreher, Meinrad, Die persönliche Außenhaftung von Geschäftsleitern auf Schadensersatz bei Kartellrechtsverstößen, Wirtschaft und Wettbewerb 2009, 133 ff.
- Ebert, Ina, Pönale Elemente im deutschen Privatrecht, Tübingen 2004
- Engisch, Karl, Zur Kritik des § 270 Entwurf eines Strafgesetzbuchs (E 1962), Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 76 (1964), 177 ff.
- Federmann, Bernd, Kriminalstrafen im Strafrecht, Baden-Baden 2006
- Franzen, Karlheinz, Anmerkung zu OLG Celle v. 16.5.1969, 8 U 177/65, NJW 1970, 662 f.
- Franzen, Karlheinz, Strafbarkeit und Strafwürdigkeit von Submissionskartellen und Bietungsabkommen, Diss. 1970
- Furse, Mark/Nash, Susan, Partners in Crime – the cartel offence in UK law, International Company and Commercial Law Review 2004, 138 ff.

- Galli, Soll § 270 des preußischen Strafgesetzbuches v. 14. April 1851 aufgehoben werden?, Deutsche Juristen-Zeitung 1907, Sp. 59 f.
- Hammond, Scott D., From Hollywood to Hong Kong – Criminal Antitrust Enforcement is coming to a city near you, Rede v. 9.11.2001, <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/9891.htm>
- Hammond, Scott D., Optimal Sanctions, Optimal Deterrence, Rede v. 6.6.2005 anlässlich der vierten Jahrestagung des International Competition Network in Bonn, vgl. http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_4th_bonn_2005/Optimal_Sanctions_SDH.pdf (zit.: Rede v. 6.6.2005)
- Hammond, Scott D., Recent Developments, Trends, and Milestones in the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program, Rede v. 26.3.2008, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/232716.pdf> (zit.: Rede v. 26.3.2008)
- Haucap, Justus/Stühmeier, Torben, Wie hoch sind durch Kartelle verursachte Schäden: Antworten aus Sicht der Wirtschaftstheorie, Wirtschaft und Wettbewerb 2008, 413 ff.
- Hempel, Rolf, Private Follow-on Klagen im Kartellrecht, Wirtschaft und Wettbewerb 2005, 137 ff.
- Hempel, Rolf, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht, Baden-Baden 2002
- Honsell, Heinrich, Der Strafgedanke im Zivilrecht – ein juristischer Atavismus, in: Aderhold et al. (Hrsg.), Festschrift für Harm Peter Westermann, Köln 2008, S. 315 ff.
- Hovenkamp, Herbert, Federal Antitrust Policy, 3. Aufl. St. Paul, MN 2005 (zit.: Antitrust Policy)
- Hovenkamp, Herbert, The Antitrust Enterprise – Principle and Execution, Cambridge, Mass. 2005 (zit.: Antitrust Enterprise)
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), Wettbewerbsrecht – GWB, 4. Aufl. 2007
- Jescheck, Hans-Heinrich, Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht, Juristenzeitung 1959, 457 ff.
- Joshua, Julian/Harding, Christopher, Breaking up the hard core: the prospects for the proposed cartel offence, Criminal Law Review 2002, 933 ff.
- Joshua, Julian, The UK's new cartel offence and its implications for EC Competition Law: a tangled web, European Law Review 2003, 620 ff.
- Jüntgen, David A., Zur Verwertung von Kronzeugenerklärungen in Zivilprozessen, Wirtschaft und Wettbewerb 2007, 128 ff.
- Kartte, Wolfgang/v. Portatius, Alexander, Kriminalisierung des Kartellrechts?, Betriebs-Berater 1975, 1169 ff.
- Kern, Bernd-Rüdiger, Die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes - ein pönales Element im Schadensrecht, Archiv für die civilistische Praxis 191 (1991), 247 ff.
- Klocker, Peter/Ost, Konrad, Nach der Novelle ist vor der Novelle – Themen einer 8. GWB-Novelle, in: Brinker (Hrsg.), Recht und Wettbewerb, Festschrift für Rainer Bechtold, München 2006, S. 229 ff.
- Kommission, Grünbuch Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, KOM(2005) 672 endgültig v. 19.12.2005 (zit.: Grünbuch Schadensersatzklagen)
- Kommission, Weißbuch Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, KOM(2008) 165 endgültig v. 2.4.2008 (zit.: Weißbuch Schadensersatzklagen)
- Konzelmann, Alexander, Methode landesrechtlicher Rechtsbereinigung, Stuttgart 1997
- Kovacic, William E., Competition Policy and Cartels: the Design of Remedies, in: Cseres/Schinkel/Vogelaar (Hrsg.), Criminalization of Competition Law Enforcement, Cheltenham, UK 2006, S. 41 ff.
- Kroes, Neelie, Anti-Cartel Enforcement – Criminal and Administrative Policy, Rede v. 8.10.2009, SPEECH 09/454 (zit.: Rede v. 8.10.2009)

