

Neue Zeitschrift für Kartellrecht

Herausgegeben von: Prof. Dr. Thomas Ackermann – RA Prof. Dr. Albrecht Bach – RiBGH Dr. Klaus Bacher – RA Prof. Dr. Rainer Bechtold – Prof. Dr. Florian Bien – Dr. Friedrich Wenzel Bulst – RiEuG Alfred Dittrich – RA Dr. Michael Esser – MinRat Dr. Armin Jungbluth – Prof. Dr. Torsten Körber – VorsRiOLG Dr. Jürgen Kühnen – RA Dr. Thorsten Mäger – Dir. b. BKartA Dr. Konrad Ost – Prof. Dr. Ulrich Schwalbe – Prof. Dr. Heike Schweitzer – RA Dr. Kathrin Westermann

Schriftleitung: Rechtsanwalt Dr. Ingo Brinker, München

NZKart

12 2013

Seiten 481–524

1. Jahrgang

10. Dezember 2013

Editorial

Prof. Dr. Florian Bien

Wozu brauchen wir die Richtlinie über private Kartellschadensersatzklagen noch?

Private Kartellschadensersatzklagen können zwei komplementäre Ziele fördern, die Durchsetzung des Kartellrechts als solchem im Allgemeininteresse (private enforcement) und die Kompensation tatsächlich erlittener Einbußen im Interesse der Kartellgeschädigten.

Schon der EuGH hatte in seinem grundlegenden Urteil *Courage v. Crehan* vom 20.9.2001 (C-453/99) hervorgehoben, dass private Kartellschadensersatzklagen „die Durchsetzungskraft der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln“ erhöhen und damit „wesentlich zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs“ beitragen können (Tz. 27). Entsprechend betonte die Kommission in ihrem Grünbuch „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts“ vom 19.12.2005 (KOM(2005) 672 endg.) das zuerst genannte Ziel, die Bedeutung privater „Schadensersatzklagen als ein Mittel der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts“ (S. 3). Neben der erwähnten Vorgabe aus Luxemburg gab der zum 1. Mai 2004 erfolgte Übergang vom Anmeldesystem mit Erlaubnisvorbehalt zur Legalausnahme der Kommission einen wichtigen Impuls. Die Kommission sah die Notwendigkeit, die verminderte behördliche Kontrolle durch eine gesteigerte private Rechtsdurchsetzung zu kompensieren und die Abschreckungswirkung zu erhöhen.

In der Folge verbannte die Kommission das Telos der Kartellrechtsdurchsetzung auf den zweiten Platz. Im Weißbuch „Private Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts“ vom 2. April 2008 (KOM(2008) 165 endg.) trat an seine Stelle das „vorrangige Ziel“ der vollständigen Entschädigung der Opfer von Kartellrechtsverstößen als „wichtigstes Leitprinzip“ (S. 4) Dass mit „Verbesserungen bei der Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen“ auch eine „stärkere Abschreckungswirkung“ verbunden ist, präsentierte die Kommission nur noch als bloßen Reflex des Hauptziels, Kartellgeschädigten zu einer vollständigen

Kompensation des erlittenen Schadens zu verhelfen. Die beschriebene Akzentverschiebung lässt sich auf zwei Gründe zurückführen: Zum einen galt es Befürchtungen zu zerstreuen, die Kommission wolle in Europa amerikanische Verhältnisse einführen. Zum anderen hatte sich auch in Brüssel die Erkenntnis durchgesetzt, dass stand alone-Klagen in Europa allenfalls in seltenen Ausnahmefällen in Betracht kommen. Diesseits des Atlantiks hatte sich das Idealbild des privaten Schadensersatzklägers als eines *public attorney* als Illusion erwiesen. Der Pflicht zum Ersatz von Kartellschäden kommt bis heute allein die Bedeutung einer zusätzlichen Sanktion neben dem zuvor hoheitlich verhängten Bußgeld zu.

Auch in dem am 11. Juni 2013 veröffentlichten Entwurf einer Richtlinie über Kartellschadensersatzklagen (COM(2013) 404) bekennt die Kommission sich weiterhin zu den beiden komplementären Zielen „allgemeine Durchsetzung der EU-Wettbewerbsvorschriften“ und „Gewährleistung, dass Opfer von Zuwiderhandlungen gegen das EU-Wettbewerbsrecht Schadensersatz in voller Höhe erhalten können“ (S. 3). Im Zentrum der Aufmerksamkeit der Kommission (und vieler mitgliedstaatlicher Kartellbehörden) steht mittlerweile aber ein dritter Aspekt, die Sorge um die Attraktivität der Kronzeugenprogramme. Die Kommission sieht die Gefahr, dass potentielle Kartellkronzeugen befürchten könnten, sich mit einem Leniency-Antrag zur exponierten Zielscheibe privater Schadensersatzkläger zu machen. Die Erleichterung privater Schadensersatzklagen droht damit die erfolgreiche behördliche Kartellrechtsdurchsetzung zu gefährden.

