

Entwicklungen im Kartellschadenersatzrecht der Europäischen Union

Thiede, Thomas

Veröffentlichungsversion / Published Version

Zeitschriftenartikel / journal article

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Thiede, T. (2016). Entwicklungen im Kartellschadenersatzrecht der Europäischen Union. *HAVE : Haftung und Versicherung / REAS : responsabilité et assurance*, 1, 35-47. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-51051-5>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-NC-ND Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell-Keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

Terms of use:

This document is made available under a CC BY-NC-ND Licence (Attribution-Non Commercial-NoDerivatives). For more information see:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0>

Entwicklungen im Kartellschadenersatzrecht der Europäischen Union

Thomas Thiede*

Verstösst ein Unternehmen gegen das Kartellverbot oder gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, so haben die rechtswidrig Handelnden mit einer grossen Bandbreite möglicher Sanktionen öffentlich-rechtlicher aber auch zivilrechtlicher Natur zu rechnen: Kartellrechtliche Schadenersatzklagen durch Private werden immer bedeutender und beherrschen zunehmend die kartellrechtliche Diskussion. Vor dem Hintergrund divergierender Entwicklungen in den europäischen Mitgliedstaaten hat der europäische Gesetzgeber zwecks Ermöglichung der vollständigen Schadenskompensation von Kartellbetroffenen und zur Koordinierung zwischen behördlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung die Richtlinie 2014/104/EU¹ vorgelegt, welche die Europäischen Mitgliedstaaten in nationales Recht umsetzen müssen. Der folgende Beitrag gibt einen Überblick zur Richtlinie und analysiert ihre wichtigsten Bestimmungen.

Au cas où une entreprise viole l'interdiction des ententes ou ne respecte pas la prohibition de l'abus d'une position dominante sur le marché, ceux qui ont commis ces infractions doivent s'attendre à toute une série de sanctions juridiques potentielles de droit public ou civil: les actions en réparation engagées par des parties privées pour infraction aux règles antitrust sont de plus en plus largement répandues et dominent les discussions relevant du droit des cartels. Dans le contexte d'une évolution divergente en cette matière dans les Etats membres européens et dans le but de permettre aux parties lésées d'obtenir une réparation pleine et entière ainsi que de faciliter la coordination entre les institutions publiques et privées dans l'application du droit des cartels, le législateur européen a passé la Directive 2014/104/EU¹ qui doit être transposée en droit national par les Etats membres. L'exposé suivant donnera un bref aperçu de cette directive en analysant ses dispositions les plus importantes.

I. Einführung

Verstösst ein Unternehmen gegen das zwingende Kartellverbot bzw. gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, und verletzt so Vorschriften der Art. 101, 102 AEUV² oder des dGWB³ oder öKartG 2005,⁴ haben die Unternehmen traditionell mit möglichen Sanktionen

öffentlich-rechtlicher Natur zu rechnen: Die wichtigste und auch stark in den Medien präsente Form ist dabei die Geldbusse, welche einerseits durch die Europäische Kommission, andererseits durch die nationalen Wettbewerbsbehörden verhängt werden kann.

Die Entwicklung in Brüssel war im vorvergangenen Jahr politisch durch den Wechsel in der Person des/der Europäischen Wettbewerbskommissars(in) geprägt: Joaquín Almunia schied aus dem Amt; seine Nachfolgerin ist Margrethe Vestager. Almunias Abschlussbilanz kann sich dabei durchaus blicken lassen. In Summe wurden etwa 1,69 Milliarden Euro an Strafzahlungen erhoben,⁵ wobei im Jahr 2014 die Geldbusse von 953 Millionen Euro für ein Kartell von Autokugellagern den grössten Anteil hier-

* Dr. iur., Dipl.-Jur., LL.B., LL.M., Universitätslektor am Institut für Zivilrecht, Ausländisches und Internationales Privatrecht, Karl-Franzens-Universität Graz, Österreich; Fellow des European Centre of Tort and Insurance Law (ECTIL), Wien, Österreich; Rechtsreferendar im Sprengel des OLG Hamm, Deutschland. Der Autor kann unter <www.thomasthiede.info> kontaktiert werden.

¹ Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. 2014 L 349, 1 ff.

² Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) ABl. 2010 C 83, 47.

³ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (dGWB) dBGBl. I 2013, 1750 idF 1.10.2014, dBGBl. I 2014, 1066.

⁴ Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz 2005 – öKartG 2005) öBGBl. I Nr. 61/2005.

⁵ Vgl. BERNHARD A. KOCH/THOMAS THIEDE, European Developments 2014, in: Karner/Steininger (Hrsg.), European Tort Law 2014, Berlin/Boston 2015, 660 ff., Rz. 2 ff.

von stellt.⁶ Weitere beachtenswerte Geldbussen aus dem Jahr 2014 betrafen Hersteller von Hochspannungskabeln (302 Millionen Euro),⁷ Schaumstoffen (114 Millionen Euro),⁸ Mikrochips (138 Millionen Euro),⁹ und Finanzdienstleister (94 Millionen Euro).¹⁰

Im Verhältnis zum Kartellrecht der jeweiligen Mitgliedstaaten hat das EU-Kartellrecht grundsätzlich (Anwendungs-)Vorrang.¹¹ Das EU-Kartellrecht erfasst aber nur Tatbestände, welche zumindest in ihren Auswirkungen über die Grenzen eines Mitgliedstaates hinausreichen und insofern Bezug zum europäischen Binnenmarkt haben. Kartelle und missbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, die den zwischen(mitglied-)staatlichen Handel nicht berühren, verbleiben unter der Zuständigkeit der nationalen Gesetzgeber und der nationalen Kartellbehörden. Auch diese nationalen Kartellbehörden haben im Jahr 2014 gegen zahlreiche Unternehmen immense Geldbussen verhängt: Allein das deutsche Bundeskartellamt bilanzierte knapp 1 Milliarde Euro,¹² unter anderem gegen Bierbrauer (338 Millionen Euro),¹³ Hersteller von Zucker (280 Millionen Euro),¹⁴ und Wurst (338 Millionen Euro).¹⁵ Die französische Autorité de la concurrence sprach Rekordgeldbussen von 1,09 Milliarden Euro aus, unter anderem gegen Hersteller von Haushalts- und Hygieneprodukten.¹⁶ In Österreich gingen allein bereits 2013 gerichtlich ver-

hängte Geldbussen in der Höhe von etwa 25 Millionen Euro auf Anträge der unabhängigen Bundeswettbewerbsbehörde zurück;¹⁷ in Tschechien waren es 25 Millionen CZK.¹⁸

Wer das kartellrechtliche Verbot wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen verletzt, dem drohen nicht nur hohe Geldbussen und andere öffentlich-rechtliche Sanktionen, sondern auch zivilrechtliche Folgen, so etwa Ansprüche von Unternehmen und sonstigen nicht staatlichen, also privaten Personen, die durch den Kartellrechtsverstoss eines anderen Wirtschaftsakteurs beeinträchtigt wurden. Denkbar sind hier neben Ansprüchen, die auf Beseitigung oder künftige Unterlassung der kartellrechtswidrigen Störung gerichtet sind, namentlich solche, die auf Schadenersatz in Geld nach einem Kartellrechtsverstoss abzielen: Bereits 1964 hat der EuGH in der Rs. *Costa/ENEL*¹⁹ festgehalten, dass Rechtssubjekte der durch das europäische Primärrecht geschaffenen europäischen Rechtsordnung nicht nur die Mitgliedstaaten sind, sondern auch Einzelne, denen das Gemeinschaftsrecht Pflichten auferlegen, aber auch Rechte verleihen kann. Damit steht schon seit den 1960er-Jahren fest, dass wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen nach den Rechtsordnungen aller Mitgliedstaaten Schadenersatzansprüche Dritter auslösen können. Im Jahre 1974 hat der EuGH in der Rs. *BRT I*²⁰ sodann anerkannt, dass die (heutigen) Art. 101 und 102 AEUV in den Beziehungen zwischen Einzelnen unmittelbare Wirkungen erzeugen und unmittelbar in deren Person Rechte entstehen lassen, welche die Gerichte der Mitgliedstaaten zu wahren haben. Ursprünglich lehnte der EuGH – entgegen den Schlussanträgen des Generalanwalts (GA) Walter van Gerven²¹ – noch im Jahre 1994 in der Rs. *Banks*²² einen unmittelbar aus dem europäischen Primärrecht abgeleiteten Anspruch auf Schadenersatz ab. Erst mit der Rs. *Courage*²³ im Jahre 2001 vollzog sich eine Rechtsprechungsänderung; nach seiner nunmehr ständigen – in den Rs. *Manfredi*, *Pfleiderer*, *Otis*

⁶ E. der Kommission, 19.3.2014 (Fall AT.39922 – Bearings) Abl. 2014 C 238, 10. Hervorzuheben ist hinsichtlich dieser Entscheidung, dass JKETK (ein japanischer Hersteller) volle Immunität als Kronzeuge gewährt wurde.

⁷ E. der Kommission, 2.4.2014 (Fall AT.39610 – Power Cables) Abl. 2014 C 319, 10–15.

⁸ E. der Kommission, 29.1.2014 (Fall AT.39801 – Foam) Abl. 2014 C 354, 6.

⁹ E. der Kommission, 3.9.2014 (Fall AT.39574 – Smart Card Chips), unveröffentlicht.

¹⁰ E. der Kommission, 21.10.2014 (Fall AT.39924 – Swiss Franc Related Derivatives), unveröffentlicht. UBS und Barclays waren Kronzeugen in diesem Kartell; ihre Geldbussen i.H.v. 2,5 Milliarden Euro bzw. 690 Millionen Euro wurden im Gegenzug erlassen.

¹¹ Art. 3 Abs. 2 Satz 1 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, Abl. 2003 L 001, 1–25.

¹² BUNDESKARTELLAMT, online <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2014/23_12_2014_Jahresr%C3%BCckblick.html?nn=3591568>, besucht am 1. Dezember 2015.

¹³ BUNDESKARTELLAMT, online <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2014/02_04_2014_Fernsehbiere.html?nn=3591568>, besucht am 1. Dezember 2015.

¹⁴ BUNDESKARTELLAMT, online <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2014/18_02_2014_Zucker.html>, besucht am 1. Dezember 2015.

¹⁵ BUNDESKARTELLAMT, online <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2014/15_07_2014_Wurst.html>, besucht am 1. Dezember 2015.

¹⁶ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, E. vom 18.12.2014, 14-D-19, <<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/avisdec.php?numero=14D19>>, besucht am 1. Dezember 2015.

¹⁷ BUNDESWETTBEWERBSBEHÖRDE, Tätigkeitsbericht 2013, Wien 2014, 37.