- Lande, Robert/Davis, Joshua, Benefits from Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases, 42 University of South Florida Law Review (2008) 879 ff.
- Lande, Robert, Are „Treble“ Damages Really Single Damages?, 54 Ohio State Law Journal (1993) 115 ff.
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 2, Besonderer Teil, 13. Aufl. München 1994
- Leslie, Christopher R., Cartels, Agency Costs, and Finding Virtue in Faithless Agents, 49 William and Mary Law Review (2008) 1621 ff.
- Lever, Jeremy/Pike, John, Cartel agreements, criminal conspiracy and the statutory „cartel offence“: Part 1 and 2, ECLR 2005, 90 ff. und 164 ff.
- Mäger, Thorsten/Zimmer, Daniel J./Milde, Sarah, Konflikt zwischen öffentlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung, Wirtschaft und Wettbewerb 2009, 885 ff.
- Möller, Reinhard, Das Präventionsprinzip des Schadensrechts, Berlin 2006
- Möschel, Wernhard, Behördliche oder privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, Wirtschaft und Wettbewerb 2007, 483 ff.
- Möschel, Wernhard, Erweiterter Privatrechtsschutz im Kartellrecht?, Wirtschaft und Wettbewerb 2006, 115
- Möschel, Wernhard, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Köln 1983 (zit.: Wettbewerbsbeschränkungen)
- Möschel, Wernhard, Zur Kriminalisierung von Kartellrechtsverstößen, in: Merz/Schluep (Hrsg.), Recht und Wirtschaft heute – Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer, Bern 1980, S. 431 ff. (zit.: FG Kummer)
- Möschel, Wernhard, Zur Problematik einer Kriminalisierung von Submissionsabsprachen, Köln 1980
- Mueller, Dennis C., Public Choice III, Cambridge, Mass. 2003
- OECD, Hard Core Cartels: Third Report on the Implementation of the 1998 Council Recommendation, 2005, <http://www.oecd.org/dataoecd/58/1/35863307.pdf> (zit.: Hard Core Cartels)
- OECD, Policy Roundtables 2003, Cartel Sanctions against Individuals, DAF/COMP(2004)39 v. 10.1.2005, <http://www.oecd.org/dataoecd/61/46/34306028.pdf> (zit.: Cartel Sanctions against Individuals)
- Posner, Richard A., Antitrust Law, 2. Aufl. Chicago, IL, 2001
- Posner, Richard A., Economic Analysis of Law, 7. Aufl. Austin, TX, 2007
- Rabe, Carl Ludwig Heinrich (Hrsg.), Sammlung Preußischer Gesetze und Verordnungen, 4. Band, Halle und Berlin 1817
- Reimann, Carsten/Krohs, Christian, Strafbarkeit von Kartelldelikten nach dem UK Enterprise Act 2002, WuW 2003, 739 ff.
- Rittner, Fritz/Dreher, Meinrad, Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. Heidelberg 2008
- Rosengarten, Joachim, Der Präventionsgedanke im deutschen Zivilrecht, Neue Juristische Wochenschrift 1996, 1935 ff.
- Säcker, Franz Jürgen, Kronzeugenregelung – weiter so „pragmatisch“ wie bisher?, Wirtschaft und Wettbewerb 2009, 3
- Schwarze, Jürgen/Bechtold, Rainer/Bosch, Wolfgang, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft, Stuttgart 2008, abrufbar unter <http://www.gleisslutz.com/media>.