Den Wandel der Perspektive spiegelt der Richtlinienentwurf deutlich wider. „Erstes Hauptziel“ des Kommissionsvorschlags ist nunmehr die „Optimierung der Interaktion zwischen behördlicher und privater Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts“ (S. 3 und 4). Gemeint ist damit der

Schutz von Kronzeugen- und Settlementunterlagen vor Offenlegung und Einsichtnahme, außerdem die haftungsrechtliche Privilegierung des Kronzeugen sowohl im Außen- als auch im Innenverhältnis (S. 1 f.). Ob es entsprechender zusätzlicher Anreize zur Teilnahme am Kronzeugenprogramm tatsächlich bedarf, ist noch längst nicht ausgemacht. So plausibel die Sorge des Leniency-Petenten, sich vom Regen des Bußgeldes in die Traufe privater Schadensersatzklagen zu begeben, theoretisch ist – die Zahl der beim Bundeskartellamt eingehenden Bonusanträge steigt von Jahr zu Jahr.

Die Kommission bemüht sich seit gut zehn Jahren darum, private Kartellschadensersatzklagen durch einen Akt der Gesetzgebung zu fördern. Zwischenzeitlich wurde sie von nicht wenigen Mitgliedsstaaten rechts überholt. Legislative Reformen gab es unter anderem in Deutschland, Italien, Österreich, Polen und Ungarn, in anderen Ländern wie Frankreich oder Großbritannien stehen sie unmittelbar bevor. Gleichzeitig lassen sich in vielen Mitgliedsstaaten intensive forensische Aktivitäten beobachten, besonders in Deutschland, Frankreich, Großbritannien, Italien und den Niederlanden. Weil die Parteien sich häufig außergerichtlich einigen, wird mit den wenigen veröffentlichten Gerichtsentscheidungen nur die Spitze des Eisbergs sichtbar.

Die Kommission konstatiert auf den von den Mitgliedstaaten bestellten Feldern des privaten Rechtsschutzes daher kein dahinwelkendes Pflänzchen. Die Geltendmachung privater Schadensersatzansprüche ist vielmehr zu einem ernstzunehmenden Phänomen geworden. Es bedarf keiner zusätzlichen Pflege von Seiten der Kommission, um weiter zu wachsen. Im Gegenteil: in ihrem aktuellen Richtlinienvorschlag warnt die Kommission, Unternehmen könnten davon „abgeschreckt“ werden, ihr „Niederlassungsrecht und das Recht auf freien Dienstleistungs- und Warenverkehr“ in solchen Mitgliedsstaaten auszuüben, in denen sie „einem wesentlich höheren Risiko ausgesetzt sind, für Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht haftbar gemacht zu werden“ (S. 11). Die Kommission will dieses Problem mit der „Annäherung der materiell- und verfahrensrechtlichen Regelungen der Mitgliedstaaten“ lösen (S. 11).

Die von der Kommission gewünschte Annäherung verlangt von den Mitgliedsstaaten eine Anpassung an das Brüsseler Idealbild nicht nur von unten, sondern auch von oben. So strebt die Kommission in wichtigen Punkten eine Vollharmonisierung an oder versucht, Erleichterungen der privaten Rechtsdurchsetzung auf andere Weise zu deckeln. Die Kommission hat hier vor allem die Offenlegung von Beweismitteln im Blick. Zwar will die Kommission es den Mitgliedsstaaten grundsätzlich freistellen, weitergehende als die in Art. 5 des Entwurfs vorgesehenen Offenlegungspflichten zu statuieren. Eine Vollharmonisierung strebt die Kommission aber insofern an, als es um den Schutz bestimmter, besonders wichtiger Kategorien von Beweismitteln, insbesondere der Kronzeugenunterlagen, vor Offenlegung geht (Art. 5 Abs. 8 RiLi-Entw.). Ebenfalls auf eine Voll- und nicht bloß auf eine Mindestharmonisierung läuft die geplante haftungsrechtliche Privilegierung der Kronzeugen hinaus (Art. 11 Abs. 2 und 3 RiLi-Entw.). Eine Besserstellung der Kartellgeschädigten durch abweichende nationale Rechtsvorschriften wäre zukünftig unzulässig. Auch in ihrer Empfehlung zum kollektiven Rechtsschutz zeigt die Kommission sich vielen in der rechtspolitischen Diskussion befindlichen Instrumenten, die Kartellschadensersatzklagen erleichtern könnten, kritisch gegenüber. Dazu gehören Mehrfachschadensersatz, Gruppen-

klagen auf der Grundlage eines opt out-Mechanismus sowie ihre Finanzierung durch Quota litis-Vereinbarungen und Erfolgshonorare.

