



EUROPÄISCHE KOMMISSION
GD Wettbewerb

Brüssel, den 10. Februar 2006
**Diese Text ist eine nicht offizielle
Übersetzung des englischen Dokuments
SEC(2005) 1732**

ARBEITSPAPIER DER KOMMISSIONSDIENSTSTELLEN

SCHADENERSATZKLAGEN WEGEN VERLETZUNG DES EU-WETTBEWERBSRECHTS

Europäische Kommission B-1049 Brüssel – Belgien. Telefon: (32-2) 299 11 11.
Büro: J-70-COMP-Greffe Antitrust. Durchwahl: (32-2) 296 50 40. Fax: (32-2) 295 01 28.

E-Mail: COMP-GREFFE-ANTITRUST@cec.eu.int

INHALT

ABSCHNITT I: EINFÜHRUNG	7
A. GEGENSTAND DES ARBEITSPAPIERS DER KOMMISSIONSDIENSTSTELLEN	7
B. ZIELE UND VORTEILE DER PRIVATEN DURCHSETZUNG	7
1. <i>Kompensation</i>	7
2. <i>Abschreckung</i>	8
3. <i>Mehr Bürgernähe des Wettbewerbsrechts erreichen</i>	8
4. <i>Weitere Vorteile der privaten Durchsetzung</i>	8
5. <i>Ein ausgewogener Ansatz</i>	9
C. PRIVATE DURCHSETZUNG ALS ERGÄNZUNG ZUR STAATLICHEN DURCHSETZUNG	9
D. DAS RECHT AUF SCHADENERSATZKLAGEN BEI ZUWIDERHANDLUNGEN GEGEN DAS EU-WETTBEWERBSRECHT IST IM GEMEINSCHAFTSRECHT VERANKERT	10
E. AUF DER REFORM DER VERORDNUNG 1/2003 AUFBAUEN	13
F. HINDERNISSE FÜR SCHADENERSATZKLAGEN	14
1. <i>Sammelklagen</i>	14
2. <i>Verschulden</i>	14
3. <i>Beweislast und -maß</i>	15
4. <i>Einholung und Beibringung von Beweisen</i>	15
5. <i>Beweiswert von Entscheidungen einzelstaatlicher Wettbewerbsbehörden und Gerichte</i>	15
6. <i>Quantifizierung des Schadens</i>	15
7. <i>“Passing on defence“ und Klagen indirekter Abnehmer</i>	16
8. <i>Höhe des Schadenersatzes</i>	16
9. <i>Verjährung</i>	16
10. <i>Kosten</i>	16
11. <i>Anwendbares Recht</i>	17
G. ERLEICHTERUNG VON SCHADENERSATZKLAGEN WEGEN VERLETZUNG DES EU-WETTBEWERBSRECHTS	17
ABSCHNITT II: ZUGANG ZU BEWEISMATERIAL	21
A. OFFENLEGUNG UND VORLAGE VON BEWEISMITTELN	21

1. <i>Der allgemeine Rahmen</i>	21
a. Die Situation in den EU-Mitgliedstaaten	21
b. Europäische und internationale Initiativen	23
2. <i>Maßnahmen gegen die Offenlegungsverweigerung und die Vernichtung von Beweismitteln</i>	25
a. Sanktionen bei Offenlegungsverweigerung	25
b. Vermeidung der Vernichtung von Beweismitteln.....	26
3. <i>Zeugen vor Gericht</i>	27
a. Ladung von Zeugen für Aussagen vor Gericht	27
b. Zeugenvernehmung und Kreuzverhör vor Gericht	27
4. <i>Zugang zu Schriftstücken, die sich im Besitz der Kommission oder von einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden befinden</i>	28
a. Zugang nach den Regeln zur Verwaltungstransparenz.....	28
b. Zugang einzelstaatlicher Gerichte zu Dokumenten gemäß dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Mitgliedstaaten.....	29
B. LINDERUNG DER BEWEISLAST DES KLÄGERS	30
1. <i>Die Beweislast und das Beweismaß</i>	30
2. <i>Linderung der Beweislast des Klägers für die Zuwiderhandlung im Fall von Informationsasymmetrie</i>	31
3. <i>Linderung der Beweislast des Klägers für die Zuwiderhandlung bei Vorliegen einer Entscheidung einer nationalen Wettbewerbsbehörde</i>	32
4. <i>Auswirkungen einer Offenlegungsverweigerung auf die Beweislage</i>	33
C. POLITISCHE OPTIONEN	33
1. <i>Optionen in Bezug auf die Offenlegung von Beweismitteln</i>	33
2. <i>Optionen im Hinblick auf den Zugang zu Schriftstücken, die sich im Besitz der Kommission oder einer einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörde befinden</i>	35
3. <i>Optionen im Zusammenhang mit der Linderung der Beweislast des Klägers für die Wettbewerbsrechtsverletzung</i>	36
ABSCHNITT III: VERSCHULDENSERFORDERNIS.....	38
A. EINFÜHRUNG	38
B. POLITISCHE OPTIONEN	40
ABSCHNITT IV: SCHADENERSATZ.....	42
A. EINFÜHRUNG	42
B. FÜR DIE DEFINITION DES SCHADENS RELEVANTE ELEMENTE	42

1. <i>Kompensation</i>	42
2. <i>Rückzahlung von unrechtmäßig erzielten Gewinnen</i>	43
3. <i>Exemplarischer Schadenersatz oder Strafschadenersatz</i>	43
4. <i>Verzinsung von Entschädigungssummen</i>	45
C. QUANTIFIZIERUNG DES SCHADENS	46
1. <i>Einführung</i>	46
2. <i>Methoden zur Schadenermittlung</i>	47
a. Die einfachen Berechnungsmethoden	48
b. Komplexere Berechnungsmethoden	49
c. Das Stichprobenverfahren	49
d. Quantifizierung nach billigem Ermessen	50
3. <i>Zwei Sonderfälle: Ermittlung des dem Kläger entgangenen Gewinns und Ermittlung des Schadens anhand des vom Beklagten unrechtmäßig erzielten Gewinns</i>	50
b. Ermittlung des Schadens anhand des vom Beklagten unrechtmäßig erzielten Gewinns.....	52
D. GETRENNTE VERFAHREN.....	52
E. POLITISCHE OPTIONEN	52
1. <i>Optionen in Bezug auf die Bewertungsgrundlage des Schadens</i>	53
2. <i>Optionen in Bezug auf die Methoden zur Quantifizierung des Schadens</i>	54
3. <i>Weitere Optionen</i>	54
ABSCHNITT V: DIE “PASSING ON DEFENCE“ UND DIE KLAGEBEFUGNIS INDIREKTER ABNEHMER.....	55
A. EINFÜHRUNG.....	55
B. DIE “PASSING ON DEFENCE“.....	55
C. KLAGEBEFUGNIS INDIREKTER ABNEHMER.....	60
D. POLITISCHE OPTIONEN ZUR HANDHABUNG DER “PASSING ON DEFENCE“ UND DER KLAGEBEFUGNIS INDIREKTER ABNEHMER	61
ABSCHNITT VI: SCHUTZ DER VERBRAUCHERINTERESSEN	64
A. EINFÜHRUNG.....	64
B. SAMMEL- UND STELLVERTRETERKLAGEN BEI WETTBEWERBSRECHTLICHEN SCHADENERSATZPROZESSEN IN DEN MITGLIEDSTAATEN	66
C. POLITISCHE OPTIONEN	68

ABSCHNITT VII: PROZESSKOSTEN	70
A. EINFÜHRUNG	70
B. DIE PFLICHT DER MITGLIEDSTAATEN, EFFIZIENTE KOSTENVORSCHRIFTEN ZU ERLASSEN, DIE DEN ZUGANG ZU GERICHTEN GARANTIEREN	71
C. KOSTENVORSCHRIFTEN DER GERICHTE DER GEMEINSCHAFT	73
D. KOSTENVORSCHRIFTEN DER GERICHTE DER MITGLIEDSTAATEN.....	74
E. KOSTENVORSCHRIFTEN ALS ANREIZ FÜR DIE KLAGEERHEBUNG.....	75
F. POLITISCHE OPTIONEN	76
ABSCHNITT VIII: ABSTIMMUNG VON STAATLICHER UND PRIVATER DURCHSETZUNG.....	77
A. EINFÜHRUNG	77
B. KRONZEUGENREGELUNGEN UND PRIVATE KLAGEN ALS BESTANDTEILE EINER OPTIMALEN ABSCHRECKUNG VON ZUWIDERHANDLUNGEN.....	77
C. VERHÄLTNIS ZWISCHEN KRONZEUGENREGELUNGEN UND SCHADENERSATZKLAGEN	78
D. POLITISCHE OPTIONEN	79
ABSCHNITT IX – ZUSTÄNDIGKEIT UND ANWENDBARES RECHT	82
A. ZUSTÄNDIGKEIT UND VERBINDUNG VON KLAGEN	82
B. ANWENDBARES RECHT	83
C. POLITISCHE OPTIONEN	87
ABSCHNITT X: SONSTIGE ASPEKTE	89
A. NUTZUNG VON SACHVERSTAND IM GERICHTSVERFAHREN	89
1. Einführung.....	89
2. Politische Option in Bezug auf Sachverständige	90
B. EINFLUSS VON VERJÄHRUNGSFRISTEN IN DEN MITGLIEDSTAATEN.....	90
1. Einführung.....	90
2. Verjährungsfristen in den Mitgliedstaaten	91
3. Verjährungsfristen im Gemeinschaftsrecht	92
4. Politische Option in Bezug auf Verjährungsfristen	93

ABSCHNITT I: EINFÜHRUNG

A. GEGENSTAND DES ARBEITSPAPIERS DER KOMMISSIONSDIENSTSTELLEN

1. Das Ziel des Grünbuchs und dieses Arbeitspapiers der Kommissionsdienststellen ist zu untersuchen, wie Schadenersatzklagen wegen Verletzung der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag (EU-Wettbewerbsrecht) vor einzelstaatlichen Gerichten erleichtert, die Betroffenen besser entschädigt und die Wettbewerbsrechtsdurchsetzung der Wettbewerbsbehörden unterstützt werden können. Schadenersatzklagen sind Teil der „privaten Durchsetzung“ des europäischen Wettbewerbsrechts.
2. „Private Durchsetzung“ ist die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts durch gerichtliche Klagen von durch wettbewerbswidriges Verhalten Geschädigten. Die Rechtsprechung obliegt hier innerhalb der EU den Gerichten der Mitgliedstaaten. Auf EU-Ebene gibt es kein für Klagen von Privatpersonen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts zuständiges Gericht.
3. Die private und die staatliche Wettbewerbsrechtsdurchsetzung sind die beiden Säulen der Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts. Dabei unterscheidet sich die private von der staatlichen Durchsetzung insoweit, als die Wettbewerbsbehörden (auf EU-Ebene die Kommission und auf Ebene der Mitgliedstaaten die jeweiligen einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden) mutmaßliche Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht untersuchen und gegen gesetzwidrig handelnde Unternehmen bestimmte Maßnahmen und Sanktionen wie beispielsweise Geldbußen verhängen können. Die Geldbußen werden an den öffentlichen Haushalt abgeführt, und die den Wettbewerbsbehörden entstehenden Kosten trägt der Staat. Die Kosten für private Wettbewerbsrechtsdurchsetzungsmaßnahmen trägt der Kläger, der seine Aufwendungen im Erfolgsfalle als Teil der zugesprochenen Entschädigung geltend machen kann.