- php/Ver%C3%B6ffentlichungen/Downloads/Gleiss%20Lutz_Rechtsstaatliche%20Defizite%20im%20Kartellrecht%20der%20EG.pdf?dl=1
- Schwarze, Jürgen, Rechtsstaatliche Defizite des europäischen Kartellbußverfahrens, Wirtschaft und Wettbewerb 2009, 6 ff.
- Smith, Adam, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, hrsg. von Edwin Cannan, Chicago, IL, 1776/1976
- Statistisches Bundesamt, Rechtspflege – Strafverfolgung, Fachserie 10 Reihe 3, Wiesbaden (für die Berichtsjahre 1998 bis 2007; ab 2002 abrufbar unter <https://www-ec.destatis.de>)
- Staudinger, J. von (Begr.), BGB – Eckpfeiler des Zivilrechts, Berlin 2008
- Staudinger, J. von (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Allgemeiner Teil 4), Berlin 2003
- Stephan, Andreas, The UK Cartel Offence: Lame Duck or Black Mamba, CCP Working Paper 08-19, verfügbar unter <http://ssrn.com/abstract=1310683>
- Stucke, Maurice E., Morality and Antitrust, Columbia Business Law Review 2006, 443 ff.
- Tiedemann, Klaus, Kartellrechtsverstöße und Strafrecht, Köln 1976
- Tiedemann, Klaus, Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität? Gutachten C zum 49. Deutschen Juristentag, München 1972
- Tiedemann, Klaus, Wettbewerb als Rechtsgut des Strafrechts, in: Britz/Jung/Koriath/Müller, Grundfragen staatlichen Strafens, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, München 2001, S. 905 ff.
- US Department of Justice Antitrust Division, Workload Statistic (FY 1998-2007 und FY 1999-2008) (die jeweils letzten 10 Jahre sind verfügbar unter <http://www.justice.gov/atr/public/workstats.pdf>)
- Wagner, Gerhard, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht, Archiv für die civilistische Praxis 206 (2006), 352 ff.
- Wagner-von Papp, Florian, Der Richtlinienentwurf zu kartellrechtlichen Schadensersatzklagen, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 2009, 445 ff.
- Wagner-von Papp, Florian, Kartellstrafrecht in den USA, dem Vereinigten Königreich und Deutschland, Wirtschaft und Wettbewerb 2009, 1236 ff.
- Wagner-von Papp, Florian, Kriminalisierung von Kartellen, Wirtschaft und Wettbewerb 2010, 268 ff.
- Werden, Gregory/Simon, Marilyn J, Why price fixers should go to prison, 32 Antitrust Bulletin (Winter 1987) 917 ff.
- Whelan, Peter, A Principled Argument for Personal Criminal Sanctions as Punishment under EC Cartel Law, Competition Law Review 4(1) (2007), 7 ff.
- Wiedemann, Gerhard (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl. München 2008
- Wils, Wouter P.J., Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement, Oxford 2008
- Wils, Wouter P.J., Is criminalization of EU competition law the answer?, in: Cseres/Schinke/Vogelaar (Hrsg.), Criminalization of Competition Law Enforcement, Cheltenham, UK 2006, S. 60 ff.

Herausgeber- und Autorenverzeichnis

Dr. RAINER BECKER, LL.M. (McGill), Beamter der Europäischen Kommission, Generaldirektion Wettbewerb, Lehrbeauftragter an der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg.

Dr. FLORIAN BIEN, Maître en Droit (Aix-Marseille III), Akademischer Rat a. Z. und Habilitand an der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen, Lehrbeauftragter an der Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

Dr. PATRICK BESCHORNER, wissenschaftlicher Mitarbeiter des Zentrums für Europäische Wirtschaftsforschung ZEW im Forschungsbereich "Industrieökonomik und Internationale Unternehmensführung". Seit 2006 ist er als Senior Researcher zuständig für den Forschungsschwerpunkt Wettbewerb und Regulierung.

Dr. FRIEDRICH WENZEL BULST, LL.M. (Yale), Beamter der Europäischen Kommission, Generaldirektion Wettbewerb.

Dr. MICHAEL GRÜNBERGER, LL.M. (NYU), wissenschaftlicher Mitarbeiter und Habilitand am Institut für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht der Universität zu Köln (Prof. Dr. Anja Steinbeck).

Dr. ROLF HEMPEL, Rechtsanwalt mit Tätigkeitsschwerpunkt im Kartell- und Energiewirtschaftsrecht bei CMS Hasche Sigle in Stuttgart.

Prof. Dr. KAI HÜSCHEL RATH, wissenschaftlicher Mitarbeiter des Zentrums für Europäische Wirtschaftsforschung ZEW im Forschungsbereich "Industrieökonomik und Internationale Unternehmensführung" und Juniorprofessor für Industrieökonomik und Wettbewerbsstrategie an der WHU Otto Beisheim School of Management in Vallendar.

ANNE KRENZER, DESS/Master (Paris 1 Panthéon-Sorbonne), Juristische Beraterin für das ECN, Juristischer Dienst, Autorité de la concurrence, Paris

Prof. Dr. WERNHARD MÖSCHEL, bis September 2009 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Europarecht und Rechtsvergleichung an der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen.