¹⁸ ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE, Annual Report 2013, Prag 2013, 18.

¹⁹ EuGH 15.7.1964 – 6/64, *Costa/Enel*, ECLI:EU:C:1954:66; vgl. auch EuGH 5.2.1963 – 26/62, *Van Gend & Loos*, ECLI:EU:1963:1.

²⁰ EuGH 30.1.1974 – 127/73, *BRT/SABAM*, ECLI:EU:C:1974:6; vgl. auch EuGH 18.3.1997 – C-282/95 P, *Guérin automobiles/Kommission*, ECLI:EU:C: 1997:159.

²¹ Schlussanträge des GA WALTER VAN GERVEN 13.4.1994 – C-128/92, *Banks & Co/British Coal Corporation*, ECLI:EU:C:1993:860, Rz. 44, 45.

²² EuGH 13.4.1994 – C-128/92, *Banks & Co/British Coal Corporation*, ECLI:EU:C:1994:130.

²³ EuGH 20.9.2001 – C-453/99, *Courage/Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465, Rz. 26.

und Donau Chemie bestätigten²⁴ – Rechtsprechung anerkennt der EuGH einen Anspruch auf Schadenersatz unmittelbar aus dem AEUV.

Solche kartellrechtlichen Schadenersatzklagen werden zwar vermehrt vor europäischen Gerichten erhoben;²⁵ namhafte Rechtsordnungen für solche Klagen sind insbesondere Deutschland,²⁶ die Niederlande,²⁷ und das Vereinigte Königreich²⁸. Indes ist die Verfolgung kartellrechtlicher Schadenersatzklagen in zahlreichen anderen Mitgliedstaaten schwierig, wenn nicht sogar aussichtslos.²⁹ So führt die Europäische Kommission in einem Folgenabschätzungsbericht³⁰ aus, dass nach ihrer Kenntnis in lediglich einem guten Viertel aller im Zeitraum 2006–2012 durch Kommissionsentscheidungen festgestellten Verletzungen von Wettbewerbsrecht eine oder mehrere Folgeklagen (sogenannte «Follow-on-Klagen») auf Schadenersatz erhoben wurden.³¹

Zudem sind sogenannte «Stand-alone-Klagen» ohne vorausgehende Feststellung eines Verstosses durch eine Wettbewerbsbehörde äusserst rar.³² In Summe wird bislang wohl nur ein Bruchteil des durch Verstösse gegen Wettbewerbsrecht verursachten Schadens in der Höhe von geschätzten 5,6–23,3 Milliarden Euro pro Jahr³³ verfolgt, womit der rechtswidrig erlangte Vermögensvorteil wohl in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle in den Händen der Rechtsverletzer verbleibt.

Vor dem Hintergrund dieser Entwicklung in einem der zentralen Kernbereiche europäischer Politik muss es daher nicht in Erstaunen versetzen, dass der Europäische Gesetzgeber tätig wurde: Ausgangspunkt hierfür ist ein Grünbuch im Jahre 2005,³⁴ gefolgt von einem Weissbuch³⁵ im Jahre 2008. Erst fünf Jahre später hat die Europäische Kommission im Juli 2013 ein ganzes Paket von Massnahmen verabschiedet; Kernstück dieses Pakets war der Vorschlag für eine Richtlinie über Schadenersatzklagen zur Wiedergutmachung von Schäden, die durch Verstösse gegen das Wettbewerbsrecht verursacht wurden.³⁶ Begleitend dazu hat die Europäische Kommission eine Mitteilung zu den gebräuchlich-

²⁴ EuGH 13.7.2006 – verb. Rs. C-295–298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, Rz. 61; EuGH 14.6.2011 – C-360/09, *Pfleiderer*, ECLI:EU:C:2011:389; EuGH 6.11.2012 – C-199/11, *Otis u.A.*, ECLI:EU:C:684, Rz. 40; EuGH 6.6.2013 – C-536/11, *Donau Chemie*, ECLI:EU:C:2013:366, Rz. 21.

²⁵ Vgl. BERNARDO CORTESE, Private Antitrust Enforcement – Status Quo in Italy, *EuZW* 2012, 730 ff.; LAURENT GARZANITI/OLIVIER VANHULST/TONE OEYEN, Private Antitrust Enforcement – Status Quo in Belgium, *EuZW* 2012, 691 ff.; BERNHARD KOFLER-SENONER/SVEN SIEBERT, Die private Durchsetzung von kartellrechtlichen Ansprüchen – Status Quo in Österreich, *EuZW* 2012, 650 ff.; TILMAN MAKATSCH/SASCHA MIR, Die neue EU-Richtlinie zu Kartellschadenersatzklagen – Angst vor der eigenen «Courage»? *EuZW* 2015, 7 ff.; MARIUSZ MOTYKA-MOJKOWSKI, Die private Kartellrechtsdurchsetzung – Status Quo in Polen, *EuZW* 2012, 817 ff.; JOSEPH VOGEL, Die private Durchsetzung des Kartellrechts – Status Quo in Frankreich, *EuZW* 2012, 897 ff.; CHRISTIAN VOLLRATH, Das Massnahmepaket der Kommission zum wettbewerbsrechtlichen Schadenersatzrecht, *NZKart* 2013, 434 ff.

²⁶ Vgl. nur § 33 dGWB. Freilich sind auch in Deutschland längst nicht alle Fragen der Privatklagen bei Wettbewerbsverletzungen abschliessend geklärt, vgl. etwa LG DÜSSELDORF 17.12.2013, 37 O 200/09, BB 2014, 149; CHRISTIAN ALEXANDER, Wege und Irrwege – Europäisierung im Kartell- und Lauterbarkeitsrecht, *GRUR Int.* 2013, 636 ff.; JOHANNES ZÖTTL/LISA SCHLEPPER, Die private Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadenersatzansprüchen – Status Quo in Deutschland, *EuZW* 2012, 573 ff.

²⁷ Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Impact Assessment Report, COM(2013) 404 final = SWD(2013) 204 endg. (im Folgenden Folgenabschätzungsbericht), Rz. 52; JEROEN KORTMANN/CHRISTOF SWAAK, Private Antitrust Enforcement – Status Quo in the Netherlands, *EuZW* 2012, 770 ff.; MAKATSCH/MIR (Fn. 25), 7; WOLFGANG MEDERER, Richtlinienvorschlag über Schadenersatzklagen im Bereich des Wettbewerbsrechts, *EuZW* 2013, 847 ff., 848.

²⁸ Vgl. nur sec. 47A Competition Act 1998. Angesichts schedule 8 Draft Consumer Rights Bill sind weitere klägerfreundliche Änderungen im Competition Act 1998 und Enterprise Act 2002 zu erwarten, so etwa hinsichtlich Competition Appeals Tribunal (CAT) als zentrales Gericht für private Kartellschadenersatzklagen. KOCH/THIEDE (Fn. 5), Rz. 2 Fn. 13; SEBASTIAN PEYER, Die private Durchsetzung von kartellrechtlichen Ansprüchen – Status Quo in England und Wales, *EuZW* 2012, 617 ff.

²⁹ Vgl. kritische Bestandsaufnahme von GERALD MÄSCH, Private Ansprüche bei Verstösse gegen das europäische Kartellverbot – «Courage» und die Folgen, *EuR* 2003, 823 ff., 825.

³⁰ EUROPÄISCHE KOMMISSION, Folgenabschätzungsbericht, SWD(2013) 204 endg.

³¹ In 15 von 54 Fällen, EUROPÄISCHE KOMMISSION, Folgenabschätzungsbericht SWD(2013) 204 endg., Rz. 52.

³² MEDERER (Fn. 27), 848; FRANZ URLESBERGER/VALERIE DITZ, EuGH kippt österreichische Regelung über die Akteneinsicht im Kartellverfahren, *ÖZK* 2013, 135 ff., 138.

³³ EUROPÄISCHE KOMMISSION, Folgenabschätzungsbericht SWD(2013) 204 endg., Rz. 67, 102, 172.

³⁴ EUROPÄISCHE KOMMISSION, Grünbuch, Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM(2005) 672 endg.

³⁵ EUROPÄISCHE KOMMISSION, Weissbuch, Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, KOM(2008) 165 endg.

³⁶ EUROPÄISCHE KOMMISSION, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, KOM(2013) 404 endg., Aus der (abundanten) Literatur zum Entwurf m.w.N.: LILLY FIEDLER, Der aktuelle Richtlinienvorschlag der Kommission – der große Wurf für den kartellrechtlichen Schadenersatz? *BB* 37/2013, 2179 ff.; LILLY FIEDLER/ANNA HUTTENLAUCH, Der Schutz von Kronzeugen- und Settlementerklärungen vor der Einsichtnahme durch Dritte nach dem Richtlinien-Vorschlag der Kommission, *NZKart* 2013, 350 ff.; ANNELI HOWARD, Too little, too late? The European Commission's Legislative Proposals on Anti-Trust Damages Actions, *JECLAP* 2013, Vol. 4, No. 6, 455 ff.; BERNHARD A. KOCH/THOMAS THIEDE, European Union in: Karner/Steininger (Hrsg.), *European Tort Law (ETL)* 2013, Berlin/Boston 2014, 699, Rz. 3; STEPHAN POLSTER/ANNA-ZOE STEINER, Zur Passing-on defense im österreichischen Kartellschadenersatzrecht, *ÖZK* 2014, 43 ff.; MEDERER (Fn. 27), 847 ff.; ERIKA RITTENAUER/KATHARINA BRÜCKNER, Sonderschadenersatzrecht für Kartellgeschädigte, *wbl* 2014, 301 ff.; FLORIAN SCHUHMACHER, Schadenersatzklagen im Wettbewerbsrecht – der Richtlinienvorschlag der Kommission, *ecolox* 2014, 193 ff.; ANDREAS SCHWAB, Finding the Right Balance – the Deliberations of the European Parliament on the Draft Legislation Regarding Damage Claims, *JECLAP*, 2014, Vol. 5, No. 2, 65 ff.; ANNA-ZOE STEINER, Der neue RL-V der Kommission zum Private Enforcement, *ecolox* 2013, 1000 ff.; ANDREAS WEITBRECHT, Schadenersatzansprüche der Unternehmer und Verbraucher wegen Kartellverstößen, *NJW* 2012, 881 ff.

ten ökonomischen Methoden zur Quantifizierung von Kartellrechtsschäden bei Schadenersatzklagen in Folge von Wettbewerbsverstößen vorgelegt,³⁷ die von einer Empfehlung zum kollektiven Rechtsschutz³⁸ sowie einem umfangreichen «Praktischen Leitfaden»³⁹ ergänzt wird.