B. ZIELE UND VORTEILE DER PRIVATEN WETTBEWERBSRECHTSDURCHSETZUNG

1. Kompensation

4. Der Grundgedanke privater Schadenersatzklagen besteht darin, dass der Geschädigte eines Gesetzesverstößes Anspruch auf Kompensation für die durch den Verstoß erlittenen Verluste hat. Wenn das Wettbewerbsrecht verbraucher- und unternehmensfreundlicher werden und der Zugang der Verbraucher zu zivilrechtlichen Maßnahmen zum Schutz ihrer Rechte verbessert werden soll, dann sollten die durch Wettbewerbsrechtsverletzungen Geschädigten Schadenersatz für die erlittenen Verluste erlangen können. Schadenersatzansprüche können sowohl in gerichtlichen Prozessen zwischen Vertragsparteien als auch in von Dritten angestregten Prozessen gegen Gesetzesverletzer geltend gemacht werden.

2. Abschreckung

5. Eine Stärkung der privaten Wettbewerbsrechtsdurchsetzung führt als Ergänzung der staatlichen Wettbewerbsrechtsdurchsetzung zu einer Maximierung der Durchsetzung insgesamt. Die verstärkte Durchsetzung des Rechts steigert den Anreiz für Unternehmen, die gesetzlichen Vorschriften zu befolgen, und trägt so dazu bei, dass die Märkte offen und wettbewerbsfähig bleiben.
6. Die verstärkte private Wettbewerbsrechtsdurchsetzung wird die Bandbreite der Zuwiderhandlungen, bei denen das Wettbewerbsrecht durchgesetzt wird, erweitern und den Durchsetzungsgrad insgesamt erhöhen. Dies wird insbesondere durch Klagen geschehen, die nicht im Anschluss an Entscheidungen von Wettbewerbsbehörden erhoben werden („Folgeklagen“). Im Hinblick auf Folgeklagen wird die Stärkung der privaten Wettbewerbsrechtsdurchsetzung dazu führen, dass zusätzlich zu den von den Wettbewerbsbehörden verhängten Geldbußen die durch wettbewerbswidriges Verhalten Geschädigten häufiger als bisher ihre Verluste geltend machen können. Sowohl Schadenersatz als auch die Auferlegung von Geldbußen tragen zur Erhaltung eines wirksamen Wettbewerbs bei und unterbinden wettbewerbswidrige Praktiken.

3. Mehr Bürgernähe des Wettbewerbsrechts erreichen

7. Bessere Möglichkeiten zur direkten und wirksamen Durchsetzung von wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen bringen Unternehmen und Bürgern in Europa, seien es Unternehmen oder private Verbraucher, die Wettbewerbsvorschriften näher und beziehen sie aktiver in deren Durchsetzung ein. Das Gleiche gilt für Unternehmen, die bei Verstößen gegen das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht damit rechnen müssen, gerichtlich belangt zu werden. Eine größere Bürgernähe des europäischen Wettbewerbsrechts fördert eine stärkere aktive Beteiligung der Bürger an seiner Durchsetzung und trägt somit dazu bei, dass die Bürger dieses Recht besser wahrnehmen und sich verstärkt dafür einsetzen. Dies fördert einen engeren und direkteren Kontakt der Bürger und Unternehmen Europas zum Recht und zur Politik der Europäischen Union.

4. Weitere Vorteile der privaten Durchsetzung

8. Private Klagen haben für Privatpersonen eine Reihe von weiteren Vorteilen. So können einzelstaatliche Gerichte Vertragsverhältnisse zivilrechtlich für nichtig erklären und gleichzeitig über Schadenersatzforderungen verhandeln. Einzelstaatliche Gerichte können dem Beklagten die Prozesskosten der obsiegenden Partei auferlegen, während die mit einer Beschwerde bei einer Wettbewerbsbehörde verbundenen Kosten nicht erstattungsfähig sind. Vor einem einzelstaatlichen Gericht kann eine Forderung mit anderen Forderungen verbunden werden.
9. Die private Wettbewerbsrechtsdurchsetzung ist auch im weiteren Zusammenhang der Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit Europas von Bedeutung. Wettbewerb spornt Unternehmen zu Innovationen, effizientem Betrieb und einer effizienteren Ressourcennutzung an und bewirkt so stärkere Produktivitätszuwächse. Offene und wettbewerbsorientierte Märkte sind der Hauptmotor für die Wettbewerbsfähigkeit und somit letztendlich für den Lebensstandard der Bürger. Dies wird in den Aktionsplänen der Kommission für die neue Strategie von Lissabon zur Bildung

einer Partnerschaft mit den Mitgliedstaaten ausdrücklich anerkannt. Das Ziel besteht darin, Wirtschafts- und Beschäftigungswachstum europaweit zu verbessern. Die Gewährleistung offener und wettbewerbsorientierter Märkte ist ein Schwerpunktbereich, in dem sowohl auf Ebene der Europäischen Union als auch in den Mitgliedstaaten wirksamere Maßnahmen erforderlich sind.

10. Der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts kommt bei der Schaffung gleicher Bedingungen für Unternehmen in der EU eine Schlüsselrolle zu. Sie gebietet privatwirtschaftlichen Wettbewerbshindernissen (z. B. Kartelle und Behinderungsmissbrauch marktbeherrschender Unternehmen) durch den Einsatz wettbewerbsrechtlicher Instrumente Einhalt. Die Förderung und Stärkung der privaten Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts würde die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts insgesamt wirkungsvoller machen und einen wichtigen Beitrag zum Erreichen des Schlüsselziels – der Gewährleistung offener und wettbewerbsorientierter Märkte innerhalb des EU-Binnenmarktes – leisten.
11. Eine verstärkte private Durchsetzung des Wettbewerbsrechts steht daher voll und ganz im Einklang mit den umfassenderen Zielen der neuen Strategie von Lissabon, Europa zum letztendlichen Wohl seiner Bürger und Unternehmen wettbewerbsfähiger zu machen.

5. *Ein ausgewogener Ansatz*

12. Somit hat die private Wettbewerbsrechtsdurchsetzung bedeutende Vorteile für Einzelne und Unternehmen sowie für die Gesellschaft generell, doch sollte in jeder Diskussion der Frage, wie die private Wettbewerbsrechtsdurchsetzung erleichtert werden könnte, sorgfältig geprüft werden, welche Kosten mit der Förderung der privaten Wettbewerbsrechtsdurchsetzung im Falle unbegründeter oder nicht gut fundierter Klagen verbunden sind. Da die gesellschaftlichen Kosten der Rechtsstreitigkeiten den Nutzen in jenen Fällen übersteigen, sollten solche Klagen nicht erleichtert werden. Die Kommission möchte diese Diskussion nutzen, um Möglichkeiten zu finden, um Wettbewerbsrechtsverletzungen besser zu entschädigen, und um die Abschreckung zu steigern, während auf der anderen Seite vermieden werden soll, dass sich Beklagte einzig und allein wegen zu hoher Prozesskosten vergleichen. Letztes Ziel sollte die Förderung einer Wettbewerbskultur, nicht einer Prozesskultur sein.

C. PRIVATE WETTBEWERBSRECHTS DURCHSETZUNG ALS ERGÄNZUNG ZUR STAATLICHEN WETTBEWERBSRECHTS DURCHSETZUNG

13. Private Klagen vor einzelstaatlichen Gerichten stellen größtenteils eine Ergänzung der staatlichen Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts dar. Sie sollen und können die staatliche Wettbewerbsrechtsdurchsetzung nicht ersetzen. Die Wettbewerbsbehörden behalten ihre entscheidende Funktion für die Aufdeckung wettbewerbswidriger Praktiken, wo die besonderen Ermittlungsbefugnisse der Behörden und Kronzeugenregelungen für eine wirksame Durchsetzung des Wettbewerbsrechts unverzichtbar sind. Darüber hinaus spielen die Wettbewerbsbehörden auch weiterhin eine wichtige Rolle in Fällen, in denen eine umfassende Wirtschaftsanalyse notwendig ist.