Dr. FLORIAN WAGNER-VON PAPP, LL.M. (Columbia Law School, New York), Lecturer und Co-Direktor des Centre for Law & Economics und des Institute of Global Law am University College London (UCL) und Tutor an der University of Oxford.

Dr. RÜDIGER WILHELMI, Privatdozent für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung an der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen.

Teilnehmer

Barth, Dr. Uli, Bundeskartellamt, Bonn
Bätge, Dr. Johanna, Lehrstuhl Prof. Möschel, Universität Tübingen
Becker, Dr. Rainer, LL.M., Europäische Kommission, Brüssel
Bernhard, Jochen, Doktorand, Mannheim
Berzel, Christiane, KERMEL - Kanzlei von Rechtsanwälten, Berlin
Beschorner, Dipl.-VW Dr. Patrick, ZEW Mannheim
Bien, Dr. Florian, Lehrstuhl Prof. Möschel, Universität Tübingen
Bleier, Lukas, Student, Universität Tübingen
Bueren, Eckart, Doktorand, Bonn
Bulst, Dr. Friedrich Wenzel, LL.M., Europäische Kommission, Brüssel
Denzel, Dr. Stefanie, Haver & Mailänder Rechtsanwälte, Stuttgart
Ehni, Sebastian, Student, Lehrstuhl Prof. Möschel, Universität Tübingen
Grünberger, Dr. Michael, LL.M., Lehrstuhl Prof. Steinbeck, Universität Köln
Hansen, Dr. Jan, CMS Hasche Sigle, Stuttgart
Hempel, Dr. Rolf, CMS Hasche Sigle, Stuttgart
Hertfelder, Johannes, Doktorand, Lehrstuhl Prof. Möschel, Universität Tübingen
Heusel, Matthias, Doktorand, Lehrstuhl Prof. Möschel, Universität Tübingen
Jira, Kathrin, Studentin, Lehrstuhl Prof. Möschel, Universität Tübingen
Klein, Antonia, Studentin, Lehrstuhl Prof. Möschel, Universität Tübingen

Klumpp, Dr. Ulrich, Oppenländer Rechtsanwälte, Stuttgart
Kohnke, Benjamin, Student, Lehrstuhl Prof. Möschel, Universität Tübingen
Krenzer, Anne, DESS, Autorité de la concurrence, Paris
Linder, Dr. Birgit, Bundesministerium der Justiz, Berlin
Möschel, Prof. Dr. Wernhard, Universität Tübingen
Morlang, Wladimir, Doktorand, Tübingen
Nothhelfer, Dipl.-VW. Dr. iur. Wolfgang, PwC Economics, Berlin
Pichler, Dr. Philipp, Gleiss Lutz, Stuttgart
Podszun, Dr. Rupprecht, MPI für Gewerblichen Rechtsschutz, München
Riemer, Konrad, Student, Lehrstuhl Prof. Möschel, Universität Tübingen
Sabel, Simon, Doktorand, München
Schmidt, Kai, Monopolkommission, Bonn
Stock, Christoph, Doktorand, Lehrstuhl Prof. Möschel, Universität Tübingen
Tamcke, Christoph, Student, Lehrstuhl Prof. Ehricke, Universität Köln
Tharmaratnam, Moji, Student, Universität Tübingen
Thomas, Prof. Dr. Stefan, Universität Tübingen
Wagner-von Papp, Dr. Florian, LL.M., University College London
Wesselburg, Dr. Alexander, Freshfields Bruckhaus Deringer, Düsseldorf
Wilhelmi, PD Dr. Rüdiger, Universität Tübingen
Wolf, Dr. Christoph, Lehrstuhl Prof. Möschel, Uni Tübingen
Wurmnest, Prof. Dr. Wolfgang, LL.M., Universität Hannover