Der EU-Ministerrat stimmte dem Richtlinienvorschlag am 10.11.2014 zu;⁴⁰ das Europäische Parlament billigte den Vorschlag ebenfalls und der Präsident des Europäischen Parlaments unterzeichnete die Richtlinie am 26.11.2014. Jetzt sind die Europäischen Mitgliedstaaten am Zug. Sie müssen die Richtlinie über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union (im Folgenden: RiLi oder Richtlinie) innerhalb von zwei Jahren nach Inkrafttreten,⁴¹ d.h. bis zum 27.12.2016 in nationales Recht umsetzen.

II. Typische Fallkonstellation

Die praktisch häufigste und die diesem Beitrag zugrunde liegende Fallkonstellation ist die folgende: Die Unternehmen einer Branche haben über Jahre ein Kartell praktiziert; sie haben horizontale Vereinbarungen⁴² oder vertikale Vereinbarungen⁴³ getroffen oder ein oder mehrere marktbeherrschende Unternehmen haben wettbewerbswidrig ihre Marktmacht missbraucht⁴⁴, um so höhere Preise zu erzielen, als bei funktionierendem Wettbewerb aller Voraussicht nach hätten erzielt werden können. Das Kartell ist von einer Behörde oder (praxisnäher)

von einem Mitkartellanten aufgedeckt worden; die Kartellanten sind von der Kartellbehörde mit hohen Bussgeldern belangt worden.⁴⁵ Die Mehrzahl der kartellbeteiligten Unternehmen hat im Laufe des behördlichen Verfahrens die Beteiligung zugegeben, um von einer Kronzeugenregelung zu profitieren oder andere Bonusregelungen zu nutzen.⁴⁶

III. Die Richtlinie im Überblick

Die Rechtsgrundlage der Richtlinie sind die Artikel 103 AEUV (Wettbewerb) und 114 AEUV (Binnenmarkt). Diese Doppelung wurde nötig, weil – wie eingangs gezeigt – die Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Vorschriften sowohl Schadenersatzklagen bei Verstößen gegen EU-Wettbewerbsrecht als auch gegen das nationale Wettbewerbsrecht betrifft; für die Harmonisierung der nationalen Vorschriften wäre die Rechtsgrundlage des Art. 103 AEUV nicht hinreichend gewesen.⁴⁷

Methodisch basiert die Richtlinie ganz augenscheinlich auf der Idee, einen einheitlichen europäischen Ansatz zu schaffen, zugleich jedoch allfällige Eingriffe in das nationale Verfahrens- und Haftpflichtrecht hintanzuhalten. Vorrangige Zielsetzung der Richtlinie ist es, Geschädigten effektive Klagemöglichkeiten als Mittel zur Erlangung vollständigen Ersatzes sowohl ihrer eingetretenen Vermögensschäden als auch ihres entgangenen Gewinns nebst Zinsen zu ermöglichen.⁴⁸ Dies ist freilich keineswegs ein Novum, sondern durch den EuGH bereits in der E. Manfredi⁴⁹ so ausgesprochen worden. Neben der Schaffung solcher Klagemöglichkeiten sollen, so die Richtlinie, Möglichkeiten zur einvernehmlichen Streitbeilegung gefördert werden.⁵⁰

Die Richtlinie besteht aus insgesamt 24 Artikeln, die ein einleitendes (Gegenstand, Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen) und fünf weitere Kapitel umfassen, namentlich die Offenlegung von Beweismitteln (Kapitel II), die Wirkung nationaler Entscheidungen, Verjährung und die gesamtschuldnerische Haftung (Kapitel III), die Abwälzung des Preisaufschlags (Kapitel IV), die Ermittlung des Schadensumfangs (Kapitel V), die einvernehmliche Streitbeilegung (Kapitel VI) sowie die Schlussbestimmungen (Kapitel VII).

³⁷ EUROPÄISCHE KOMMISSION, Mitteilung zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadenersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. 2013 C 167, 19 ff.

³⁸ EUROPÄISCHE KOMMISSION, Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadenersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten, ABl. 2013 L 201, 60 ff.

³⁹ EUROPÄISCHE KOMMISSION, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadenersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Art. 102 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, SWD(2013) 205 ff.

⁴⁰ Polen, Slowenien und Deutschland haben sich dabei wegen Unzufriedenheit mit den Regelungen zur gesamtschuldnerischen Haftung im Rat enthalten, vgl. Ratsdokument 14680/14 ADD 1 = 2013/0185 (COD).

⁴¹ Art. 23 RiLi.

⁴² So etwa durch eine gemeinsame Festsetzung von Verkaufspreisen, koordinierte Einschränkung der Produktion oder mittels Aufteilung von Märkten in territorialer Hinsicht, vgl. mit wohl a.A. RITTENAUER/BRÜCKNER (Fn. 36), 309.

⁴³ So etwa durch Beschränkungen des Einzelhandels, die eigenen Verkaufspreise festzusetzen oder in einem selektiven Vertriebsystem passive Verkäufe an Endverbraucher vorzunehmen, sowie durch Alleinbezugs- und Alleinvertriebsverträge.

⁴⁴ So etwa durch Behinderungs- und Ausbeutungsstrategien gegenüber Wettbewerbern und Lieferanten.

⁴⁵ Es macht für die hier zu erörternde Frage dabei im Ergebnis keinen Unterschied, ob das Verfahren von der Kommission oder den nationalen Wettbewerbsbehörden geführt worden war. WEITBRECHT (Fn. 36), 881.

⁴⁶ Vgl. etwa Nachweise in Fn. 6, 10.

⁴⁷ Vgl. ErwGr. 8 a.E., 9 RiLi.

⁴⁸ Art. 4, Art. 2 Abs. 2 RiLi; ErwGr. 12 RiLi.

⁴⁹ EuGH 13.7.2006 – verb Rs. C-295–298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461.

⁵⁰ Art. 18–19 RiLi.

Aus praktischer Perspektive sind die Regelungen zur Offenlegung von Beweismitteln in Schadenersatzverfahren bereits hier hervorzuheben: Die Akteure haben die Möglichkeit, Beweismittel der Wettbewerbsbehörden zu erlangen und in der Folge auch vor Gericht zu verwenden. Was aus Sicht des Praktikers erfreulich ist, ist aus Sicht der europäischen und nationalen Wettbewerbsbehörden durchaus problematisch; oftmals werden Kartelle nur durch (spätere) Kronzeugen aufgedeckt. Um Kronzeugen zu schützen (und damit auch weiterhin einen Anreiz zur Aufdeckung wettbewerbswidrigen Verhaltens aufrechtzuerhalten), finden sich in der Richtlinie spezifische Normen,⁵¹ die das Zusammenspiel zwischen behördlicher und privater Durchsetzung der Einhaltung des Wettbewerbsrechts regeln.⁵²

IV. Die Richtlinie im Einzelnen

A. Passivlegitimation

Nach Art. 1 Abs. 1 RiLi sind jedwede Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen passivlegitimiert; die Richtlinie verwendet den gefestigten europäischen Unternehmensbegriff. Der Methode einer Richtlinie nach Art. 288 AEUV folgend wird damit der europäische Unternehmerbegriff in die mitgliedstaatlichen Haftpflicht-, Wettbewerbs- und Prozessrechte eingeführt.⁵³

Als durchaus positiv hervorzuhebende Folge dieser Harmonisierung ist die Geltung der EuGH-E. in der Rs. Akzo hervorzuheben.⁵⁴ Die in dieser Rs. zu klärende Frage war die Haftung einer Muttergesellschaft für ein Kartellvergehen ihrer Tochter. Unstrittig ist, dass dies jedenfalls dann angenommen werden muss, wenn die Konzernmutter bestimmen Einfluss auf die Tochtergesellschaft ausübt; nach Ansicht des EuGH besteht weiters die widerlegliche Vermutung dahingehend, dass im Fall einer 100% Kapitalbeteiligung einer Muttergesellschaft an ihrer Tochtergesellschaft die Muttergesellschaft einen bestimmenden Einfluss auf das Verhalten der Tochtergesellschaft ausübt. Ferner wird der Muttergesellschaft das Verhalten ihrer Tochtergesellschaft insbesondere dann zugerechnet, wenn die Tochtergesellschaft trotz eigener Rechtspersönlichkeit ihr Marktverhalten nicht autonom bestimmt, sondern im Wesentlichen Weisungen der Muttergesellschaft befolgt. Der unmittelbare praktische Vorteil der

Geltung dieser Rechtsprechung im Kartellverfahren liegt nun darin, dass in Hinkunft Konzernmütter ihre kartellbeteiligten Tochtergesellschaften nicht in Insolvenz gehen lassen können, um sich der zivilrechtlichen Haftung zu entziehen. Dem Kläger steht folglich nicht nur die Haftungsmasse der nationalen kartellbeteiligten Tochter zur Verfügung, sondern auch die Haftungsmasse der Konzernmutter.⁵⁵

B. Aktivlegitimation; «Passing-on-Einwendung»

Art. 2 RiLi enthält eine Regelung zum Kreis der Anspruchsberechtigten. Dieser wird im Einklang mit der sogenannten «Jedermann-Formel» des EuGH definiert,⁵⁶ erfasst sind alle Unternehmen und natürlichen Personen, die aufgrund eines Verstosses gegen europäisches oder nationales Kartellrecht einen Schaden erlitten haben.

Nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Art. 12 RiLi umfasst dies auch mittelbar Geschädigte, also das Zusammenspiel zwischen direkten und indirekten Abnehmern: Führt ein Kartell zu überhöhten Verkaufspreisen für eine Ware, sind davon oftmals nicht nur die direkten Abnehmer eines Kartellteilnehmers betroffen. In einer Vielzahl von Fällen werden Waren über mehrere Absatzstufen, teils nach Weiterverarbeitung, veräußert. Kann der Direktabnehmer den kartellrechtswidrig überhöhten Preis wiederum an seine Abnehmer weiterreichen, entsteht auch bei diesen indirekten Abnehmern ein Vermögensschaden. Diese Frage der Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer war in den europäischen Mitgliedstaaten bisher überwiegend strittig; der deutsche BGH hat etwa erst im Gefolge der E. ORWI im Jahr 2011 eine solche Anspruchsberechtigung bejaht.⁵⁷

Wie gezeigt, ist die Frage der Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer eng verknüpft mit dem Schaden des direkten Abnehmers, also etwa des Zwischenhändlers. Anders gewendet, heisst dies zunächst nur, dass der indirekte Abnehmer nur dann einen Schaden erleidet, wenn der Abnehmer auf vorheriger Stufe den kartellrechtswidrig über-

⁵¹ Art. 6 Abs. 6 lit. a, Art. 11 Abs. 4–6 RiLi.

⁵² ErwGr. 24, 26 und 27 RiLi.