Die angekündigte Deckelung von Erleichterungen des privaten Rechtsschutzes steht in Widerspruch besonders zu Elementen, auf denen der private Kartellrechtsschutz in Großbritannien schon jetzt beruht. Es ist kein Geheimnis, dass viele Kläger sich (trotz hoher Verfahrenskosten) derzeit deshalb für London als Forum entscheiden, weil sie hoffen, von den dort (noch) geltenden großzügigen Discovery-Regelungen profitieren zu können (siehe schon *Brinker*, NZKart 2013, 221). Die aktuellen britischen Reformbestrebungen hin zur Einführung einer opt out-Gruppenklage im Draft Consumer Rights Bill des BIS von Juni 2013 könnten die Attraktivität dieses Gerichtsstandorts weiter erhöhen. Aber auch in diesem Bereich zeichnet sich ein Konflikt mit den Vorstellungen der Kommission zu der Frage ab, wie Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes auszugestalten sind.

Einmal verabschiedet, könnte der Richtlinie daher auch insofern Bedeutung zukommen, als sie den sich abzeichnenden Wettbewerb um den attraktivsten europäischen Gerichtsstandort für Kartellschadensersatzklagen beschränkt. Tatsächlich erschiene es nicht unproblematisch, wenn sich die Staaten der Europäischen Union (und darüber hinaus) im Wettbewerb um attraktive Kartellschadensersatzklagen gegenseitig mit dem klägerfreundlichsten Kartellzivilprozessrecht überbieten würden. In dem Maße, in dem Kläger zwischen verschiedenen Foren wählen können, drohen negative externe Effekte für die von solcher Wahl de facto ausgeschlossenen Beklagten. Ins Kalkül einstellen sollte die Kommission allerdings auch den drohenden Verlust des Ideenwettbewerbs der mitgliedstaatlichen Gesetzgeber. Gerade der aktuelle Richtlinienvorschlag hat sichtbar profitiert von Innovationen, die der aktuelle Wettbewerb der Rechtsordnungen hervorgebracht hat. Zu denken ist an die Regelung zur Ausfallhaftung des Kartellkronzeugen gegenüber Nichtvertragspartnern in Art. 11 Abs. 2 S. 2 des Richtlinienentwurfs. Diese Bestimmung ist Art. 88/D des ungarischen Kartellgesetzes nachempfunden. Die vom Unionsgesetzgeber im Wege einer Richtlinie erzwungene weitgehende Harmonisierung der nationalen Regelungen zum Kartelldeliktsrecht könnte eine wichtige Inspirationsquelle zum Versiegen zu bringen. Das wäre ein hoher Preis. Vielleicht genügt es ja, dass die Kommission mit dem Legislativpaket vom 11. Juni 2013 der Diskussion einen letzten Impuls gegeben hat und sie sich anschließend zurücklehnt. Die Erfahrung der letzten Jahre zeigt, dass die Mitgliedsstaaten auch ohne den von einer Richtlinie ausgehenden Zwang bereit sind, den privaten Rechtsschutz auf verschiedene, durchaus erfolgversprechende Weise zu fördern.

Der *Studienkreis Wettbewerb und Innovation* hat sich am 22. September 2013 in Würzburg mit den aktuellen Vorschlägen der Kommission zu privaten Kartellschadensersatzklagen beschäftigt. Das vorliegende Heft dokumentiert drei der bei dieser Gelegenheit gehaltenen Vorträge (*Krüger* über die haftungsrechtliche Privilegierung des Kronzeugen, *Bernhard* über die Bestimmung der Schadenshöhe, *Hempel* über die Empfehlung betreffend den kollektiven Rechtsschutz). Der Beitrag von *Fiedler* über den Schutz von Kronzeugen- und Settlementunterlagen (zusammen mit *Huttenlauch*) wurde schon vorab in Heft 9 veröffentlicht. ■