Stichwortverzeichnis

- Abnehmer**
- direkte (auch unmittelbare und Zwischenabnehmer) 14ff., 27, 45ff., 73, 80, 87, 226ff., 240, 245ff.
 - indirekte (auch mittelbare, nachgelagerte, Folgeabnehmer, Endabnehmer) 10, 14ff., 22, 45ff., 52, 73, 225ff., 240ff., 245ff.
- Abschreckung 11f., 39, 41f., 44, 46ff., 55, 64, 66, 75f., 78, 80, 84f., 100, 132, 239f., 251f., 270, 293f., 297
- Abstellungentscheidung 163, 173, 268
- Abweichungsverbot 175
- Adressat 127, 157, 164, 167f., 170f., 183ff., 196, 199f., 205ff., 215
- Akteneinsicht (auch Recht auf Akteneinsicht) 103, 114, 119f., 127, 274
- Alliierte Dekartellierungsgesetze 277ff., 300
- Allokationseffekt 13f., 19, 22
- Amerikanisierung 37ff.
- Amtshilfe 103
- Anerkennungsstaat 201ff., 206
- Anreizstruktur 50, 62, 93
- Anschlussklage 141, 174ff., 181
- Anspruchsberechtigung 41f., 45f., 76f., 247f., 261
- Anwaltshonorare 49f., 90
- Anwendungsbereich
- sachlicher 160, 164, 168f., 185
 - persönlicher 166, 168, 185
 - räumlicher 169, 185, 249
 - zeitlicher 170, 185, 249
- Äquivalenzgrundsatz 43, 137, 139, 143, 148, 197f., 242
- Attraktivität der Kronzeugenregelung 20, 22, 274f., 295
- Ausforschung 108f., 112
- Auskunftsanspruch 59, 99ff., 104, 106f., 109ff., 114f., 117, 126, 131
- ausländisch (auch ausländische Behörde, Entscheidung und Gericht) 157, 196, 200f., 207f., 211
- Aussetzung 180f., 186
- Auswirkungsprinzip 170
- Autorité de la concurrence 26, 28, 30, 32ff.
- behördliche Durchsetzung 32, 34, 39, 42, 73, 75, 83, 95, 268, 272, 274, 300
- Beibringungsgrundsatz 140
- Bereicherung (auch Bereicherungsverbot) 159, 235, 243f., 254, 270ff.
- Bereitschaft zur Klageerhebung (litigation culture) 60ff., 64, 67
- Beschränkung des Haftungsumfangs (auch detrebling) 20, 22, 36
- Beseitigungsanspruch 159
- Besichtigungsanspruch 107, 110, 112, 115f., 120, 126, 131
- bestandskräftige Verwaltungsentscheidung 66, 126, 138, 150, 153, 155f., 160, 164ff., 170f., 173, 178ff., 187, 189, 194, 196ff., 208, 215, 274
- Bestrafungskomponente 15
- Beteiligter 21, 62, 79, 89, 103, 112, 122, 145, 163, 168f., 170, 179f., 185, 249, 253, 255, 282, 284, 295
- Betriebsgeheimnisse (siehe Ausforschung)
- Betrug 282ff., 287
- Bewährung 285f., 293, 300
- Beweis
- Beweiserleichterung 128, 143, 174, 238, 255
 - Beweisführung 12, 16, 21, 33, 121, 140, 142
 - Beweislast 19, 59, 74, 101, 128f., 132, 137, 140ff.; 145ff., 151, 228, 257
 - Beweislastumkehr 59, 66, 128, 137, 209, 211

- Beweismaß 19, 137, 140, 148f.
- Beweismittel 32, 55f., 58f., 62f., 66, 82, 99ff., 100, 102, 110, 117, 119f., 124f., 127ff., 140ff., 154, 252, 274
- Beweisregel 174
- Beweiswürdigung 108, 140, 148f., 154ff., 176, 195, 274
- Bindungswirkung 32f., 85, 126f., 135ff.
- Bonusregelung 33ff.
- Brüssel I-VO 159f., 187, 201f., 204f., 214, 217
- Bußgeldbescheid 163, 180, 275

- Cartel Damages Claims SA (CDC)** 78f., 88
- cartel offence (s 188 des UK Enterprise Act 2002) 286f.
- chilling effect 297
- class action 17, 26, 36, 52, 61, 63ff., 83ff., 88ff., 93f., 245, 252
- Clayton Act 47, 49, 74, 83, 209ff.
- Collateral Estoppel 209ff.
- competition advocacy 299
- Conseil de la concurrence 26, 31, 33
- contingency fees 50f.

- Darlegungslast** 74, 101, 128f., 140f., 143, 145ff., 151, 155, 169, 230
- deadweight loss 271
- Delimitis 152, 175, 188
- depositions 56, 62
- Dezentralisierung 146
- director disqualification order 286
- Discovery 35, 40, 56f., 61f., 64f., 101, 268
- Durchlaufender Posten 18f.
- Durchsetzungsgesetz und Durchsetzungsrichtlinie 104, 106, 108ff., 112f., 115, 117, 121, 125f.