⁵³ CHRISTIAN KERSTING, Die neue Richtlinie zur privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht, WuW 2014, 564 ff., 565; MAKATSCH/MIR (Fn. 25), 7.

⁵⁴ EuGH 10.9.2009 – C-97/08 P, Akzo/Kommission, ECLI:EU:C:2009:536, Rz. 59.

⁵⁵ ErwGr. 11 RiLi; KERSTING (Fn. 53), 565; MAKATSCH/MIR (Fn. 25), 7; vgl. auch VOLLRATH (Fn. 25), 438 zum Nexus zwischen Passivlegitimation im Bussgeldverfahren und in der Schadenersatzklage, hinsichtlich eines Anpassungsbedürfnisses im deutschen Recht zweifelnd PETER STAUBER/HANNO SCHAPER, Die Kartellschadenersatzrichtlinie – Handlungsbedarf für den deutschen Gesetzgeber?, NZKart 2014, 346 ff., 347.

⁵⁶ EuGH 20.9.2001 – C-453/99, Courage/Crehan, ECLI:EU:C:2001:465, Rz. 26.

⁵⁷ BGH 28.6.2011 – KZR 75/10, ORWI, BGHZ 190, 145, Tz. 20 f. = BeckRS 2011, 26 581 = BB 2012, 75 = EuZW 2012, 103 = GRUR 2012, 291 (Anm. ACKERMANN, FRANCK) = GRUR-Prax 2011, 543 (Anm. SEITZ) = GWR 2012, 10 (Anm. HOOGHOFF) = JuS 2012, 847 (Anm. EMMERICH) = JZ 2012, 789 = NJW 2012, 103 = WRP 2012, 209 = WuW 2012, 57 = ZIP 2012, 390.

höhten Preis an seine Kunden, d.h. die indirekten Abnehmer, weitergereicht hat. Wenn jedoch der Anspruchsteller seinen Schaden auf die nachfolgende Marktstufe abwälzen kann, ist er in diesem Umfang nicht geschädigt. Man spricht von der Vorteilsausgleichung oder der «Passing-on-Einwendung».⁵⁸

Die Richtlinie sieht in ihrem Art. 13 eine solche Passing-on-Einwendung vor; die beklagten kartellbeteiligten Unternehmen können vortragen, dass der klagende Zwischenhändler den Preisaufschlag weitergegeben hat. Die Beweislast für die Weitergabe des Preisaufschlags trifft dabei die beklagten Kartellisten; diese können freilich ihrerseits Offenlegung vom Kläger oder von Dritten verlangen. Zudem sollen nach Art. 12 Abs. 5 RiLi die befassten Gerichte den Umfang der Weitergabe des Preisaufschlags schätzen können. Der Normzweck ist dabei zwar unmittelbar einleuchtend – klagende Zwischenhändler sollen nicht überkompensiert werden.⁵⁹ Freilich läuft diese Ausgestaltung m.E. Gefahr, den Beklagten einen zu weit gehenden Vorteil zu gewähren: Einerseits muss angesichts der Möglichkeit der Schätzung des Preisaufschlags des klagenden Zwischenhändlers kein Vollbeweis durch die Beklagten erbracht werden, andererseits haben sie mit der Möglichkeit der Offenlegung beim Kläger eine Möglichkeit, das Verfahren zu verzögern, interne Daten des Klägers zu erhalten und eine Drohkulisse mit dem Ziel des Abschlusses eines Vergleichs aufzubauen.

C. Schaden

Der für Kläger ausschlaggebende Anreiz eine Klage zu führen, liegt klarerweise in der zu erlangenden Entschädigung. Übereinstimmend mit den EuGH-E. *Courage* und *Manfredi*⁶⁰ soll vollständiger Schadenersatz verlangt werden können. Sedes materiae ist zunächst Art. 3 Abs. 1 RiLi, danach kann «jede natürliche oder juristische Person, die einen durch eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht verursachten Schaden erlitten hat, den vollständigen Ersatz dieses Schadens verlangen und erwirken». Zu einem solchen vollständigen Schadenersatz zählt auch der Ersatz des entgangenen Gewinns (*lucrum cessans*) nebst Zinsen ab Schadensentstehung;⁶¹ es

wird sich gerade bei Kartellen, die über einen langen Zeitraum laufen, um erhebliche Summen handeln.⁶²

Die Ermittlung des Schadensumfangs bei Wettbewerbsverstößen zählt zu einer der schwierigsten Hürden in Schadenersatzprozessen, sodass der europäische Gesetzgeber auch in dieser Frage Handreichungen gibt, aber auch Anpassungen im mitgliedstaatlichen Recht verlangt: Ausweislich der Erwägungsgründe 45 und 46 sei davon auszugehen, dass die Quantifizierung kartellrechtlicher Schäden in Bezug auf die Sachverhaltsfeststellung und -bewertung sehr aufwendig sei und die Anwendung komplexer ökonomischer Modelle erfordere; Datenbeschaffung und Berechnung seien zudem teuer und benötigten Fachleute. Daher soll zunächst der «Praktische Leitfaden» der Kommission die Ermittlung der kartellbedingten Schadenshöhe vereinfachen und insbesondere ein einheitliches Vorgehen der Mitgliedstaaten im Bereich der Schadensermittlung gewährleisten.⁶³ Darüber hinaus sieht die Richtlinie vor, dass nationale Wettbewerbsbehörden Gerichte bei der Schadensquantifizierung unterstützen können.⁶⁴ Indes hatte der Folgenabschätzungsbericht ergeben,⁶⁵ dass in etwa 95% der erfassten Kartelle Preisaufschläge jedenfalls vorliegen, sodass die Richtlinie noch einen entscheidenden Schritt weiter geht: Es besteht ausweislich Art. 17 Abs. 2 RiLi eine widerlegliche Vermutung, dass die Zuwiderhandlung in Form von Kartellen einen Schaden verursacht hat.

Erwartungsgemäss wird diese Vermutungsregel aus österreichischer Sicht vehement hinterfragt,⁶⁶ weil dort haftpflichtrechtliche Denkstrukturen ihren Ausgangspunkt im Eintritt eines Schadens nehmen,⁶⁷ für welchen der Kläger jedenfalls beweispflichtig ist. Aus österreichischer Perspektive stellt daher die Schadensvermutung einen recht erheblichen Eingriff in das nationale Schadenersatzrecht dar. Wenn eine europäische Regelung einen so erheblichen Einfluss auf ein nationales Schadenersatzrecht hat, ist es oft nützlich, den gerade dort vertretenen Einschränkungen Rechnung zu tragen: So ist es m.E. zwar zweifelhaft, ob das vorgebrachte Argument, wonach etwa ein Quotenkartell nicht

⁵⁸ Vgl. ausführlich und m.w.N. POLSTER/STEINER (Fn. 36), 43 sowie BGH 28.6.2011 – KZR 75/10, *ORWI*, BGHZ 190, 145; COURT OF APPEAL [2008] EWCA Civ 1086, Rz. 109, 114, 147, 151 – *Devenish Nutrition v. Sanofi-Aventis SA (France and others)*; HIGH COURT OF JUSTICE (Chancery division) [2009] EWHC 741 (Ch), Rz. 36 – *Emerald Supplies v. British Airways*.

⁵⁹ Vgl. Art. 12 Abs. 2 RiLi.

⁶⁰ EuGH 20.9.2001 – C-453/99, *Courage/Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465; EuGH 13.7.2006 – verb. Rs. C-295–298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461.

⁶¹ Art. 3 Abs. 2, Art. 12 Abs. 3 RiLi; EuGH 13.7.2006 – verb. Rs. C-295–298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, Rz. 97.

⁶² KOCH/THIEDE (Fn. 5), Rz. 5.

⁶³ EUROPÄISCHE KOMMISSION, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadenersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Art. 102 oder 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, SWD(2013) 205.

⁶⁴ Art. 17 Abs. 3 RiLi.

⁶⁵ EUROPÄISCHE KOMMISSION, Folgenabschätzungsbericht SWD(2013) 204 endg.

⁶⁶ RITTENAUER/BRÜCKNER (Fn. 36), 309.

⁶⁷ Vgl. HELMUT KOZIOL/RUDOLF WELSER, Bürgerliches Recht II, 13. Aufl., Wien 2007, 303; STEFAN PERNER/MARTIN SPITZER/GEORG KODEK, Bürgerliches Recht, 4. Aufl., Wien 2014, 288.

zwangsläufig einen Schaden für die anderen Marktteilnehmer bedeute,⁶⁸ wirklich verfängt, schliesslich handelt es sich doch – bei gebotener autonomer Auslegung⁶⁹ – um ein Produktionskartell. Zutreffend ist aber immerhin, dass der Schadensnachweis in jedwedem Schadenersatzprozess mit gewissem Komplexitätsgrad immer ein erhebliches Problem darstellt, und folglich gehäuft ökonomischen Sachverstand (nebst erforderlicher Kosten) erfordert. Die Richtlinie könnte folglich als schlechtes Beispiel für zukünftige Rechtsvereinheitlichungsprojekte des europäischen Gesetzgebers dienen. Stichhaltig ist ferner der Hinweis, dass angesichts dessen zahlreiche Mitgliedstaaten die Schadensvermutung ausserordentlich eng ausgestalten und dezidiert auf Kartelle beschränken sollten.⁷⁰

Ist die Hürde des Nachweises (irgend-)eines Schadens durch ein Kartell genommen, ist aus ganz praktischer Sicht zum Abschluss auf die Regelung des Art. 17 Abs. 1 RiLi hinzuweisen, wonach die Mitgliedstaaten sicherstellen müssen, dass die Ermittlung des Schadensumfangs und die Beweisrichtung bei ihrer Feststellung dem Geschädigten die Ausübung seines Rechts auf Schadenersatz nicht praktisch unmöglich macht oder übermässig erschwert. Mitgliedstaatliche Gerichte sollen daher zuletzt die Befugnis haben, die Höhe des Schadens zu schätzen, wenn erwiesen ist, dass ein Kläger einen Schaden erlitten hat, es jedoch praktisch unmöglich oder übermässig schwierig ist, die Höhe des erlittenen Schadens aufgrund der vorhandenen Beweismittel genau zu beziffern.