14. Private Verfahren können sich vornehmlich mit Fällen befassen, derer sich die Wettbewerbsbehörden insbesondere aufgrund von Ressourcenengpässen und anderen Prioritäten nicht annehmen können.
15. Das Prinzip der privaten in Ergänzung zur staatlichen Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts geht auf das Urteil „van Gend & Loos“ zurück. In diesem Urteil brachte der Gerichtshof die einander ergänzenden Funktionen der privaten und staatlichen Durchsetzung von aus dem Gemeinschaftsrecht abgeleiteten Rechten folgendermaßen zum Ausdruck:

„Die Wachsamkeit der an der Wahrung ihrer Rechte interessierten Einzelnen stellt eine wirksame Kontrolle dar, welche die durch die Kommission und die Mitgliedstaaten gemäß den Artikeln [226] und [227] ausgeübte Kontrolle ergänzt.“¹

D. DAS RECHT AUF SCHADENERSATZKLAGEN BEI ZUWIDERHANDLUNGEN GEGEN DAS EU-WETTBEWERBSRECHT IST IM GEMEINSCHAFTSRECHT VERANKERT

16. Die private Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts kann unterschiedliche Formen annehmen, von denen die Schadenersatzklage nur eine darstellt. Der Rechtsverletzer wird auf Schadenersatz verklagt, um dem Geschädigten für die erlittenen Verluste eine finanzielle Entschädigung gerichtlich zusprechen zu können. Daneben kann die private Wettbewerbsrechtsdurchsetzung in Form von Nichtigkeitsklagen oder Unterlassungsklagen erfolgen, also Klagen, mit denen wettbewerbswidrigem Verhalten Einhalt geboten oder Verträge durchgesetzt werden sollen. Unterlassungsansprüche können entweder im Eilverfahren oder durch eine endgültige Entscheidung geltend gemacht werden.
17. Während die Nichtigkeitsklärung als Sanktion gegen Verletzungen von Artikel 81 EG-Vertrag im Vertrag selbst ausdrücklich vorgesehen ist (Artikel 81 Absatz 2 EG-Vertrag), lässt sich das Recht auf Schadenersatz- oder Unterlassungsklagen im Zusammenhang mit Verletzungen des EG-Wettbewerbsrechts aus Artikel 10 EG-Vertrag ableiten. Außerdem ist es nach der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte zur vollen Wirksamkeit des unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrechts unerlässlich, dass die einzelstaatlichen Gerichte befugt sind, einstweilige Anordnungen zu erlassen² und Schadenersatz zuzusprechen.³

¹ Rechtssache 26/62, *Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos gegen Nederlandse administratie der belastingen*, Slg. 1963 1.

² Rechtssache C-213/89, *The Queen gegen Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame und andere* („*Factortame I*“), Slg. 1990, I-2433, Randnrn. 20 f. In Randnr. 104 seiner Schlussanträge in der Rechtssache C-264/01, *AOK Bundesverband*, Slg. 2004, I-2493, erklärte Generalanwalt Jacobs, dass die Begründung des Urteils *Courage* seines Erachtens auch für den Anspruch auf Unterlassung gelte. Hinsichtlich der Kriterien für den Erlass einstweiliger Anordnungen siehe die verbundenen Rechtssachen C-143/88 und C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen und Zuckerfabrik Soest*, Slg. 1991, I-415 sowie die Rechtssache C-465/93, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft und andere (I) gegen Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, Slg. 1995, I-3761.

18. Die Verpflichtung einzelstaatlicher Gerichte, Schadenersatz zuzusprechen, wurde vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) in seiner Entscheidung *Courage gegen Crehan* begründet, welche speziell die Durchsetzung von aus Artikel 81 EG-Vertrag hergeleiteten Rechten und Pflichten betraf.⁴
19. Das Urteil *Courage* stützt sich auf die langjährige Rechtsauffassung der Gerichtshöfe der Gemeinschaft hinsichtlich des wirksamen Schutzes der Gemeinschaftsrechte durch die Gerichte der Mitgliedstaaten. Diese Rechtsprechung stellt auf den Schutz der Rechte des Einzelnen gegen Verletzungen des Gemeinschaftsrechts durch Mitgliedstaaten ab. Sie verpflichtet einzelstaatliche Gerichte beispielsweise dazu, vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren, wenn ein aus dem Gemeinschaftsrecht hergeleitetes Recht gerichtlich überprüft wird⁵, auf Erstattung von unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht erhobenen innerstaatlichen Abgaben zu erkennen⁶ oder Schadenersatz für Verstöße von Mitgliedstaaten gegen das Gemeinschaftsrecht zuzusprechen⁷. Das Urteil *Courage* weitet diese Rechtsprechung auf Klagen Privater gegen andere private Parteien wegen Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht insoweit aus, dass einzelstaatliche Gerichte unter bestimmten Umständen Schadenersatzklagen Einzelner wegen Verstößen anderer Einzelner gegen das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht zulassen müssen.
20. Ein durch das europäische Recht garantierter Anspruch auf Schadenersatz gegen Einzelne wegen Verstoßes gegen Artikel 81 und 82 EG-Vertrag stützt sich auf die gleichen Grundsätze, aus denen sich auch ein solcher Anspruch gegen Mitgliedstaaten wegen Verletzung anderer Vorschriften des Gemeinschaftsrechts ergibt. Er beruht darauf, dass die Artikel 81 und 82 EG-Vertrag, wie in der Rechtsprechung des

³ Zwar kann die private Durchsetzung des Wettbewerbsrechts durch effizientere Schadenersatzklagen verbessert werden, doch mögen in anderen Bereichen des europäischen Rechts andere Arten von Rechtsbehelfen zu besseren Ergebnissen führen. Dies mag bei Zuwiderhandlungen beispielsweise gegen das EU-Vergaberecht der Fall sein, wo einstweilige Maßnahmen und die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen angemessener sein könnten. Bei Verletzung der EU-Vergaberichtlinien (Richtlinien 2004/17 und 2004/18) verlangen beispielsweise die Rechtsmittelrichtlinien für das öffentliche Auftragswesen 89/665 und 92/13 von den Mitgliedstaaten, andere Abhilfen verfügbar zu machen, wie die Möglichkeit, vorläufige Maßnahmen zu treffen oder rechtswidrige Entscheidungen aufzuheben. Diese Maßnahmen sind sehr wirksam, wenn sie rasch erfolgen und in einem Stadium verfügbar sind, in dem eine Korrektur von Zuwiderhandlungen noch möglich ist (d.h. vorzugsweise während des Vergabeverfahrens, das der Unterzeichnung eines öffentlichen Auftrags vorangeht).

⁴ Rechtssache C-453/99, *Courage gegen Crehan*, Slg. 2001, I-6297. Vergleiche auch die Schlussanträge des Generalanwalts Van Gerven in der Rechtssache C-128/92, *Banks gegen British Coal*, Slg. 1994, I-1209, Randnrn. 36 bis 54.

⁵ Vgl. beispielsweise *Factortame I*, Fußnote 2.

⁶ Rechtssache 68/79, *Hans Just gegen Dänisches Ministerium für das Steuerwesen*, Slg. 1980, 501, Rechtssache 199/82, *Amministrazione delle Finanze dello Stato gegen Societa San Giorgio*, Slg. 1983, 3595 und Rechtssache C-192/95, *Comateb und andere gegen Directeur général des douanes et droits indirects*, Slg. 1997, I-165.

⁷ Verbundene Rechtssachen C-6/90 und C-9/90, *Francovich und andere gegen Italien*, Slg. 1991, I-5357 und verbundene Rechtssachen C-46/93 und C-48/93, *Brasserie du Pêcheur gegen Bundesrepublik Deutschland und The Queen gegen Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame und andere* ("Brasserie du Pêcheur"), Slg. 1996, I-1029.

Gerichtshofs dargelegt⁸, unmittelbar wirkende Verpflichtungen und Rechte für Einzelne begründen. Der Grundsatz der unmittelbaren Wirkung besagt, dass Einzelne diese Rechte und Verpflichtungen in einem Mitgliedstaat unmittelbar gerichtlich geltend machen bzw. durchsetzen können. So ist in dem Urteil *Courage* des Gerichtshofs die Rede von:

„... Einzelnen, denen das Gemeinschaftsrecht Pflichten auferlegen, aber auch Rechte verleihen kann. Solche Rechte entstehen nicht nur, wenn der Vertrag dies ausdrücklich bestimmt, sondern auch aufgrund von eindeutigen Verpflichtungen, die der EG-Vertrag dem Einzelnen wie auch den Mitgliedstaaten und den Organen der Gemeinschaft auferlegt.“⁹

21. Um die Wirksamkeit (*effet utile*) unmittelbar anwendbarer Rechte aus dem Gemeinschaftsrecht zu gewährleisten, müssen die einzelstaatlichen Gerichte adäquate Mittel zu ihrem Schutz bieten. Dieser Schutz schließt das Recht auf Schadenersatz ein. Dies gilt gleichermaßen für alle aus dem Gemeinschaftsrecht abgeleiteten Rechte und Verpflichtungen, die den Mitgliedstaaten und – nach dem Urteil *Courage* – Einzelnen auferlegt sind. So heißt es im Urteil *Courage*:¹⁰

„Die volle Wirksamkeit des Artikels [81] EG-Vertrag und insbesondere die praktische Wirksamkeit des in Artikel [81] Absatz 1 ausgesprochenen Verbots wären beeinträchtigt, wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist.

Ein solcher Schadenersatzanspruch erhöht nämlich die Durchsetzungskraft der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln und ist geeignet, von – oft verschleierte – Vereinbarungen oder Verhaltensweisen abzuhalten, die den Wettbewerb beschränken oder verfälschen können. Aus dieser Sicht können Schadenersatzklagen vor den nationalen Gerichten wesentlich zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs in der Gemeinschaft beitragen.“

22. Die Modalitäten für die Geltendmachung dieses Schadenersatzanspruchs sind mangels einer einschlägigen Gemeinschaftsregelung vom innerstaatlichen Recht zu bestimmen, jedoch mit der Maßgabe, dass diese Modalitäten mit denen entsprechender innerstaatlicher Klagen vergleichbar sein und eine effektive Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte ermöglichen müssen.¹¹ Das Grünbuch und dieses Arbeitspapier der

⁸ Rechtssache 127/73, *BRT gegen SABAM*, Slg. 1974, 51, Randnr. 16.

⁹ Urteil *Courage*, Randnr. 19, wo Bezug genommen wird auf die Urteile *van Gend & Loos*, vgl. Fußnote 1; Rechtssache 6/64, *Costa gegen ENEL*, Slg. 1964, 585 und *Francovich*, vgl. Fußnote 7, Randnr. 31. Vgl. auch Randnrn. 20 bis 23, Urteil *Courage*.