- Effektiver Rechtsschutz** 75, 102, 118, 121ff., 137, 139, 148, 181, 187, 193ff., 204ff., 212, 215, 217, 240
- Effektivitätsgrundsatz 54, 58, 148, 197, 242f.

- Effizienz der Kronzeugenregelung 19
- Eingehungsbetrug 283f.
- Empagran-Verfahren 274
- entgangener Gewinn 13ff., 18, 28, 48f., 228, 230, 261
- Entscheidungskompetenz 150, 170, 175, 177f., 184, 192
- Erfolgshonorar 40, 49ff., 89, 91
- Erfüllungsbetrug 284
- Estoppel 209ff.
- ethische Verwerlichkeit 281f., 294f.
- Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) 138, 187, 191, 193ff., 201f., 204ff., 215, 217
- Europäischer Vollstreckungstitel 202ff.
- Europäisches Mahnverfahren 203f.
- Europäisches Verfahren für geringfügige Forderungen 50, 203
- Europäisches Wettbewerbsnetz 138, 158, 161, 185, 206
- Europäisches Zivilverfahrensrecht 60, 139, 146, 201, 215, 217
- Exequaturverfahren 201ff.
- externe Kosten 273
- exzessive Konzentration 279
- exzessive Rechtsdurchsetzung 16f., 268

- fact pleading 56, 61, 66
- faires Verfahren 187, 198, 202, 210f.
- Fallgruppe 151f., 167, 180, 231ff.
- Federal Rules of Civil Procedure 83f.
- Fernwärme-Kartell 285f.
- Feststellung der Nichtanwendbarkeit 162, 164
- Feststellungsentscheidung 163
- Feststellungswirkung 127, 163, 171ff., 179f., 182f., 185f., 194, 208, 212, 215, 274
- Flughafen München-Entscheidung 284
- fluid recovery 84f., 87, 91f.
- Folgeklage 29, 32, 43, 63, 90, 102f., 109f., 125, 127, 129f., 137f., 141, 143, 151, 182, 184, 210, 268, 272

- Follow on-Klagen** (siehe Folgeklage)
Forderungsabtretung 78
Formelle Bestandskraft 153, 164f., 180ff., 192
Free ride 86
Freiheitsstrafe 276, 280, 285ff., 292f., 295, 300
Freistellungsentzug 163
Fuel Surcharges Cartel 286
Funktionsfähigkeitsschutz 118
Funktion von Schadensersatz 15, 41ff., 49

Gebot des effektiven Rechtsschutzes 121f., 193
gegenseitige Anerkennung 188, 190, 215
Geheimnisschutz 100, 117f., 121ff., 130f.
Geldbuße 162, 268, 274, 291ff.
Geldstrafe 271, 276, 278ff., 285ff., 293
Generalprävention 288, 294
Geschäftsgeheimnisse 19, 58, 100, 109, 111, 115ff., 121ff., 130f.
Gewaltenteilung 173, 187, 191ff., 215
Gewinnentgang (siehe entgangener Gewinn)
Grünbuch 10f., 20, 42f., 48, 50, 57, 66, 80, 83, 137, 209
Grundrechtecharta 187, 192ff., 206, 217
Grundsatz rechtlichen Gehörs 114, 121ff., 157, 167f., 199ff., 207, 213, 247
Gruppenklage 53ff., 63, 80, 82, 86ff.

Haftstrafe 268, 276, 287, 291
Handyfall 29
Hardcore-Kartell 12, 22, 55, 128, 269, 275, 284, 291f., 297, 299, 301
Herausgabe von Dokumenten 33, 35, 56, 62
Hoheitsgewalt 49, 201, 206ff., 212, 216

Identität 166ff., 179, 185
in-camera-Verfahren 118, 120ff.
Individualgeldbuße 292f.
Informationsanspruch 104
Informationsfreiheitsgesetz 103, 114
Informationskosten 17, 19, 271

Insolvenz 28, 258, 275, 293
Interessenabwägung 58, 109f., 116, 121ff., 130
Issue Preclusion 210

Josten-Entwurf 281
Jury-Prozesse 40, 60f., 63f.
Justizgewährleistungsanspruch 193, 196, 200