D. Offenlegung von Beweismitteln

Ist der für (potenzielle) Kläger ausschlaggebende Anreiz, eine Klage zu führen, angesichts der zu erlangenden Entschädigung ausreichend, muss das Prozessrisiko erwogen werden: In den hier diskutierten Fällen ist wohl mit einer zweistelligen Zahl an Streithelfern auf Beklagtenseite und einer entsprechenden Kostenexplosion⁷¹ zu rechnen, so dass es für die Bewertung des Prozessrisikos ganz entscheidend auf die zur Verfügung stehenden Beweismittel für Rechtsgutsverletzung, Schaden

und Kausalität ankommt. Diese Beweismittel sind jedoch knappes Gut.⁷² Weder Pressemitteilungen der europäischen oder nationalen Kartellbehörden noch die öffentliche Berichterstattung enthalten hinreichende gerichtsfeste Informationen; auch Auskünfte der nationalen Behörden sind derzeit beschränkt: dem Vernehmen nach erhalten Kläger bis dato allenfalls Einsicht in den Aktenindex und in geschwärzte Bussgeldbescheide, jeweils mit kaum verwertbaren Angaben.⁷³ Nachvollziehbarerweise sehen potenzielle Kläger angesichts dieser Situation von einer Klage ab.

Entsprechende Beweismittel sind allerdings in der Welt, weshalb der europäische Gesetzgeber Beweismittel der Zuwiderhandlung gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften in den Händen der Beklagten, Dritter und in den Händen der Wettbewerbsbehörden⁷⁴ zugänglich macht: Art. 5 und 6 RiLi sehen eine Befugnis staatlicher Gerichte vor, gegenüber Wettbewerbsbehörden, dem Beklagten und Dritten die Offenlegung von Beweismitteln und relevanten Kategorien von Beweismitteln⁷⁵ anzuordnen und deren Nichtoffenlegung widrigenfalls mit Sanktionen zu belegen⁷⁶.

Um allfälligen Ausforschungsanträgen vorzubeugen ist für die Offenlegung ein substantiiert begründeter Antrag erforderlich, der den Schadenersatzanspruch plausibel stützt.⁷⁷ Aus demselben Grund ist das Gericht nach Art. 5 Abs. 3 RiLi dazu angehalten, zusätzlich zur Prüfung der Erforderlichkeit der Offenlegung eine Verhältnismässigkeitsprüfung vorzunehmen, bei der die Wahrscheinlichkeit der Zuwiderhandlung, Umfang und Kosten der Offenlegung und die Regelung des Schutzes vertraulicher Informationen zu berücksichtigen sind. Nach Abs. 4 S. 2 RiLi sind vertrauliche Informationen jedenfalls zu schützen und nach Abs. 7 betroffene Parteien vor einer Offenlegung anzuhören. Art. 6 RiLi ergänzt diese allgemeinen Erwägungen zur Offenlegung

⁶⁸ RITTENAUER/BRÜCKNER (Fn. 36), 309.

⁶⁹ EUGH 16.5.2013 – C-228/11, *Melzer/MF Global UK Ltd*, ECLI:EU:C:2013:305, Rz. 32-35; EUGH 21.6.1978 – 150/77, *Bertrand*, ECLI:EU:1978:1431, Rz. 14-16; EUGH 17.6.1992 – C-26/91, *Handte*, ECLI:EU:C:1992:268, Rz. 19; EUGH 19.1.1983 – C-89/91, *Shearson Lehman Hutton*, ECLI:EU:C:1993:15, Rz. 13; EUGH 3.7.1997 – C-269/95, *Benincasa*, ECLI:EU:C:1997:337, Rz. 12; EUGH 27.4.1999 – C-99/96, *Mietz*, ECLI:EU:C:1999:202, Rz. 26; EUGH 11.6.2002, C-96/00, *Gabriel*, ECLI:EU:C:2002:436.

⁷⁰ RITTENAUER/BRÜCKNER (Fn. 36), 309.

⁷¹ MARTIN BUNTSHECK, «Private Enforcement» in Deutschland: Einen Schritt vor und zwei Schritte zurück, WuW 2013, 947 ff., 955; MAKATSCH/MIR (Fn. 25), 8; MEDERER (Fn. 27), 848; WEITBRECHT (Fn. 36), 883.

⁷² ErwGr. 14 und 45 RiLi.

⁷³ MAKATSCH/MIR (Fn. 25), 8.

⁷⁴ Vgl. hierzu insb. EuGH 14.6.2011 – C-360/09, *Pfleiderer*, ECLI:EU:C:2011:389, Rz. 23; EuGH 6.6.2013 – C-536/11, *Donau Chemie*, ECLI:EU:C:2013:366, Rz. 25.

⁷⁵ Art. 5 Abs. 2, Art. 6 Abs. 9 RiLi.

⁷⁶ Art. 8 RiLi.

⁷⁷ Alle Beweismittel oder Beweismittelkategorien sind so genau wie möglich zu bestimmen. Der Kläger hat die mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Tatsachen und Beweismittel darzulegen, aus denen sich plausible Gründe für den Verdacht einer Zuwiderhandlung gegen Wettbewerbsrecht sowie das Vorliegen eines Schadens und eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen Zuwiderhandlung und Schaden ergeben. Befinden sich Beweismittel in der Sphäre eines Dritten oder der Beklagten, muss die Relevanz zur Substantiierung des eigenen Anspruchs nachgewiesen werden. KOCH/THIEDE (Fn. 5), Rz. 8; MAKATSCH/MIR (Fn. 25), 9; MEDERER (Fn. 27), 849.

von Beweismitteln um spezielle Bestimmungen zur gerichtlichen Offenlegung von Beweismitteln aus wettbewerbsbehördlichen Akten.

Zu beachten ist dabei die Problematik der Kronzeugenprogramme, die auch den EuGH beschäftigt hatte: Österreichische Wettbewerbsbehörden hatten sich – unter Verweis auf Kronzeugenprogramme und die entsprechende Regelung des § 39 Abs. 2 des österreichischen Kartellgesetzes, welche die Einsicht in die Gerichtsakten «von der Zustimmung des Verletzers der Wettbewerbsregeln»⁷⁸ abhängig machte – den Zugang zu entsprechenden Beweismitteln verweigert. Der EuGH hielt diesbezüglich fest, dass es «in Ermangelung einer verbindlichen unionsrechtlichen Regelung»⁷⁹ dem einzelstaatlichen Gericht obliegt, «auf der Grundlage des jeweiligen nationalen Rechts unter Abwägung der unionsrechtlich geschützten Interessen zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen dieser Zugang zu gewähren oder zu verweigern ist»⁸⁰. Überdies kam der EuGH zu dem Schluss, dass selbst Erwägungen des Schutzes der Kronzeugenprogramme «es ... nicht verlangen, dass dieser Zugang systematisch verweigert werden kann», und formulierte auslegungsbedürftige⁸¹ Prüfungsmaßstäbe.⁸²

Im Interesse der Rechtssicherheit und des vom EuGH geforderten einheitlichen europäischen Ansatzes legt nun Art. 6 RiLi fest, welche Dokumente durch die nationalen und europäischen Wettbewerbsbehörden dauerhaft bzw. zeitlich befristet zu schützen oder offenzulegen sind. Zwangsläufig rückt die Regelung den Umgang mit Kronzeugen und ihren Aussagen in den Vordergrund; die für die Aufdeckung von Kartellen durch Wettbewerbsbehörden entscheidende freiwillige Zusammenarbeit von Unternehmen soll nicht dadurch infrage gestellt werden, dass Unternehmen aus Furcht vor möglicher späterer Offenlegung geringere Bereitschaft zeigen, als Kronzeugen aufzutreten. Demgemäss untersagt Art. 6 Abs. 6 RiLi die gerichtliche Offenlegung von «Kronzeugenerklärungen»⁸³ und

«Vergleichsausführungen».⁸⁴ Allerdings hat sich das befassende mitgliedstaatliche Gericht auf begründeten Antrag des Klägers zu versichern, dass es sich tatsächlich um Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen im Sinne der ausführlichen Erläuterungen zu den jeweiligen Begriffen in Art. 2 Rz. 16 und Rz. 18 RiLi handelt; der entsprechende Dokumenteninhalte darf dabei nicht weitergegeben werden, und den Verfassern muss auch hier die Möglichkeit der Anhörung gegeben werden. Dem Schutz des behördlichen Wettbewerbsverfahrens soll ferner die Regelung des Art. 6 Abs. 5 RiLi dienen, wonach bestimmte Informationen nach Beendigung des behördlichen Verfahrens offengelegt werden dürfen; dazu gehören Informationen, die für wettbewerbsbehördliche Verfahren erstellt wurden,⁸⁵ von der Wettbewerbsbehörde erstellte und den Parteien übermittelte Informationen⁸⁶ und zurückgezogene Vergleichsausführungen. Im Vergleich zu den Vorschriften des Art. 5 werden nach Art. 6 Abs. 4 RiLi erhöhte Anforderungen an die Verhältnismässigkeitsprüfung bei der Offenlegung wettbewerbsbehördlicher Beweismittel gestellt: Der Antrag der Kläger muss hinreichend spezifisch sein und ferner «die Wirksamkeit der öffentlichen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts ... wahren.» Ferner dürfen die Informationen nicht auf anderem Weg mit zumutbarem Aufwand erlangbar sein.⁸⁷ Für Beweismittel, die durch Einsicht in die Akten einer Wettbewerbsbehörde erlangt wurden, enthält Art. 7 RiLi Einschränkungen, welche identisch zu jenen des Art. 6 RiLi sind, um allfällige Umgehungsversuche auf diesem Wege zu unterbinden. Um auch einen Handel mit Beweismitteln auszuschliessen, beschränkt Art. 7 Abs. 2, 3 RiLi überdies die Verwendung von ausschliesslich durch Akteneinsicht erlangten Beweismitteln auf die Person, die Akteneinsicht hatte oder in die Rechte der ursprünglich einsichtsberechtigten Person eingetreten ist oder deren Anspruch erworben hat.⁸⁸

darlegt und die eigens zu dem Zweck formuliert wurde, im Rahmen eines Kronzeugenprogramms bei der Wettbewerbsbehörde den Erlass oder eine Ermässigung der Geldbusse zu erwirken, oder eine Aufzeichnung dieser Darlegung; dies umfasst nicht bereits vorhandene Informationen, Art. 2 Ziff. 16 RiLi.

⁷⁸ Zum Sachverhalt ausführlich: Schlussanträge des GA NIILU JÄÄSKINEN – C-536/11, *Donau Chemie*, ECLI:EU:C:2013:67, Rz. 51.

⁷⁹ EuGH 14.6.2011 – C-360/09, *Pfleiderer*, ECLI:EU:C:2011:389, Rz. 23; vgl. auch EuGH 6.6.2013 – C-536/11, *Donau Chemie*, ECLI:EU:C:2013:366, Rz. 25.

⁸⁰ EuGH 14.6.2011 – C-360/09, *Pfleiderer*, ECLI:EU:C:2011:389, Rz. 32.