¹⁰ Urteil *Courage*, Randnrn. 26 f.

¹¹ Urteil *Courage*, Randnr. 29, wo Bezug genommen wird auf die Rechtssache C-261/95, *Palmisani gegen INPS*, Slg. 1997, I-4025, Randnr. 27.

Kommissionsdienststellen untersuchen, wie Schadenersatzansprüche zum Schutz von aus dem EU-Wettbewerbsrecht erwachsenden Rechten in Europa wirksam durchgesetzt werden können.

E. AUF DER REFORM DER VERORDNUNG 1/2003 AUFBAUEN

23. Die jüngste Reform der Systeme zur Durchsetzung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts, die durch die am 1. Mai 2004 in Kraft getretene Verordnung 1/2003¹² in Gang gesetzt wurde, verfolgte das Ziel einer verbesserten Durchsetzung durch die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten und die einzelstaatlichen Gerichte. Dieses Durchsetzungssystem führt zur Stärkung der privaten Durchsetzung des Wettbewerbsrechts.
24. Artikel 6 der Verordnung 1/2003 besagt, dass die einzelstaatlichen Gerichte für die Anwendung der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag zuständig sind. Laut Artikel 3 der Verordnung müssen einzelstaatliche Gerichte das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht auf wettbewerbswidriges Verhalten, welches den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen kann, in den Fällen anwenden, in denen sie auch das einzelstaatliche Wettbewerbsrecht auf solches Verhalten anwenden. Um den einzelstaatlichen Gerichten die Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts zu erleichtern, gibt ihnen Artikel 15 Absatz 1 der Verordnung ausdrücklich eine Reihe von Möglichkeiten vor, die Kommission um Stellungnahme oder Informationen zu ersuchen.
25. In Erwägungsgrund 7 der Verordnung wird die bedeutende Rolle privater Schadenersatzklagen vor einzelstaatlichen Gerichten in Ergänzung zur staatlichen Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts ausdrücklich anerkannt. Darin heißt es:

„Die einzelstaatlichen Gerichte erfüllen eine wesentliche Aufgabe bei der Anwendung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln. In Rechtsstreitigkeiten zwischen Privatpersonen schützen sie die sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebenden subjektiven Rechte, indem sie unter anderem den durch die Zuwiderhandlung Geschädigten Schadenersatz zuerkennen. Sie ergänzen in dieser Hinsicht die Aufgaben der einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden.“
26. Die Bekanntmachung der Kommission über Beschwerden hebt hervor, dass es „[zu] den wichtigsten Zielen der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 gehört ..., dass Gerichte und Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten an der Durchsetzung der Artikel 81 und 82 des Vertrages effektiv beteiligt werden“¹³. Sie verweist auf die Bedeutung privater Klagen für die Durchsetzung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts.
27. Die Modernisierung des EU-Wettbewerbsrechts hat den Weg für eine bessere private Durchsetzung der Wettbewerbsregeln freigemacht, indem sie die alleinige

¹² Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 1, S.1.

¹³ Bekanntmachung der Kommission über die Behandlung von Beschwerden durch die Kommission gemäß Artikel 81 und 82 EG-Vertrag, ABl. C 101 vom 27.4.2004, S. 65, Ziffer 9 (vgl. allg. Teil II A und B).

Befugnis der Kommission, über Ausnahmen nach Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag zu befinden, aufgehoben und einzelstaatliche Gerichte zur Anwendung dieser Regeln ermächtigt hat. Um diesen Prozess abzuschließen und eine äußerst effiziente und effektive Durchsetzung des Wettbewerbsrechts in Europa zu gewährleisten, muss darüber nachgedacht werden, wie die private Durchsetzung noch wirksamer eingesetzt werden kann.

F. HINDERNISSE FÜR SCHADENERSATZKLAGEN

28. Um mögliche Hindernisse für Schadenersatzklagen in Europa besser erkennen zu können, hat die Kommission eine Studie zu den Bedingungen für Schadenersatzansprüche bei Zuwiderhandlungen gegen das europäische Wettbewerbsrecht in Auftrag gegeben, die am 2. September 2004 auf der Website der GD Wettbewerb veröffentlicht wurde¹⁴. Wenn in diesem Dokument von der „Studie“ die Rede ist, so ist jeweils diese Studie gemeint.
29. Die Studie gelangt zu dem Ergebnis, dass Schadenersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen das EU-Wettbewerbsrecht von völliger Rückständigkeit [„*total underdevelopment*“] geprägt und die Ansätze der einzelnen Mitgliedstaaten durch eine erstaunliche Vielfalt [„*astonishing diversity*“] gekennzeichnet sind. So konnte für den Zeitraum seit 1962 nur eine sehr begrenzte Zahl erfolgreicher Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts ermittelt werden. Die Zahl der Verfahren, in denen Schadenersatz nach einzelstaatlichem Wettbewerbsrecht zugesprochen wurde, ist ähnlich niedrig.
30. In der Studie sind unter anderem folgende grundsätzlichen Hindernisse für die private Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts in den Mitgliedstaaten der EU aufgeführt (in der in der Studie angegebenen Reihenfolge):

1. Sammelklagen

31. Die Studie konstatiert die Beschränkungen für Sammelklagen in den Mitgliedstaaten. Insbesondere stellt sie fest, wie selten Sammelklagen (d. h. eine einzige Klage für eine Gruppe betroffener Personen) und Stellvertreterklagen (Klagen von Vertreterorganisationen wie z. B. Verbraucherverbänden) sind. Die Studie sieht dies als Hindernis für private Klagen an, soweit dadurch die Prozessführungsmöglichkeiten potenzieller Kläger eingeschränkt werden.

2. Verschulden

32. In einigen Mitgliedstaaten muss zusätzlich zum Nachweis der Zuwiderhandlung noch fahrlässiges oder vorsätzliches Handeln nachgewiesen werden. Die Studie hält dies für ein Hindernis für private Klagen, da dem Kläger eine zusätzliche Hürde in den Weg gestellt wird. Allerdings verweist die Studie darauf, dass in den meisten Mitgliedstaaten entweder kein Verschulden nachgewiesen werden muss oder aber

¹⁴ Die komplette Studie ist auf der Website der GD Wettbewerb unter http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/private_enforcement/index_en.html#damages abrufbar.

ein Verschulden widerlegbar oder unwiderlegbar vermutet wird, sobald eine Verletzung des Wettbewerbsrechts festgestellt ist oder die Verletzung als solche als Verschulden betrachtet wird.

3. Beweislast und -maß

33. Die Studie stellt fest, dass die Tatsache, dass die Beweislast für Kausalität und Schaden beim Kläger liegt – und zwar in allen Mitgliedstaaten –, ein Hindernis für private Klagen darstellt. Das in einigen Mitgliedstaaten vorgeschriebene hohe Beweismaß macht es für den Kläger insbesondere dann noch schwieriger, wenn die zugänglichen Beweismittel nicht vollständig sind. Einige Mitgliedstaaten haben das Beweismaß hinsichtlich der Quantifizierung des Schadens, der nach den üblichen Rechtsnormen unter Umständen schwer nachzuweisen ist, herabgesetzt.

4. Einholung und Beibringung von Beweisen

34. Die Studie konstatiert, dass die Gerichte der meisten Mitgliedstaaten nur sehr beschränkte Befugnisse besitzen, die Vorlage von Schriftstücken anzuordnen. Hinzu kommt, dass nur sehr wenige Mitgliedstaaten eine vorprozessliche Offenlegung von Beweismitteln zwingend vorschreiben. Die Prozessparteien sind also nicht verpflichtet, rechtserhebliche Schriftstücke vorzulegen, es sei denn, die ersuchende Partei kann das gesuchte Schriftstück genau bezeichnen, was die Erlangung von Beweismitteln zur Stützung einer Forderung weiter erschwert. Laut der Studie stellt die eingeschränkte Befugnis des Klägers, die Vorlage von Beweismitteln zu verlangen, ein Hindernis für erfolgreiche Klagen dar.
35. Ferner führt die Studie aus, dass in einigen Mitgliedstaaten nur Richter Zeugen vernehmen können, und sieht dies insoweit als Hindernis für private Klagen an, als die richterliche Vernehmung eine weniger wirksame Methode zur Erlangung von Informationen darstellt als eine unmittelbare Vernehmung durch die Prozessparteien.

5. Beweiswert von Entscheidungen einzelstaatlicher Wettbewerbsbehörden und Gerichte

36. Die Tatsache, dass Entscheidungen einzelstaatlicher Wettbewerbsbehörden (der Wettbewerbsbehörde des eigenen Landes und derer anderer Mitgliedstaaten) und der Gerichte anderer Mitgliedstaaten für die Gerichte der meisten Mitgliedstaaten nicht bindend sind, stellt laut der Studie ein Hindernis für private Klagen dar. Infolgedessen muss der Kläger bestimmte Elemente des Klagebegehrens formell nachweisen, die sonst als erwiesen angesehen würden.

6. Quantifizierung des Schadens

37. Der Nachweis eines entstandenen Schadens ist komplex und schwierig, was eine Schadenersatzklage zu einem sehr riskanten Unterfangen machen kann. In der Studie wird dazu angemerkt, dass die Quantifizierung des Schadens eine der größten Schwierigkeiten bei privaten Klagen darstellt und es an allgemein anerkannten Quantifizierungsmodellen mangelt. Unterschiedliche Ansätze für die Ermittlung des entgangenen Gewinns können zu erheblichen Abweichungen bei den Entschädigungssummen führen. Eine diesbezügliche Beschränkung könnte sich

als Hemmnis für private Klagen erweisen. Viele Mitgliedstaaten gestatten ein geringeres Beweismaß, wenn sich der Schaden schwer beziffern lässt.