Kartelldeliktsrecht 40, 42, 49, 58, 60, 63, 235f., 238, 243, 248, 256, 260
Kartellordnungswidrigkeiten 290
Kartellstrafrecht 268f.
Kausalität 17, 21, 26, 30, 33, 42, 45, 52, 55, 145, 180, 227, 233ff., 241ff.
Klagefrist 164f., 180, 182f., 185f., 198f.
Klagen
 - spekulative 50, 55, 61, 64f.
kollektiver Rechtsschutz 28, 51ff., 62ff., 71ff., 77ff., 83ff., 92ff., 252f.
Kompensation 22, 41ff., 48, 67, 100f., 132, 235, 237, 240, 248, 252, 255f., 258f., 261, 270ff., 292, 300
Kompetenz der EU für strafrechtliche Sanktionen 269
Kontrolldichte 198, 215, 239
Kooperationsprinzip 209
Korruptionsbekämpfungsgesetz 284
Kosten der Rechtsdurchsetzung 16f., 19, 22, 74, 87
Kostenerstattung 40, 47, 50, 55, 63f., 74
Kriminalisierung 267ff., 275, 281f., 284, 286ff., 299f.
Kronzeugen
 - Kronzeugenprogramm 26, 33ff., 116
 - Schutz des Kronzeugen 33ff.

Legalitätsprinzip 49, 298
Leitlinie 144, 147, 149, 235
leniency-Programme 274f., 295f., 298, 300f.
Lieferanten 27, 106, 111f., 226, 253
litigation culture (siehe Bereitschaft zur Klageerhebung)

- loser pays-Regel** 50, 61, 63, 65, 67, 273
Marine Hose Cartel 286
Marktstruktur 13, 147
Masterfoods 152, 157, 167, 175ff., 181, 183, 188, 215
Mehrfachhaftung 15, 44, 47, 63, 65, 240, 245ff., 255, 258
Mensa Freiburg-Entscheidung 283
Mischtatbestände 281
Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung 31, 52, 67, 102, 128, 130, 297
Missbrauchsgefahr 10f., 22, 39, 51, 55, 64f., 74, 78, 81, 83, 90, 93ff., 116, 132, 214, 268, 273
Missbrauchspotential 40f., 57, 61, 64, 67, 90, 125
Mittelbar Betroffener 14ff., 18f., 22, 73
Modernisierung 146f., 150, 187
more economic approach 146f., 271
Musterprozess 78

Nachgelagerte Wertschöpfungsstufe 10, 15, 18f., 47, 52, 250, 254, 256, 259
Nichtigkeitsklage 164, 178, 180, 182f.
notice pleading 56f.

Offenlegung
 - gegenüber neutralem Dritten 120
 - Pflicht zur Offenlegung 56ff., 100ff., 106ff., 120, 122ff.**one-way fee shifting** 49, 61
Opportunitätsprinzip 298
Opt-in 53f., 80, 82, 86f., 90
Opt-out 40, 52, 55, 63, 83, 85, 88, 90, 92
Ordnungswidrigkeit 237, 280f., 287, 290, 294ff.
Ordre Public 43, 202ff., 215, 217, 270
Outputreduktion 227
Overenforcement 271

paradox of compensation 271
parens patriae 83f., 88
- Parteivernehmung** 62, 108, 112, 116
Passing-on (auch passing-on defense siehe Schadensabwälzung)
plea bargain 286
Pönalisierung (siehe Kriminalisierung)
Prävention 41, 43f., 48, 75, 236ff., 251, 256, 270, 272, 288, 294
pre-judgment interest 49, 63
pre-trial discovery 40, 56, 62, 65
Principal-Agent-Problem 89, 91ff., 292
Principles of Transnational Civil Procedure 141, 148
Prozesskosten 50, 64, 74, 83, 268
Prüfungskompetenz 178, 182
public choice 271
public enforcement (siehe behördliche Durchsetzung)
Publizität des Strafverfahrens 288, 301
punitive damages 15, 42, 49, 63, 270

Que choisir 29
quota litis-Vereinbarungen 40, 50f., 61, 65, 79, 90

Rationale Apathie 74, 85ff., 95
Rechtliches Gehör 114, 121, 123, 167, 199, 207, 247
Rechtsdurchsetzungskosten 19, 74, 87, 90, 92ff.
Rechtskräftige Gerichtsentscheidung 138, 156f., 165, 171, 178f., 181, 186f., 189, 192f., 197, 208, 215
Rechtssicherheit 131, 150f., 160, 166, 173, 175ff., 182, 184, 186, 189, 194, 198, 213f., 257, 273
Rechtsstaatsprinzip 42, 171, 173, 193f.
Rechtsvermutung 214
Rechtsweg 61, 165
Referenzpreis 13
Rheinausbau I-Entscheidung 283
Richterliche Unabhängigkeit 192, 195
Rom II-VO 160
Rule 23 83ff., 252