⁸¹ CHRISTIAN KERSTING, Anmerkung zu C-536/11, JZ 2013, 737 ff., 739; ROLF HEMPEL, Einsicht in Kartellverfahrensakten nach der Transparenzverordnung – Neues aus Luxemburg, EuZW 2014, 29 ff.

⁸² Vgl. EuGH 6.6.2013 – C-536/11, *Donau Chemie*, ECLI:EU:C:2013:366, Rz. 43.

⁸³ «Kronzeugenerklärung» ist eine freiwillige mündliche oder schriftliche Darlegung seitens oder im Namen eines Unternehmens oder einer natürlichen Person gegenüber einer Wettbewerbsbehörde, in der das Unternehmen oder die natürliche Person seine bzw. ihre Kenntnis von einem Kartell und seine bzw. ihre Beteiligung daran

⁸⁴ «Vergleichsausführungen» sind eine freiwillige Darlegung seitens oder im Namen eines Unternehmens gegenüber einer Wettbewerbsbehörde, die ein Anerkenntnis oder seinen Verzicht auf das Bestreiten seiner Beteiligung an einer Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht und seiner Verantwortung für diese Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht enthält und die eigens zu dem Zweck formuliert wurde, der betreffenden Wettbewerbsbehörde die Anwendung eines vereinfachten oder beschleunigten Verfahrens zu ermöglichen, Art. 2 Ziff. 18 RiLi.

⁸⁵ Vgl. ErwGr. 25 RiLi.

⁸⁶ Vgl. ErwGr. 25 RiLi.

⁸⁷ Art. 6 Abs. 10 RiLi.

⁸⁸ Alle anderen Dokumente sind offenzulegen, Art. 6 Abs. 9 RiLi.

Damit ist die eingangs ausgeführte Frage der Bewertung des Prozessrisikos angesichts der möglichen Offenlegung von Beweismitteln, insbesondere durch Wettbewerbsbehörden, zu beantworten. Die durch den europäischen Gesetzgeber getroffenen Regelungen sind ersichtlich von dem Bemühen getragen, Klägern Beweismittel zwar grundsätzlich zugänglich zu machen, dabei jedoch die Rechtsdurchsetzung durch die Wettbewerbsbehörden infolge des Zugangs zu Unterlagen, die sich im Besitz von Wettbewerbsbehörden befinden, nicht zu gefährden. Ob diese sehr feine Abwägung gelungen ist, ist m.E. zweifelhaft. Angesichts des vorgesehenen Abwägungsspielraums für mitgliedstaatliche Gerichte kann man nur auf diese Gerichte verweisen und abwarten,⁸⁹ wie und in welchem Umfang Offenlegungsanträge abgehandelt werden; zahlreiche Vorabentscheidungsverfahren zum EuGH scheinen unvermeidlich.⁹⁰ Andererseits bleiben die Vorschriften der Art. 6 Abs. 5, 6 RiLi (Offenlegungsverbot für Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen) hinter den in einigen Mitgliedstaaten bereits erreichten Offenlegungsmöglichkeiten zurück: In den Niederlanden, im Vereinigten Königreich und auch in Deutschland ist eine weiter gehende Offenlegung der Unterlagen der Wettbewerbsbehörden möglich.⁹¹ Diese weiter gehenden Möglichkeiten wurden im Gefolge der Rs. Pfeleiderer geschaffen, sodass vereinzelt bezweifelt wird, ob die nun gefundene Regelung des Art. 6 Abs. 6 RiLi mit ihrem kategorischen Ausschluss der Offenlegung von Kronzeugenerklärungen dieser E. des EuGH gerecht

wird. Der EuGH hatte schliesslich eine gesonderte Abwägung zwischen Informationsübermittlungsinteressen und dem Schutz der Kronzeugenunterlagen in jedem Einzelfall verlangt.⁹² Wie abzusehen war, wird daher aus den genannten Mitgliedstaaten eingewendet, dass Art. 6 Abs. 6 RiLi nicht mit Art. 101 AEUV vereinbar sei; angesichts der (vermuteten) Primärrechtswidrigkeit des Offenlegungsverbots für Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen wird sogar eine Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV vor dem EuGH angeregt.⁹³ Der Ausgang dieser Bestrebungen ist ungewiss; solange keine Nichtigkeit erklärt ist, müssen die Mitgliedstaaten die Richtlinienvorgaben umsetzen. In der langen Frist wird jedoch eine Tendenz sichtbar: Kläger werden vermehrt Zugang zu wichtigen Beweismitteln erhalten, was jedenfalls zunehmend auch Dokumente der Wettbewerbsbehörden betrifft.

Aus praktischer Sicht sind abschliessend noch verschiedene weitere Gesichtspunkte hervorzuheben. Ausweislich Art. 5 Abs. 1 S. 2 RiLi können die beklagten Unternehmen auch die Offenlegung von Beweismitteln in der Hand des Klägers verlangen. Widrigenfalls kann dies – auch angesichts der zahlreichen Streithelfer – zu einer wahren Antragsflut führen; ferner muss das Verfahren durch den Kläger bereits anfänglich im Hinblick auf die möglichen Passing-on-Einwendungen genauestens vorbereitet werden, weil mit entsprechenden Offenlegungsanträgen durch die Beklagten bereits zu Verfahrensbeginn zu rechnen ist.

Ohnedies wird der Antrag auf Offenlegung von Beweismitteln durch den Kläger angesichts eines Zirkelschlusses mit grössten Mühen verbunden sein: Der Schadenersatzanspruch muss für den Offenlegungsantrag substantiiert begründet werden, ohne die dafür benötigten Informationen zu kennen, die durch die Offenlegung ja gerade erst erlangt werden sollen. Hilfreich wird es hier sein, von der Möglichkeit des Art. 5 Abs. 2 RiLi Gebrauch zu machen und die Offenlegung «relevanter Kategorien von Beweismitteln» zu beantragen, die wiederum ausreichend präzise abzugrenzen sind, wie dies, so der Wortlaut der Vorschrift, auf der Grundlage der mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Tatsachen in der substantiierten Begründung möglich ist. Wie diese Voraussetzungen zu handhaben sein werden, ist den Fähigkeiten der befassten Praktiker anheim gestellt. Auch hier sind Vorabentscheidungsersuchen vorhersehbar.

⁸⁹ So scheinbar MEDERER (Fn. 27), 849.

⁹⁰ Nach EuGH in C-536/11, *Donau Chemie*, ECLI:EU:C:2013:366, Rz. 31; EuGH C-360/09, *Pfleiderer*, ECLI:EU:C:2011:389, Rz. 34 sind «im Einzelfall und unter Berücksichtigung aller massgeblichen Gesichtspunkte» alle europarechtlich geschützten Interessen zu berücksichtigen und insbesondere die Abwägung zwischen dem Recht auf Schadenersatz und dem Schutz von Kronzeugenprogrammen vorzunehmen.

⁹¹ Vgl. für die Niederlande etwa Art. 843a Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering; für das Vereinigte Königreich HIGH COURT OF JUSTICE, *National Grid v ABB & Others* [2012] EWHC 869 (Ch); part 31 Rules of Civil Procedure (CRP); THOMAS OBERSTEINER, International antitrust litigation: How to manage multijurisdictional leniency applications, 4 (2013) ECLR 16 (25); für Deutschland BVERFG 6.3.2014 – 1 BvR 3541/13, NJW 2014, 1581; OLG DÜSSELDORF, 22.8.2012 – V-4 Kart 5+6/11 (OWi), NZKart 2013, 39 Rz. 44; OLG HAMBURG, 26.11.2013 – 1 VAS 116/13 – 120/13, 122/13, NZKart 2014, 107 Rz. 36 ff.; WOLFGANG BOSCH, Die Entwicklung des deutschen und europäischen Kartellrechts, NJW 2014, 1714; RÜDIGER HARMS/ALEX PETRASINCU, Die Beziehung von Ermittlungsakten im Kartellzivilprozess – Möglichkeit zur Umgehung des Schutzes von Kronzeugenanträgen?, NZKart 2014, 304; ANDREAS LOTZKE/SEBASTIAN SMOLINSKI, Einsichtsrecht der Zivilgerichte in Kartell-Akten, EWIR 2014, 401; HEIKE SCHWEITZER, Die neue Richtlinie für wettbewerbsrechtliche Schadenersatzklagen, NZKart 2014, 335 (342); ANIKA YOMERE/JAN KRESKEN, Die Entscheidung des OLG Hamm zum Akteneinsichtsrecht von Zivilgerichten in Bonusanträge und vertrauliche Kommissionsentscheidungen, WuW 2014, 485 (489).

⁹² EuGH 14.6.2011 – C-360/09, *Pfleiderer*, ECLI:EU:C:2011:389, Rz. 30.

⁹³ MAKATSCH/MIR (Fn. 25), 10.

Schliesslich wird auch die Regelung des Art. 7 Abs. 2, 3 RiLi das Prozessverhalten der Parteien beeinflussen, weil üblicherweise im Rahmen von Vergleichen Geschädigte Beweismittel für das Verfahren gegen die übrigen Kartellanten fordern. Nachdem Art. 7 RiLi regelt, dass Beweismittel nur mehr von der Person, die diese durch Akteneinsicht selbst erlangt hat, oder von deren Rechtsnachfolger verwendet werden dürfen, werden Geschädigte die durch Vergleiche erlangten Informationen, die die Kartellanten durch Einsicht in wettbewerbsbehördliche Akten erlangt haben, u.U. nicht mehr verwenden können.⁹⁴

Zuletzt haben diejenigen Praktiker, die die internationale Perspektive berücksichtigen, in Fällen grenzüberschreitender Kartelle beachtliche Möglichkeiten, die Position des eigenen Mandanten erheblich zu verbessern: Nach Art. 5 Abs. 8 RiLi ist es den Mitgliedstaaten unbenommen, Vorschriften beizubehalten oder einzuführen, die zu einer umfassenderen Offenlegung von Beweismitteln führen würden. Wie bereits erörtert, existieren in einigen europäischen Mitgliedstaaten bereits entsprechende weitergehende Offenlegungs- und Beweiserhebungsmöglichkeiten, sodass Praktiker in grenzüberschreitenden Konstellationen sorgfältig erwägen sollten, vor welchen Gerichten die Klage erhoben wird, welche Normen des Internationalen Privatrechts von diesen Gerichten angewendet werden, und (zuletzt) welches mitgliedstaatliche Sachrecht mit weitergehenden Offenlegungsmöglichkeiten angewendet werden kann.