7. "Passing on defence" und Klagen indirekter Abnehmer

38. Die Studie erachtet das Bestehen der so genannten "passing on defence" als Hindernis für private Klagen, weil sie diese erheblich verkompliziert. Sie führt zu einer Reduzierung der dem unmittelbaren Abnehmer zugesprochenen Schadenersatzsumme und hemmt somit gleichermaßen dessen Motivation zur Klageerhebung.
39. Die Studie stellt fest, dass in den meisten Mitgliedstaaten Klagen indirekter Abnehmer theoretisch möglich sind. Allerdings stellen die mangelnde Klarheit darüber, wie indirekte Abnehmer die Klagemöglichkeit praktisch nutzen können, und die Nachweisprobleme (insbesondere hinsichtlich der Kausalität und des entstandenen Schadens) ernsthafte Hindernisse für Klagen indirekter Abnehmer dar. Laut der Studie würde die Möglichkeit des Beklagten, sich auf die "passing on defence" zu berufen, im Zusammenspiel mit den mit Klagen indirekter Abnehmer verbundenen Schwierigkeiten private Klagen beträchtlich behindern.

8. Höhe des Schadenersatzes

40. Die Studie vertritt den Standpunkt, dass Begrenzungen der zusprechbaren Schadenersatzsummen, weil beispielsweise kein Strafschadenersatz verhängt werden kann, ebenfalls ein Hindernis für private Klagen darstellen können.
41. Sie konstatiert unterschiedliche Ansätze der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Zinsen auf Schadenersatzsummen (Abweichungen in Höhe und Anwendungsdauer der Zinssätze, z. B. in der Frage, ob Zinsen ab dem Datum der Zuwiderhandlung oder des Urteils zu berechnen sind). Sie erachtet Begrenzungen der Höhe und Anwendungsdauer von Zinssätzen als Hemmnis für private Klagen.

9. Verjährung

42. Die Studie stellt fest, dass kurze Verjährungsfristen Hindernisse für private Klagen darstellen. So können bei kurzen Verjährungsfristen Parallelklagen nach einem erfolgreichen Musterprozess nur zeitlich begrenzt erhoben werden. Private Klagen im Anschluss an eine Zuwiderhandlungsfeststellung der Wettbewerbsbehörden sind bei kurzen Verjährungsfristen ebenfalls nur zeitlich begrenzt möglich. Ferner kann sich eine kurze Verjährungsfrist als problematisch erweisen, wenn bereits bei Klageerhebung alle Beweismittel vorgelegt werden müssen und der Zugang zu ihnen nur beschränkt möglich ist.

10. Kosten

43. Laut der Studie trägt in allen Mitgliedstaaten die unterlegene Partei die Gerichtskosten, wenngleich die gezahlten Gebühren in der Praxis üblicherweise nicht in voller Höhe geltend gemacht werden können. Die mit wettbewerbsrechtlichen Klagen verbundenen hohen Kosten und Risiken sowie die Verfahrensdauer wirken sich auf die Erhebung privater Klagen hemmend aus. Hinzu kommt noch die Wahrscheinlichkeit, nicht alle Kosten geltend machen zu

können (was allerdings auch als Verringerung des Risikos des Klägers im Falle einer erfolglosen Klage betrachtet werden kann).

11. Anwendbares Recht

44. Die Studie stellt fest, dass in einem Verfahren, in dem es um Zuwiderhandlungen in verschiedenen Mitgliedstaaten geht, die Anwendung des Rechts mehrerer Länder durch ein einzelstaatliches Gericht das Verfahren erschweren und ein Hindernis für die private Wettbewerbsrechtsdurchsetzung darstellen kann. Die Kommission hat einen Vorschlag für eine Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (den so genannten Vorschlag „Rom II“) vorgelegt¹⁵. Welches Recht auf Schadenersatzklagen wegen Zuwiderhandlung gegen das europäische Wettbewerbsrecht anzuwenden ist, sollte im Lichte der in dem Vorschlag der Kommission vorgesehenen allgemeinen Kollisionsnorm (wonach sich das auf den Ersatz eines Schadens anzuwendende Recht nach dem Ort bestimmt, an dem der Schaden eingetreten ist) und der Möglichkeit, eine spezielle Kollisionsnorm für das auf solche Schadenersatzklagen anzuwendende Wettbewerbsrecht vorzuschlagen, überprüft werden.

G. ERLEICHTERUNG VON SCHADENERSATZKLAGEN WEGEN VERLETZUNG DES EU-WETTBEWERBSRECHTS

45. Die Studie hat nur sehr wenige erfolgreiche Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts ausfindig gemacht. Zusammengefasst beruhen die Haupthindernisse für diese privaten Schadenersatzklagen im Wesentlichen auf Informationsasymmetrien. Der ungewisse Ausgang bedeutet in vielen Fällen, dass den potenziell hohen Kosten nicht notwendigerweise entsprechend gute Erfolgsaussichten gegenüberstehen. So sind gewisse rechtliche und andere Aspekte äußerst komplex und lassen unterschiedliche und in manchen Fällen sogar gegensätzliche Herangehensweisen zu. Das Gleichgewicht zwischen Risiko und Erfolgsaussichten hat sich bei Wettbewerbsrechtlichen Zivilverfahren also zuungunsten der Klageerhebung verschoben. Dieses Problem muss behoben werden, will man Geschädigte zur Durchsetzung ihrer Ansprüche und zur Klageerhebung ermutigen. Laut dem Gerichtshof erhöht die Unterstützung von Schadenersatzklagen „die Durchsetzungskraft der [Artikel 81 und 82 EG-Vertrag und trägt so] wesentlich zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs in der Gemeinschaft“ bei¹⁶.
46. Im Gegensatz zur aktuellen Situation in Europa bietet das US-amerikanische System der Wettbewerbsrechtsverfahren starke Anreize für eine Klageerhebung und geht somit das schwierige Verhältnis zwischen Risiko und Erfolgsaussichten in Wettbewerbsrechtsfällen an. Zu den stärksten Prozessanreizen im US-System zählen die Möglichkeit, Schadenersatz in dreifacher Höhe geltend zu machen,

¹⁵ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), KOM (2003) 427 endg. in der geänderten Fassung; siehe den Bericht des Rechtsausschusses des Europäischen Parlaments zu diesem Vorschlag, A6-0211/2005 vom 27. Juni 2005.

¹⁶ Randnr. 27 des Urteils *Courage*.

angepasste Kostenregelungen und die Möglichkeit, kleinere Forderungen nach den Verfahrensregeln für Gruppenklagen zu einer wirksamen Klage zusammenzufassen. Einige davon lassen sich als „finanzielle Anreize“ einstufen und gelten speziell für Wettbewerbsrechtsprozesse, während andere wiederum typisch für das US-amerikanische Prozessrecht insgesamt sind.

47. Verbreitet ist die Auffassung, das US-System fördere unbegründete oder schikanöse Klagen. Dabei sollte man dieses System sorgfältig durchleuchten und daraus wie auch aus einschlägigen Erfahrungen anderer ausländischer Rechtssysteme Lehren ziehen. Der Schutz von aus dem gemeinschaftlichen Wettbewerbsrecht abgeleiteten Rechten ist wichtig, doch wichtig ist auch, exzessive Klagen unter Kontrolle zu halten und zu versuchen, eine gewisse Mäßigung im Durchsetzungssystem zu erreichen.
48. Im Hinblick auf Europa kann man durchaus die Auffassung vertreten, dass sich klarere Regeln förderlich auf Klagen auswirken. Dies gilt nicht nur für das materielle Recht, sondern auch für Schadenersatzklagen zur Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, für die Rechtsmittel und die für diese Klagen geltenden Verfahrensregeln. Im Hinblick auf das materielle Recht besteht bereits auf EU-Ebene ein klarer Rechtsrahmen, welcher Zuwiderhandlungen gegen Artikel 81 und 82 EG-Vertrag definiert. Das Bestehen dieser ständigen Rechtsprechung war eine unerlässliche Voraussetzung für die Ersetzung der Verordnung Nr. 17 durch die Verordnung Nr. 1/2003. Ohne sie hätte die EU ihre Befugnis zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag nicht auf einzelstaatliche Gerichte und die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten ausweiten können.
49. Es ist also zwischen der privaten Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts und dem materiellen Wettbewerbsrecht an sich zu unterscheiden, das festlegt, welches Verhalten eine Zuwiderhandlung darstellt. Das Grünbuch und das Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen befassen sich schwerpunktmäßig mit den Rechtsschutz- und Verfahrensvorschriften für Schadenersatzklagen, also den geltenden Regeln für die Durchsetzung des materiellen Rechts in den Gerichten. Wenn potenzielle Kläger, seien es Unternehmen oder Privatpersonen, nicht bereits im Vorfeld die Regeln kennen, die sie vor Gericht zu beachten haben, wird sie dies von einer Klageerhebung und Durchsetzung ihrer Rechte abschrecken. Auf diese Regeln kann es ankommen, denn sie können in erster Linie die Wahrscheinlichkeit einer gerichtlichen Haftungsfeststellung oder daneben andere Aspekte wie die wahrscheinliche Höhe der gerichtlich zugesprochenen Entschädigungssumme beeinflussen.
50. Innerhalb der Europäischen Union kommt es nicht nur auf Klarheit an, es sollten auch in allen Mitgliedstaaten gleiche Bedingungen für die Durchsetzung von aus dem europäischen Recht erwachsenden Ansprüchen geschaffen werden. Wenn ein Kläger in einem Mitgliedstaat bessere Aussichten hat, von seinem einzelstaatlichen Gericht eine hohe Entschädigungssumme zugesprochen zu bekommen, als ein Kläger in einem anderen Mitgliedstaat, dann wird das EU-weit einheitlich geltende materielle Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft, nicht in der gesamten Gemeinschaft einheitlich durchgesetzt. Es ist unabdingbar, dass die Rechte der Bürger Europas in allen Mitgliedstaaten den gleichen Schutz genießen.