- Sachverständigengutachten 145, 251
 Sammelklage 17, 40, 53, 80
 Schadensabwälzung 13ff., 22, 27, 42, 45, 225ff., 232ff., 240f., 245, 247, 249, 252f., 261
 Schadensausgleich 16, 42, 44, 64, 75f., 78, 80, 84, 87, 91, 95, 238, 254
 Schadensschätzung 129, 250f.
 Schiedsgericht 158
 Souveränität 200, 280
 Sozialschädlichkeit 296
 Spezialisierungsvorteile 271
 Stand alone-Klagen 30, 102, 272
 statistische Erfassung 285, 289
 Stellvertreterklage 88, 92f.
 Stigmatisierung 293
 strafrechtliche Durchsetzung (siehe Kriminalisierung)
 Strafschadensersatz (siehe auch treble damages) 43, 270
 Strafwürdigkeit 287, 296f.
 Streitgegenstand 56, 167, 193
 Streitgenossenschaft 84, 86f.
 Streitwerte
 - hohe 41, 62ff.
 Streuschaden 74, 77, 85, 89
 Submissionsabsprachen 275, 282, 291, 296
 Suspensiveffekt 165

 Tatbestandswirkung 153, 159, 172ff., 182ff., 190, 194
 Tatsachenfrage 84, 149, 195
 Täuschung 227, 282f., 284
 Torpedoklage 213
 Transaktionskosten 17, 87, 92, 101, 271
 Transnationaler Verwaltungsakt 208
 Transportbeton 225ff., 253
 treble damages (siehe auch unter Strafschadensersatz) 11, 36, 40, 47f., 62f., 74, 245
 Trittbrettfahrerproblem 85ff., 90, 94

 überkompensatorischer Schadensersatz 270f.
- Übertragung von Hoheitsrechten 201, 207f., 216
 umbrella effect 243, 270
 Unabhängigkeit der Gerichte 30, 32, 154, 158, 187, 191ff., 212, 215
 Unanfechtbarkeit 165, 184f.
 Unberechtigte Klagen 11, 16
 Unsicherheit 12, 34, 52, 142, 147, 246, 251, 257f., 297
 Unterlassungsanspruch 73, 159, 238
 Unternehmensgeheimnisse (siehe Ausfor- schung)
 Urkunden (und Urkundenvorlagepflicht) 58, 103ff., 107ff., 111, 113, 115ff.
 Urteilsstaat 202f., 206
 US-Kartellrecht 36, 37ff., 83, 88

 Verbandsklage 53ff., 64, 66, 80ff., 93ff.
 Verbotsirrtum 288
 Verbraucherverbände 29, 80, 94
 Verfahrensgrundrechte 200ff., 205, 216f.
 Verfahrensrechtliche Autonomie 161, 186, 189, 197, 215
 Verfahrensverstoß 203, 205
 Vergleiche
 - außergerichtliche (Druck hierzu) 64, 66f.
 Vergleichsmarkt 13, 249f.
 Verhältnismäßigkeit 56, 62, 66, 109, 116f., 123ff., 131, 213, 255
 verminderte Nachfrage 15
 Vermögensgefährdung 283
 Vermögensschaden 283
 Vermögensverschiebung 271f.
 Verschulden 66, 141, 162, 180, 227
 Verteilungseffekt 13f., 18
 Verteilungsmaßnahme 272
 Vertrauen in die Justiz 201
 Vertraulichkeit 34, 103, 115, 119f., 123, 126
 Verwaltungsverfahren 103, 114f., 147f., 168f., 178f., 185, 199f.
 Vitaminkartellfall 27, 127, 129, 229, 241
 Vollstreckung 202ff., 270
 Vorabentscheidungsersuchen 182

Vorabentscheidungsfrage 164
Vorlagepflicht 35, 104, 108, 113, 274
Vorteilsabschöpfung 44, 77f., 88, 92, 238f.,
271

Wahrscheinlichkeitsmaßstab 149, 233
Weiterwälzung 16, 252, 255
Wettbewerbsverzerrung 101, 131
white collar criminality 294
Widerlegliche Vermutung 154, 209, 211ff.
Winkelverträge 276
Wirtschaftskriminalität 288f., 298
Wohlfahrtsverlust 271

Zeugenbeweis 108, 112, 117
Zielkonflikt 147f.
Civil- und Handelssache 142, 159f.
Zugang zu Beweismitteln 55, 58, 99ff.,
119f., 130, 140, 142
Zuordnung des Schadens 21f., 258
Zuständigkeit der Kartellbehörden/Staatsan-
waltschaften 288, 298