E. Bindungswirkung der Entscheidungen nationaler Behörden

Bevor man die fortbestehenden Hindernisse für eine erfolgversprechende Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen im Privatklageweg zum Anlass nimmt, die RiLi zu kritisieren, sollte noch ein Umstand Berücksichtigung finden: Hinsichtlich des Schutzes vor Offenlegung von behördlichen Beweismitteln ist zu bedenken, dass Behörden diese Beweismittel nicht nur sammeln, sondern auch entsprechende Entscheidungen fällen. Berücksichtigt man diese behördlichen Entscheidungen und die Möglichkeit der Follow-on-Klage, ergibt sich ein viel erfreulicheres Bild für die Kläger; so war etwa bisher (soweit ersichtlich) für Entscheidungen der eigenen Wettbewerbsbehörde sowie jener anderer Mitgliedstaaten nur in Deutschland⁹⁵ und Österreich⁹⁶ eine mögliche Bindungswirkung vorgesehen.

Hat eine nationale Wettbewerbsbehörde Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht festgestellt und eine bestandskräftige Entscheidung gefällt, sind nunmehr in allen europäischen Mitgliedstaaten nach Art. 9 Abs. 1 RiLi nationale Gerichte an diese Entscheidung gebunden. Für bestandskräftige Entscheidungen von nationalen Wettbewerbsbehörden, die in einem anderen Mitgliedstaat ergangen sind, sieht Art. 9 Abs. 2 RiLi vor, dass diese zumindest als Anscheinsbeweis dafür vorgelegt werden können, dass eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht begangen wurde.

Sofern eine bestandskräftige Entscheidung einer nationalen oder europäischen Wettbewerbsbehörde⁹⁷ besteht, ist die Frage des Prozessrisikos damit gänzlich neu zu bewerten. Den Beklagten (und ihren Streithelfern) ist es verwehrt, die bereits im wettbewerbsbehördlichen Verfahren behandelten Fragen im Rahmen einer anschliessender Schadenersatzklage erneut prüfen zu lassen und damit das Verfahren in die Länge zu ziehen. Der denkbare Einwand, dass damit das Recht auf rechtliches Gehör der Beklagten verletzt würde, geht fehl, weil die Beklagten ohnedies die Möglichkeit hatten, die wettbewerbsbehördliche Entscheidung im Instanzenzug zu bekämpfen.⁹⁸ Der unbedingte Vorteil aus Klägersicht dürfte ferner darin liegen, dass die Bindungswirkung der Entscheidung sowohl die Schadensvermutung nach Art. 17 Abs. 2 RiLi auslöst als auch die Verhältnismässigkeitsprüfung im Rahmen des Art. 5 ff. RiLi im Sinne des Klägers präjudizieren kann.

F. Verjährung

Wie die Eingangsfälle anschaulich zeigen, werden Kartelle zuweilen erst nach einem Jahrzehnt (und mehr) aufgedeckt. Ansprüche aus der Kartellanfangsphase können daher bereits verjährt sein, bevor Kläger überhaupt vom Kartell und ihren allfälligen Ansprüchen erfahren. Mit den Vorschriften zur Verjährung in Art. 10 RiLi soll daher sichergestellt werden, dass Kläger einen ausreichenden Zeitraum zur Verfügung haben, eine Schadenersatzklage einzubringen.

Die Verjährungsfrist für Schadenersatzklagen soll mindestens fünf Jahre betragen und nicht vor Beendigung der Zuwiderhandlung beginnen. Überdies haben die Mitgliedstaaten zu gewährleisten, dass der Lauf der Verjährungsfrist erst in Gang gesetzt

⁹⁴ MAKATSCH/MIR (Fn. 25), 10.

⁹⁵ Vgl. Art. 33 Abs. 4 dGWB.

⁹⁶ Vgl. § 37a öKartG.

⁹⁷ Vgl. Art. 16 Verordnung (EG) Nr 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, Abl. 2003 L 001, 1 ff.

⁹⁸ RITTENAUER/BRÜCKNER (Fn. 36), 310.

wird, wenn vier kumulative Bedingungen vorliegen: danach muss ein Geschädigter Kenntnis erlangt haben oder haben müssen, von jenem Verhalten, das die Zuwiderhandlung darstellt, von der Einstufung dieses Verhaltens als Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht der Union oder einzelstaatliches Wettbewerbsrecht, von der Tatsache, dass ihm durch diese Zuwiderhandlung ein Schaden entstanden ist und von der Identität des Rechtsverletzers, der diesen Schaden verursacht hat. Um auch zu gewährleisten, dass Follow-on-Klagen nach Bestandskraft einer wettbewerbsbehördlichen Entscheidung fristgerecht eingebracht werden können, sieht die RiLi eine Verjährungshemmung während behördlicher Verfahren vor, die nicht eher als ein Jahr nach Bestandskraft der wettbewerbsbehördlichen Entscheidung endet.

Kläger (und Rechtsbeistand) werden die fünfjährige Mindestverjährungsfrist sehr begrüßen; sie bringt in mehreren Mitgliedstaaten Veränderungen, so etwa in Deutschland⁹⁹ und Österreich,¹⁰⁰ während andere Mitgliedstaaten bereits heute eine fünfjährige¹⁰¹ oder sogar sechsjährige¹⁰² Frist vorsehen.

Zweifelhaft erscheint indes, ob die Regelung des Art. 10 Abs. 2 RiLi, wonach jedwede Frist erst mit Kenntnis oder Kennenmüssen des Betroffenen zu laufen beginnt, auch die kenntnisunabhängigen Verjährungshöchstfristen in einigen Mitgliedstaaten ausschliesst.¹⁰³ Dem steht m.E. der insofern eindeutige Wortlaut des Erwägungsgrundes 36 RiLi entgegen, wonach Mitgliedstaaten durchaus die Möglichkeit haben, allgemein anwendbare absolute Verjährungsfristen beizubehalten oder einzuführen, sofern die Dauer dieser absoluten Verjährungsfristen die Ausübung des Rechts auf Schadenersatz in voller Höhe nicht praktisch unmöglich macht oder übermäßig erschwert. Nachdem die Abwägung zwischen Rechtsverfolgungsinteressen der Kläger und dem Interesse an Rechtsfrieden gerade in den mitgliedstaatlichen Regelungen zu absoluten Verjäh-

rungsfristen zum Ausdruck kommt,¹⁰⁴ ist m.E. nicht zu erwarten, dass zahlreiche Mitgliedstaaten, von kenntnisunabhängigen Verjährungshöchstfristen – sofern vorhanden – Abstand nehmen werden.¹⁰⁵

G. Gesamtschuldnerische Haftung¹⁰⁶

Art. 11 Abs. 1 RiLi regelt die solidarische Haftung der Unternehmen; es wird festgelegt, dass Unternehmen, die durch ein gemeinsames Verhalten gegen Wettbewerbsrecht verstossen haben, gesamtschuldnerisch für den dadurch verursachten Schaden haften. Jedes der betroffenen Unternehmen kann zum Ersatz des gesamten Schadens verpflichtet werden, jedoch im Innenausgleich Beiträge von den anderen zuwiderhandelnden Unternehmen in Höhe ihrer relativen Verantwortung erwirken.¹⁰⁷

Das Konzept der gesamtschuldnerischen Haftung ist wissenschaftlich gut fundiert. Funktional vergleichbare Regelungen finden sich in vielen euro-

¹⁰⁴ Vgl. die detaillierten, rechtsvergleichenden Ausführungen von REINHARD ZIMMERMANN/JENS KLEINSCHEIDT, Prescription: Framework and Problems Concerning Damages Claims, in: Koziol/Steininger (Hrsg.), European Tort Law 2007, Vienna/New York 2008, 26 ff., 55, Rz. 47 ff.

¹⁰⁵ Mit anderer Prognose für Deutschland, MAKATSC/MIR (Fn. 25), 11.

¹⁰⁶ Hier nicht weiter erörtert werden Art. 19 RiLi und die Wirkung von Vergleichen auf die gesamtschuldnerische Haftung der Kartellbeteiligten; nach Art. 19 Abs. 1 RiLi reduziert sich der Geschädigtenanspruch um den Anteil des vergleichsbeteiligten Rechtsverletzers am entstandenen Schaden. Der verbleibende Anspruch darf grundsätzlich nur gegenüber sich nicht vergleichenden Kartellbeteiligten geltend gemacht werden, die den vergleichsbeteiligten Rechtsverletzer grundsätzlich nicht in Regress nehmen dürfen (Art. 19 Abs. 2 S. 2 RiLi). Eine in Art. 19 Abs. 3 RiLi vorgesehene Ausfallhaftung des vergleichsbeteiligten Rechtsverletzers kann ausgeschlossen werden. Aus praktischer Sicht ist hier anzumerken, dass Art. 19 RiLi die Attraktivität von Vergleichen steigern dürfte, weil die Vorschrift vergleichsbeteiligte Rechtsverletzer von Regressansprüchen anderer Kartellbeteiligter befreit. So kann die sekundäre Ersatzpflicht des vergleichsbeteiligten Rechtsverletzers selbst für den Fall der Uneinbringlichkeit der verbleibenden Forderung bei den übrigen Kartellanten ausgeschlossen werden. Dies bringt es auch mit sich, dass künftig öfter über Haftungsanteile gestritten wird, CARSTEN KRÜGER, Die haftungsrechtliche Privilegierung des Kronzeugen im Aussen- und Innenverhältnis gemäss dem Richtlinienvorschlag der Kommission, NZKart 2013, 483 ff., 487.

¹⁰⁷ Hat demnach ein Unternehmen über seine (relative) Verantwortung für den entstandenen Schaden hinaus an den Schadenersatzgläubiger gezahlt, kann es sich bei den Mitkartellanten im Anschluss regressieren, wobei die Höhe dieses Ausgleiches im Binnenverhältnis nach nationalem Recht bestimmbar sein soll; ErwGr. 37 RiLi formuliert für die Ermittlung der Anteile verschiedene Elemente (wie Umsatz, Marktanteil, Rolle in dem Kartell). Die Bestimmung entspricht grundsätzlich den bisherigen Grundsätzen der Solidarhaftung, vgl. etwa die österr. Rechtslage OGH 5 Ob 39/11p = EvBl 2012, 557 = ecolx 2012, 392 (Anm. WILHELM) = RdW 2012, 523 = WuW 2012, 1251/KRIInt 2012, 393 = ZVR 2013, 76; GEORGIA KOUTSOUKOU/POLINA PAVLOVA, Der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft bei Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Kartellrechts, WuW 2014, 153 ff.; CLEMENS KRIECHBAUMER/CHRISTOPH BAMBERGER, Private Enforcement – Die Rechtslage in Österreich, WuW 2014, 690 ff.

⁹⁹ Vgl. §§ 195, 199 BGB; FIEDLER (Fn. 36), 2184.

¹⁰⁰ Vgl. § 1489 ABGB.