51. Maßnahmen zur Verbesserung der Bedingungen für Schadenersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen das europäische Wettbewerbsrecht können sowohl auf Ebene der Gemeinschaft als auch in den Mitgliedstaaten getroffen werden. Es steht zu hoffen, dass das Grünbuch die allgemeine Debatte über die private Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts sowie auch Diskussionen darüber anregt, mit welchen Methoden die Durchsetzung auf allen Ebenen, EU-weit und in den Mitgliedstaaten, erleichtert werden kann.
52. Obwohl einige der in dem Grünbuch und diesem Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen erörterten Aspekte für mehrere Bereiche ziviler Rechtsstreitigkeiten zutreffen (von denen zivilrechtliche Klagen wegen Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht nur einer ist), ist es angebracht, diese Aspekte lediglich im Hinblick auf das Wettbewerbsrecht zu behandeln. Zivile Rechtsstreitigkeiten im Bereich des Wettbewerbs berühren besondere öffentliche Interessen und weisen eine Reihe spezifischer Aspekte auf, die – zusammengenommen – dazu führen, dass sich die Erhebung einer Klage ungewöhnlich schwierig gestaltet. Hier sind folgende besonders wichtige Eigenheiten zu nennen:
- Erstens stellen die Artikel 81 und 82 EG-Vertrag grundlegende Bestimmungen des EG-Vertrags dar, die den Wettbewerb im Binnenmarkt schützen sollen¹⁷. In seinem Urteil *Courage* hat der Gerichtshof ausgeführt, dass ein Schadenersatzanspruch die Durchsetzungskraft der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln erhöht und geeignet ist, von Vereinbarungen und Verhaltensweisen abzuhalten, die den Wettbewerb beschränken können. Der Gerichtshof weist außerdem darauf hin, dass Schadenersatzklagen vor den einzelstaatlichen Gerichten wesentlich zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs in der Gemeinschaft beitragen können¹⁸. Das Recht Einzelner, auf Schadenersatz zu klagen, dient somit dem öffentlichen Interesse. Die erste charakteristische Eigenheit ist daher das Element des öffentlichen Interesses.
 - Zweitens ist der Marktkontext von Bedeutung. Wenn Wettbewerbsrecht geltend gemacht wird, ist eine umfangreichere Prüfung der rechtserheblichen Fakten gerechtfertigt. Um einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht nachzuweisen, muss im Allgemeinen der relevante Markt definiert und bewiesen werden, dass die beanstandete Verhaltensweise negative Auswirkungen auf Preise, Produktion oder Innovationen in dem betreffenden Markt hat. Besonders schwierig kann sich die Bezifferung des Schadens gestalten, da bei einer Überteuerung die Differenz zwischen dem Kartellpreis und einem fiktiven freien Marktpreis ermittelt werden muss. Diese Schwierigkeiten erfordern häufig Zugang zu Beweismaterial, welches die geschäftlichen Aktivitäten anderer tatsächlicher und potenzieller Marktakteure beschreibt, sowie eine komplexe Analyse, für die Fakten in erheblichem Umfang zusammengetragen werden müssen. Die zweite charakteristische Eigenheit ist daher der Umfang der Beweislast für einen potenziellen Kläger.

¹⁷ Rechtssache C-126/97, *Eco Swiss gegen Benetton*, Slg. 1999, I-3055, Randnr. 36.

¹⁸ Randnr. 27 des Urteils *Courage*.

- Außerdem hat der potenzielle Kläger nicht nur eine besonders hohe Beweislast zu tragen, sondern sind die für die erfolgreiche Einreichung einer Klage verlangten Information auch uneinheitlich verteilt: als Beweis werden häufig die Marktstellung des Beklagten und seine Handelspraktiken verlangt – es besteht eine deutliche Asymmetrie zwischen dem – potenziellen – Kläger und dem eines wettbewerbswidrigen Verhaltens beschuldigten Beklagten.

53. Die Abschnitte II bis X dieses Dokuments befassen sich mit den einzelnen Aspekten der Schadenersatzklagen und zeigen für alle dargelegten wesentlichen Punkte Möglichkeiten zur ihrer Erleichterung auf. Es wird um Stellungnahmen zu den aufgeführten Optionen und Fragen für die einzelnen in dem Grünbuch und diesem Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen angesprochenen Punkte gebeten. Die Kommission wird anhand der eingegangenen Stellungnahmen zu dem Grünbuch und diesem Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen beurteilen, welche Schritte gegebenenfalls nötig sind, um Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts zu erleichtern.

ABSCHNITT II: ZUGANG ZU BEWEISMATERIAL

A. OFFENLEGUNG UND VORLAGE VON BEWEISMITTELN

1. Der allgemeine Rahmen

a. Die Situation in den EU-Mitgliedstaaten

54. Grundsätzlich stellen die Schwierigkeiten des Klägers, in den Besitz von Beweismaterial für eine mutmaßliche Wettbewerbsrechtsverletzung zu gelangen, eines der Haupthindernisse für Schadenersatzklagen dar.¹⁹ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Zuwiderhandlung nicht bereits durch eine Entscheidung einer zuständigen Behörde festgestellt wurde. Bei diesen isolierten Klagen hängt vieles davon ab, ob der Kläger den Beklagten oder selbst einen Dritten zwingen kann, in ihrem Besitz befindliche Schriftstücke, welche die mutmaßliche Zuwiderhandlung belegen können, offen zu legen.
55. In allen EU-Mitgliedstaaten sind die Richter zumindest in gewisser Weise befugt, für beide Streitparteien und Dritte die Offenlegung von Schriftstücken anzuordnen, wengleich diese Befugnis gegenüber Dritten bisweilen stärker eingeschränkt ist. Dies geschieht gewöhnlich auf Antrag der Prozessparteien, kann jedoch auch von Amts wegen erfolgen. Die Offenlegung ist in den Gerichtsbarkeiten des Common Law und des römischen Rechts in Europa bekannt. Der Hauptunterschied zwischen diesen beiden Rechtstraditionen besteht darin, dass nach dem Common Law die Offenlegung größtenteils durch die Parteien erfolgt und die Gerichte den Vorgang nur in sehr geringem Umfang beaufsichtigen. Im Gegensatz dazu sind die Parteien in den römischen Rechtssystemen nur sehr eingeschränkt befugt, die „Beibringung von Beweisen“ zu erzwingen oder der gegnerischen Partei oder Dritten nachteilige Zeugenaussagen zu entlocken. Sie müssen daher auf freiwillige Unterstützung hoffen oder das Gericht um Eingreifen ersuchen. Außerdem darf nicht vergessen werden, dass die Richter in Verfahren nach römischem Recht eine wichtigere Rolle bei der Tatsachenfeststellung spielen als nach dem Common Law.
56. In einigen Rechtsordnungen des Common Law, ist die Offenlegung von Schriftstücken im Vorverfahren möglich, das heißt, sie findet nach der Klageeinreichung, aber vor der Hauptverhandlung statt.²⁰ Dabei legen die Prozessparteien einander alle in ihrem Besitz oder ihrer Verfügungsgewalt befindlichen prozessrelevanten Schriftstücke vor. Dies lässt sich am besten als geordneter Austausch von Beweismitteln und Erklärungen zwischen den Parteien verstehen, der dazu dient, Überraschungen zu vermeiden und den Grund der Klage

¹⁹ Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, the Comparative Report (“Vergleichender Bericht”) unter:
http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/private_enforcement/index_en.html, S. 11.

²⁰ Eine Offenlegung im Vorverfahren kann sogar den Zeitraum vor der Klageerhebung einschließen.

klarzustellen, damit beide Parteien die für ihren jeweiligen Standpunkt relevanten Sachverhalte beurteilen können, sowie eine vergleichsweise Erledigung zu fördern. Leisten die Anwälte bei der Offenlegung gute Arbeit, dann dürften sie während der Hauptverhandlung von keiner Antwort eines Zeugen der gegnerischen Partei überrascht werden. Andererseits können umfangreiche Vorverfahren teuer und langwierig sein. Sie können den Rechtsstreit verzögern, wenn die Parteien viel Zeit und umfangreiche Mittel aufwenden müssen, um verschiedene Schriftstücke beizubringen und der anderen Partei vorzulegen. Verzögerungen durch die Offenlegung lassen sich jedoch durch ein effektives Fallmanagement seitens des Gerichts auf ein Minimum begrenzen. Wenn ein Verfahren dem Anschein nach durch eine Fallmanagementkonferenz oder eine mündliche Vorbesprechung beschleunigt werden kann, dann sollten die einzelstaatlichen Gerichte auf Ersuchen einer Partei oder auf eigene Initiative eine solche Konferenz oder Vorbesprechung anordnen können.²¹

57. Ein Argument gegen umfangreiche Verfahren zur Erlangung von Beweismitteln ist, dass es zur Erlangung von Geschäftsgeheimnissen missbraucht werden kann. In den meisten Mitgliedstaaten, und zwar sowohl in Rechtsordnungen, welche eine Offenlegung vorsehen, als auch in solchen, in denen Beweismittel in erster Linie durch Vorlageanordnungen beschafft werden, sind in den Verfahrensregeln für die Erlangung von Beweismitteln gewisse Schutzmaßnahmen verankert.²² Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen gegen Offenlegung geht in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich weit. Beispielsweise erstreckt sich der Schutz von Geschäftsgeheimnissen in Deutschland auf alle technischen Arbeitsmittel und Arbeitsmethoden. Allerdings können sich nur Dritte zur Verweigerung der Offenlegung von Schriftstücken auf Geschäftsgeheimnisse berufen.²³ In Frankreich sind die Verweigerungsgründe auf Betriebsgeheimnisse oder Informationen über die Struktur von Mitbewerbern beschränkt und schließen Buchhaltungsunterlagen nicht ein. In einigen Rechtsordnungen können Gerichtsverhandlungen zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen ganz oder teilweise unter Ausschluss der Öffentlichkeit geführt werden.²⁴ Nach dem englischen Verfahrensrecht kann das Competition Appeals Tribunal (CAT) die Offenlegung vertraulicher Schriftstücke untersagen.²⁵ Die ordentlichen englischen Gerichte haben diese ausdrückliche Befugnis zwar nicht, verlangt jedoch eine Partei Geheimhaltung, so kann das Gericht eine eingeschränkte Offenlegung anordnen, wobei es in jedem einzelnen Fall entscheiden muss, welcher Grad der Offenlegung angemessen ist, indem es z. B. die

²¹ Vgl. beispielsweise für das Vereinigte Königreich, Rule 20(1) der *Competition Appeal Tribunal Rules 2003* („CAT Rules“ - SI 2003 Nr. 1372) [Verfahrensvorschriften des Berufungstribunals in Wettbewerbssachen] unter <http://www.catribunal.org.uk/documents/SI2003No1372.pdf> und für Irland, Order 63B, Rules 13 und 14 der *Rules of the Superior Courts* [Verfahrensregeln der höheren Gerichte] unter <http://www.courts.ie/rules.nsf/>.

²² In Estland, Spanien, Italien, Zypern, Malta, den Niederlanden, Portugal und der Slowakischen Republik ist der Schutz von Geschäftsgeheimnissen nicht ausdrücklich als Grund für eine Verweigerung der Offenlegung aufgeführt.

²³ § 142 Absatz 2 *Zivilprozessordnung* (ZPO).

²⁴ Beispielsweise in Dänemark.

²⁵ CAT-Rule 53, vgl. Fußnote 21.

Offenlegung auf die Anwälte der Parteien beschränkt und diese zur Geheimhaltung gegenüber ihren Mandanten verpflichtet.

b. Europäische und internationale Initiativen

58. Auf europäischer Ebene wird die Offenlegung von Beweismitteln durch die Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums geregelt.²⁶ Artikel 6 Absatz 1 der Richtlinie besagt:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständigen Gerichte auf Antrag einer Partei, die alle vernünftigerweise verfügbaren Beweismittel zur hinreichenden Begründung ihrer Ansprüche vorgelegt und die in der Verfügungsgewalt der gegnerischen Partei befindlichen Beweismittel zur Begründung ihrer Ansprüche bezeichnet hat, die Vorlage dieser Beweismittel durch die gegnerische Partei anordnen können, sofern der Schutz vertraulicher Informationen gewährleistet wird. Für die Zwecke dieses Absatzes können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass eine angemessen große Auswahl aus einer erheblichen Anzahl von Kopien eines Werks oder eines anderen geschützten Gegenstands von den zuständigen Gerichten als glaubhafter Nachweis angesehen wird.“

59. Gewisse Formen der Offenlegung wurden auch von zwei Projekten empfohlen, die sich mit der europäischen und internationalen Harmonisierung des Zivilprozessrechts befassen: der *European Code of Civil Procedure* [Europäische Zivilprozessordnung]²⁷ und die *Principles of Transnational Civil Procedure* [Grundsätze des transnationalen Zivilprozesses] von ALI/UNIDROIT.²⁸
60. Der Entwurf des *European Code of Civil Procedure* sieht begrenzte Offenlegungspflichten vor. Artikel 4 verpflichtet eine Partei, allen anderen Parteien ein Verzeichnis der in ihrem Besitz, ihrem Gewahrsam oder ihrer Verfügungsgewalt befindlichen Schriftstücke zu übermitteln, die im Zusammenhang mit einer verfahrensrelevanten Frage stehen und den anderen Parteien nicht bereits vorgelegt worden sind, sofern eine allgemeine einzelstaatliche Rechtsvorschrift dies verlangt oder das Gericht dies anordnet, nachdem allen Parteien Gelegenheit zur

²⁶ Richtlinie 2004/48 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. L 157, S. 45.

²⁷ 1987 wurde eine Arbeitsgruppe Approximation of Civil Procedural Law [Annäherung des Zivilprozessrechts] gebildet, die im Jahr 1994 einen Abschlussbericht und einen Gesetzentwurf vorlegte. Vgl. M. Storme (Hrsg.), „Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne - Approximation of Judiciary Law in the European Union“ [Annäherung des Gerichtsrechts in der Europäischen Union], Dordrecht/Boston/London, 1994.

²⁸ Das International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) ist eine unabhängige Regierungsorganisation mit Sitz in Rom. Es untersucht die Erfordernisse und Methoden zur Modernisierung, Harmonisierung und Abstimmung des Zivil- und insbesondere des Handelsrechts zwischen Staaten und Staatengruppen. Es hat zu dieser Frage im Jahr 2000 mit dem American Law Institute (ALI) eine gemeinsame Arbeitsgruppe gebildet. Die *Principles of Transnational Civil Procedure* wurden 2004 sowohl von UNIDROIT als auch von ALI gebilligt (ALI/UNIDROIT Draft Principles of Transnational Civil Procedure, Februar 2004 (UNIDROIT 2004, Studie LXXVI – Dok. 11)). Staaten können diese Grundsätze und Verfahrensregeln zur Beilegung transnationaler Streitigkeiten ohne Schiedsverfahren annehmen.

Meinungsäußerung hatten. Nach Artikel 4.2.1 des Entwurfs muss eine Partei, die ein solches Verzeichnis übermittelt hat, jegliche der darin aufgeführten Schriftstücke – ausgenommen solche, für die sie ein Verweigerungsrecht hinsichtlich der Offenlegung oder Übermittlung geltend gemacht hat – an die anderen Parteien übermitteln oder ihnen gestatten, Einsicht zu nehmen oder Abschriften zu fertigen. Die möglichen Gründe für eine Verweigerung der Offenlegung oder Übermittlung sind im einzelstaatlichen Recht festzulegen. Wenn das Gericht davon überzeugt ist, dass die Übermittlung eines Schriftstückes, die Einsichtnahme in ein Schriftstück oder das Fertigen von Abschriften eines Schriftstückes der Partei, welche das Verzeichnis übermittelt hat, oder einer anderen Person unangemessenen Schaden zufügen würde, kann es die Partei von der Verpflichtung zur Offenlegung dieses Schriftstückes befreien. Ein Gericht kann auf Antrag einer Partei auch einen Dritten durch Anordnung verpflichten ein in seinem Gewahrsam, seiner Verfügungsgewalt oder seinem Besitz befindliches Schriftstück, welches im Zusammenhang mit einer verfahrensrelevanten Frage steht, offen zu legen oder zu übermitteln.

61. Gemäß dem Grundsatz 16.2 der *Principles of Transnational Civil Procedure* von ALI/UNIDROIT soll ein einzelstaatliches Gericht auf Ersuchen einer Partei „die Offenlegung erheblicher und ausreichend bestimmter Beweismittel anordnen, die nicht dem Schutz von Weigerungsrechten unterliegen und sich im Besitz oder unter der Kontrolle einer anderen Partei oder eines Dritten befinden“. Dass ein Beweismittel gegen den Offenlegenden verwendet werden kann, rechtfertigt eine Verweigerung der Offenlegung nicht. Laut der Anmerkung zu diesem Grundsatz sind „erhebliche“ Beweismittel beweiskräftige Materialien, die eine im Verfahren strittige Behauptung unterstützt, entkräftet oder ihr widerspricht. Eine Partei sollte nicht einen so genannten Beweisfischzug führen dürfen, um in einer aussichtslosen Rechtssache voranzukommen, während eine gegnerische Partei dazu gezwungen wird, in ihrer Verfügungsgewalt befindliche Beweismittel vorzulegen. Die Grundsätze gestatten somit ein gewisses Maß an prozessvorbereitender Offenlegung unter Aufsicht des Gerichts. Die genannte Anmerkung ist mit einem anderen Grundsatz verknüpft, nach dem die Parteien die für ihren Standpunkt rechtserheblichen Tatsachen „hinreichend substantiiert und bestimmt“ darlegen und die verfügbaren Beweismittel, mit denen sie ihre Behauptungen untermauern wollen, „hinreichend genau“ beschreiben müssen, dem so genannten „Fact-Pleading“.²⁹
62. Schließlich ist die Verordnung Nr. 1206/2001 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil-

²⁹ Grundsatz 11.3 der *Principles of Transnational Civil Procedure* von ALI/UNIDROIT (vgl. Fußnote 28). Die verlangte „hinreichend genaue“ Beschreibung wird in der Regel durch Bezeichnung der wichtigsten Schriftstücke, welche die Grundlage des Klagebegehrens oder der Klagebeantwortung bilden, sowie durch eine kurze Zusammenfassung der erwarteten Aussagen benannter Zeugen erfüllt. Das Fact-Pleading unterscheidet sich von dem nach den US-amerikanischen Federal Rules of Civil Procedure vorgesehenen Notice-Pleading. Beim Notice-Pleading muss eine Partei dem Gericht die Notwendigkeit der Offenlegung von Beweismitteln durch eine andere Partei nicht notwendigerweise glaubhaft machen.

oder Handelssachen³⁰ zu erwähnen. Aufgrund dieser Verordnung kann ein Gericht eines Mitgliedstaates ein Gericht eines anderen Mitgliedstaates um Beweisaufnahme ersuchen oder darum ersuchen, in einem anderen Mitgliedstaat unmittelbar Beweis erheben zu dürfen.³¹ Der Wortlaut der Verordnung, insbesondere Artikel 1 Absatz 2 deutet darauf hin, dass sich ein solches Ersuchen auch auf eine Offenlegung von Beweismitteln vor der Hauptverhandlung beziehen kann.

2. Maßnahmen gegen die Offenlegungsverweigerung und die Vernichtung von Beweismitteln

a. Sanktionen bei Offenlegungsverweigerung

63. Wer sich entgegen einer Anordnung weigert, ein Schriftstück vorzulegen, muss in den meisten Mitgliedstaaten mit einer Strafe rechnen.³² Dabei handelt es sich gewöhnlich um Geldstrafen³³, jedoch sind auch andere Sanktionen möglich. In Dänemark und Deutschland können Dritte bei wiederholter Offenlegungsverweigerung bis zu sechs Monate inhaftiert werden. Wer in England und Irland im Rahmen der Offenlegung falsche Angaben macht, ohne dabei nach bestem Wissen und Gewissen zu handeln, oder die Offenlegung verweigert, kann wegen Missachtung des Gerichts belangt werden.³⁴
64. In einigen Mitgliedstaaten kann sich die Offenlegungsverweigerung auf das laufende Verfahren auswirken.³⁵ Wer beispielsweise in Irland eine Offenlegungsanordnung missachtet, muss mit einer Anordnung des persönlichen Arrestes und als Kläger mit der Abweisung seiner Klage wegen Prozessverschleppung oder als Beklagter mit der Zurückweisung seiner Klagebeerwiderung als unzulässig rechnen.³⁶ In Frankreich kann ein Beklagter bei Offenlegungsverweigerung zu Schadenersatz verurteilt werden. Ist eine Partei in England mit dem Umfang der Offenlegung der gegnerischen Partei unzufrieden, so kann sie eine gerichtliche Anordnung erwirken, welche die gegnerische Partei zur

³⁰ Verordnung Nr. 1206/2001 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handelssachen, ABl. L 174, S. 1.