¹⁰¹ Etwa in den Niederlanden, vgl. Art. 3:310 (1) Burgerlijk Wetboek; MICHAEL FAURE/TON HARTLIEF, The Netherlands, in: Koziol/Steininger (Hrsg.), European Tort Law 2004, Vienna/New York 2005, 422.

¹⁰² Etwa im Vereinigten Königreich für Verfahren, vgl. section 32 Limitation Act; für Verfahren vor dem CAT beträgt die Verjährungsfrist bisher nur 2 Jahre, soll aber im Gefolge der oben ausgeführten Reformen ebenfalls auf 6 Jahre angehoben werden, vgl. ELIZABETH MORONY/BEN JASPER, England and Wales, in: Mobley (ed.), Private Antitrust Litigation, Law Business Research 2015, 56.

¹⁰³ So etwa MAKATSC/MIR (Fn. 25), 11, d.h. etwa für Deutschland mehr als 10 Jahre; § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB.

päischen Mitgliedstaaten¹⁰⁸ und in jüngeren akademischen Arbeiten zum europäischen Privatrecht. So sieht Art. VI-4:102 des Draft Common Frame of Reference (DCFR) vor, dass «[e]ine Person, die sich an der Verursachung eines rechtlich relevanten Schadens als Mittäter beteiligt, ..., so zu behandeln [ist], als ob sie den Schaden verursacht», sodass diese Mittäter sodann nach Art. VI-6:105 als Gesamtschuldner haften. Und die von einer hochkarätig besetzten akademischen Arbeitsgruppe erstellten Principles of European Tort Law (PETL) – die freilich nicht als Restatements europäischen Rechts verstanden werden wollen¹⁰⁹ – sehen in Art. 9:101 Abs. 1 lit. a PETL vor, dass «[d]ie Haftung gesamtschuldnerisch [ist], wenn der gesamte oder ein bestimmter Teil des Schadens, den der Geschädigte erlitten hat, einem oder mehreren Personen zuzurechnen ist. Die Haftung ist gesamtschuldnerisch wenn: a) eine Person sich wissentlich an der rechtswidrigen Tat anderer, die dem Geschädigten Schaden zufügt, beteiligt». Festzuhalten ist damit, dass sich für ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken mehrerer Unternehmen in Form eines Kartells durchaus ein gesamteuropäischer Konsens in Richtung einer gesamtschuldnerischen Haftung der Verursacher – und auch hinsichtlich ihres internes Regresses – erzielen lässt.¹¹⁰

Umso mehr überrascht daher die Regelung des europäischen Gesetzgebers zum Schutz von Kronzeugen in Rahmen des Gesamtschuldnerausgleiches. Nach Art. 11 Abs. 4, 5 S. 2 RiLi sollen Kronzeugen nur eingeschränkt solidarisch haften; im Aussenverhältnis haften sie grundsätzlich nur gegenüber eigenen (unmittelbaren und mittelbaren) Abnehmern und Lieferanten, es sei denn, dass von anderen Kartellbeteiligten kein vollständiger Schadenersatz erlangt werden kann. Eine entsprechende Beschränkung ist auch für die Inanspruchnahme der Kronzeugen im Binnenverhältnis vorgesehen; der Ausgleichsbetrag darf nicht höher sein als der Schaden, den sie ihren eigenen unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten verursacht haben.

Eine solche Haftungsprivilegierung dürfte – soweit ersichtlich mit Ausnahme von Ungarn¹¹¹ und Malta¹¹² – ein absolutes Novum in den verbleibenden europäischen Mitgliedstaaten darstellen. Völlig zutreffend wird gerade in Fällen des Gesamtschuldnerausgleiches von einer Privilegierung im Aussenverhältnis abgesehen, um dem Geschädigten nicht das Ermittlungsrisiko der finanziellen Leistungsfähigkeit der einzelnen Mittäter aufzubürden.¹¹³ Genauso verhält es sich auch hier: Unklar bleibt, wann der Fall als eingetreten gilt, dass der Geschädigte «keinen vollständigen Schadenersatz» erhalten kann. Reicht die Zahlungsverweigerung der anderen Kartellanten? Muss etwa schon Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Kartellanten vorliegen? Oder genügt ein erfolgloser Vollstreckungsversuch?

Nachvollziehbarerweise bedarf es eines Schutzes der Kronzeugenprogramme, weil wettbewerbsbehördliche Entscheidungen gegenüber Kronzeugen (mangels Anfechtung) in aller Regel früher rechtskräftig werden als gegenüber anderen an einem Kartell beteiligten Unternehmen. Kronzeugen sind damit einem höheren Risiko einer Schadenersatzklage ausgesetzt. Die Kronzeugenprivilegierung ist jedoch überbordend, auch weil die Lösung des Problems – allein eine Privilegierung im Binnenverhältnis und uneingeschränkte Haftung im Aussenverhältnis – auf der Hand liegt und dem Stand der Rechtswissenschaft entspricht.¹¹⁴ Eine solche Besserstellung im Innenverhältnis beim Gesamtschuldnerausgleich ist zum Schutz des Kronzeugen m.E. völlig ausreichend.¹¹⁵

Als besonders unerfreulich erweist sich, dass der europäische Gesetzgeber neben Kronzeugen noch eine zweite Gruppe von Schädigern, namentlich kleinere oder mittlere Unternehmen (KMUs) pri-

¹⁰⁸ Vgl. Nachweise in CHRISTIAN VON BAR/ERIC CLIVE, Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) (2009) Art. VI-4:102, Rz. 1–13.

¹⁰⁹ JAAP SPIER, General Introduction in: European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law, Vienna/New York 2005, Rz. 31.

¹¹⁰ JOHANN NEETHLING, Toward a European ius commune in tort law, 2006 Fundamina 12-1, 81 ff., 88; THOMAS THIEDE/FLORIAN SOMMER, Vorsätzliche Schädigung von Anlegern im europaweiten arbeitsteiligen Wertpapiervertrieb, ÖBA 2015, 175 ff., 184.

¹¹¹ Und selbst dies erscheint angesichts der jüngsten Reform des ungarischen Haftpflichtrechts ungewiss, vgl. ATTILA MENYHÁRD, Hungary, in: Karner/Steininger (Hrsg.), European Tort Law 2013, Berlin/Boston 2014, 305 ff., 311, Rz. 8.

¹¹² Vgl. Art. 81(3) Police Act i.d.F. Various Law (Criminal Matters) (Amendment) Act 2014 (An Act further to Amend Various Laws related to Criminal Matters): «In any civil proceedings instituted against a protected witness based on the fact that the said witness was the perpetrator or was an accomplice in the crime on which he tendered evidence, the court shall, if it finds that the protected witness is responsible for the payment of damages, only hold him liable for such part of the damage as he may have caused and shall, ..., hold him not liable jointly and severally with others.» Vgl. GIANNINO CARUANA DE MAJO/LAWRENCE QUINTANO/DAVID ZAMMIT, in: Karner/Steininger (Hrsg.), European Tort Law 2014, Berlin/Boston 2015, Rz. 1.

¹¹³ Vgl. KRÜGER (Fn. 106), 486.

¹¹⁴ Angesichts des insofern klaren Wortlauts sollte daher jedenfalls die Beweisrichtung für den Ausfall der Mitkartellanten berücksichtigt werden: Im Aussenverhältnis sollte dem Kronzeugen die Beweislast dafür aufgelegt werden, dass von anderen Kartellbeteiligten kein voller Ausgleich verlangt werden kann. KERSTING (Fn. 53), 568.

¹¹⁵ KOCH/THIEDE (Fn. 5), Rz. 9.

vilegiert; sie machen schliesslich 99% des europäischen Unternehmensbestandes aus.¹¹⁶ KMUs haften nach Art. 11 Abs. 2 RiLi grundsätzlich nur ihren eigenen Abnehmern, wenn sie zum Verstosszeitpunkt weniger als 5% Marktanteil hatten, ihre wirtschaftliche Lebensfähigkeit bei voller Haftung gefährdet wäre und die Aktiva jeglichen Werts beraubt werden würden. Nach Art. 11 Abs. 3 RiLi soll dies nicht gelten, sofern entsprechende KMUs den Verstoss organisiert bzw. andere zur Teilnahme gezwungen haben oder früher schon gegen Wettbewerbsrecht verstossen haben. Für diese Bevorzugung ist auf das soeben Ausgeführte cum grano salis zu verweisen; im hiesigen Zusammenhang scheint etwa fraglich, wann die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Unternehmens gefährdet ist und wie Aktiva dadurch «jeglichen Wertes beraubt» werden können.¹¹⁷

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die doppelte Privilegierung der Kronzeugen und jene der KMUs die gesamtschuldnerische Haftung ohne Not verkomplizieren, was Druckmittel im Prozess und damit Prozessrisiken und -kosten verursacht.¹¹⁸

V. Zusammenfassung

Die RiLi wird in einigen Mitgliedstaaten der Europäischen Union für Wandel sorgen; die nationalen Haftpflichtrechte werden jedenfalls in den hier diskutierten Teilbereichen Änderungen erfahren. Der europäische Gesetzgeber sah sich damit konfrontiert, einerseits die erfolgreiche Verfolgung von Kartellen durch die europäische und die nationalen Wettbewerbsbehörden nicht zu behindern, andererseits echte Anreize zu schaffen, Kartelle auch durch Schadenersatzklagen Privater anzuregen. Ersteres erklärt dabei die z.T. befremdlichen Regelungen in Hinsicht auf die Haftungsprivilegierungen namentlich für Kronzeugen – letzteres das weite Entgegenkommen für potenzielle Kläger etwa in Form von Schadensvermutung und Bindungswirkung von behördlichen Entscheidungen. Gerade diese Bindungswirkung von behördlichen Entscheidungen vereinfacht Follow-on-Klagen in einem bisher unbekanntem Ausmass, sodass jedem Praktiker nur geraten werden kann, die Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden genau zu beobachten – und entsprechende Follow-on-Klagen folgen zu lassen.

¹¹⁶ Vgl. zum Begriff EUROPÄISCHE KOMMISSION, Empfehlung betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (2003/361/EG), ABl. 2003 L 124, 36 ff. sowie KOMMISSION, Die neue KMU-Definition (2005) 5 sowie zuletzt Evaluation of the SME Definition (2012), online <<http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/5766/attachments/1/translations/en/renditions/pdf>>, besucht am 1. Dezember 2015.

¹¹⁷ KERSTING (Fn. 53), 568.

¹¹⁸ Aus diesem Grund haben Deutschland, Polen und Slowenien ihre Zustimmung zum Richtlinienkompromiss im Rat verweigert, vgl. Ratsdokument 14680/14 ADD 1 = 2013/0185 (COD).