³¹ Für die Zwecke dieser Verordnung bezeichnet der Begriff „Mitgliedstaat“ alle EU-Mitgliedstaaten außer Dänemark.

³² Vergleichender Bericht, S. 65.

³³ So in Belgien, der Tschechischen Republik, Dänemark, Deutschland Estland, Spanien, Frankreich, Lettland, Litauen, Ungarn, Polen, Portugal, der Slowakischen Republik, Spanien und Schweden. In Dänemark, Deutschland, und Frankreich werden Geldstrafen nur verhängt, wenn die Offenlegung von einem Dritten verlangt wird.

³⁴ Missachtung des Gerichts ist ein Konzept des Common Law, wonach das Gericht nach freiem Ermessen Bußgelder verhängen oder sogar Haft anordnen kann.

³⁵ Vgl. auch Absatz 88 f. des Arbeitspapiers zu den Folgen einer Offenlegungsverweigerung für die Beweislage.

³⁶ Order 31, Rule 21 der *Rules of the Superior Courts* (vgl. Fußnote 21).

Offenlegung weiterer konkreter Unterlagen oder zu weiteren Nachforschungen verpflichtet. Die Nichtbeachtung einer solchen Anordnung kann als Missachtung des Gerichts ausgelegt werden und schwerwiegende Folgen wie Klageabweisung oder Erlass eines Urteils gegen die betreffende Partei haben.

b. Vermeidung der Vernichtung von Beweismitteln

65. Eine Schwachstelle der Beweisaufnahme bei privaten Klagen ist, dass die vor der Offenlegung oder Vorlage von Schriftstücken notwendige Klageeinreichung mit der Gefahr verbunden ist, dass der Beklagte belastende Unterlagen vernichtet. Diesem Problem kommen die oben genannten Sanktionen für Offenlegungsverweigerung nur zum Teil bei. Eine echte Lösung dieses Problems erfordert unter Umständen Sanktionen für die Vernichtung solcher Unterlagen, die eine ausreichende Abschreckungswirkung besitzen.³⁷
66. Ein weiterer Ansatz zur Lösung dieses Problems sind Verfahren zur „Sicherstellung“ von Beweismitteln, indem diese – beispielsweise durch Fertigung von Abschriften von Schriftstücken, die vernichtet werden könnten – registriert und gesichert werden, um ihr Fortbestehen oder ihre Verfügbarkeit zu gewährleisten. So können in der Tschechischen Republik Beweismittel auf Antrag vor Eröffnung des eigentlichen Verfahrens sichergestellt werden, wenn zu befürchten ist, dass diese Beweismittel später nicht mehr verfügbar sind oder nur unter großen Schwierigkeiten beschafft werden können. In Italien, Litauen, Luxemburg und Slowenien können Beweismittel sichergestellt werden, wenn die Gefahr besteht, dass bis zum Prozessbeginn der betreffende Zeuge verstorben ist oder sich der zu untersuchende Ort oder Gegenstand verändert hat. In Spanien kann eine frühzeitige Beurteilung von Beweismitteln beantragt werden, wenn hinreichender Grund zu der Annahme besteht, dass die Beweismittel bei Prozessbeginn nicht mehr vorhanden sind. Wird dem Antrag stattgegeben, so muss der Kläger seine Klage innerhalb von zwei Monaten einreichen, andernfalls werden die Beweismittel ungültig. Diese Vorschrift gestattet offenbar Maßnahmen noch vor der Klageeinreichung.
67. Schließlich sieht die Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums³⁸ ebenfalls Maßnahmen zur Beweissicherung vor. Artikel 7 der Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, sicherzustellen, dass ein Gericht schnelle und wirksame einstweilige Maßnahmen zur Sicherung der rechtserheblichen Beweismittel hinsichtlich der behaupteten Verletzung anordnen kann, sofern der Schutz vertraulicher Informationen gewährleistet wird. Das Gericht kann dies selbst vor Einleitung eines Verfahrens in der Sache auf Antrag einer Partei tun, die alle vernünftigerweise verfügbaren Beweismittel zur Begründung ihrer Ansprüche, dass ihre Rechte an geistigem Eigentum verletzt worden sind oder verletzt zu werden drohen, vorgelegt hat.

³⁷ So wird z. B. die Offenlegung in den USA durch Androhung einer Gefängnisstrafe bis zu fünf Jahren für Missachtung des Gerichts, Nichtvorlage oder Vernichtung von Unterlagen gestärkt (Rule 37 der *Federal Rules of Civil Procedure*).

³⁸ Vgl. Fußnote 26.

3. Zeugen vor Gericht

a. Ladung von Zeugen für Aussagen vor Gericht

68. In verschiedenen Rechtsgebieten können Parteien und ihre Vertreter nur beschränkt als Zeugen benannt werden. Diese Beschränkungen können sich besonders in Wettbewerbsrechtssachen, in denen die Aussagen von Vertretern der beteiligten Unternehmen bedeutsame und wichtige Informationen enthalten können, als Hindernis für die Beweisaufnahme erweisen. In neun Mitgliedstaaten können weder die Parteien noch ihre Vertreter als Zeugen an sich benannt werden, wenngleich in den meisten Staaten die Möglichkeit besteht, dass die Parteien Aussagen machen.³⁹ In praktisch allen Mitgliedstaaten haben Personen, die an ein Berufsgeheimnis gebunden sind und (nahe) Verwandte der Parteien ein Zeugnisverweigerungsrecht oder dürfen gar nicht erst aussagen. Schließlich können in einigen Mitgliedstaaten Zeugenaussagen nicht schriftlich abgegeben werden.⁴⁰

b. Zeugenvernehmung und Kreuzverhör vor Gericht

69. Die Zeugenvernehmung ist die Befragung eines Zeugen vor Gericht. Es sind drei Phasen der Zeugenvernehmung möglich. Die erste Zeugenvernehmung ist die Vernehmung eines Zeugen durch die Partei, die ihn benannt hat. Dieser ersten Phase folgt in der Regel das Kreuzverhör, also die Befragung des Zeugen durch eine andere als die benennende Partei. Das Kreuzverhör wird gewöhnlich mit dem Ziel geführt, die Wirkung der Zeugenaussage abzuschwächen. Die dritte mögliche Phase ist die erneute Vernehmung des Zeugen durch die Partei, die ihn benannt hat, um jedweden durch das Kreuzverhör vermittelten falschen Eindruck zu erklären oder richtig zu stellen.

70. Die Zeugenvernehmung dient insbesondere der Tatsachenfeststellung, wenn keine Urkundenbeweise zur Verfügung stehen, oder der Feststellung der Wahrheit, wenn die Fakten strittig sind. In den Mitgliedstaaten mit Common-Law-System scheint dem Kreuzverhör im Gerichtsverfahren eine besondere Bedeutung zuzukommen. Das Kreuzverhör ermöglicht die Überprüfung der Zuverlässigkeit und Genauigkeit einer Zeugenaussage. In Wettbewerbssachen gilt das Kreuzverhör daher als nützliches Instrument, wenn wichtige Sachfragen strittig sind, z. B. im Fall von Kartellen.⁴¹

³⁹ In der Tschechischen Republik, Deutschland, Estland, Italien, Luxemburg, Ungarn, Portugal, der Slowakischen Republik und Schweden können Prozessparteien nicht als Zeugen benannt werden. Allerdings können in Schweden Parteien zur Abgabe einer Erklärung als Partei aufgefordert werden, während die Parteien in der Tschechischen Republik, Deutschland, Estland, Portugal und der Slowakischen Republik Erklärungen abgeben können.

⁴⁰ Dies gilt für Estland, Finnland, Italien, Portugal, Slowenien und Schweden. In Slowenien gilt eine solche schriftliche Erklärung nicht als „Zeugenaussage“, sondern als andere Beweisform, die ebenfalls zulässig ist, da hinsichtlich der Beweisform keine Einschränkungen bestehen.

⁴¹ Vergleichender Bericht, S. 66 ff.

71. In den meisten EU-Mitgliedstaaten ist das Kreuzverhör in der einen oder anderen Form zulässig.⁴² In vier Mitgliedstaaten (Belgien, Frankreich, Italien und Luxemburg) ist ein Kreuzverhör durch die Parteien nicht möglich. Doch selbst in diesen vier Ländern können die Parteien den Richter ersuchen, die Zeugen zu befragen. In Italien sind diese Fragen im Voraus vorzulegen. In diesem System haben die Parteien mithin nicht die Möglichkeit, den Wahrheitsgehalt von Zeugenaussagen selbst zu überprüfen, wie dies im direkten Kreuzverhör möglich ist.
72. Ferner ist zu bemerken, dass die meisten Mitgliedstaaten, in denen ein direktes Kreuzverhör möglich ist, auch Mechanismen zum Schutz der Zeugen vorsehen. So wird der Zeuge in Deutschland, Griechenland, Österreich, der Slowakischen Republik und der Tschechischen Republik zuerst vom Richter befragt, um ihm Gelegenheit zu einer vollständigen und zusammenhängenden Aussage zu geben.⁴³ Außerdem kann der Richter im Kreuzverhör Fragen, die er in der Sache für unerheblich oder für verwirrend hält, zurückweisen. Die Möglichkeit zur erneuten Vernehmung bietet darüber hinaus Gelegenheit zur Richtigstellung jedweden falschen Eindrucks aus dem Kreuzverhör.

4. Zugang zu Schriftstücken, die sich im Besitz der Kommission oder von einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden befinden

a. Zugang nach den Regeln zur Verwaltungstransparenz

73. Die meisten, wenn nicht gar alle Mitgliedstaaten haben Regeln zur Verwaltungstransparenz ihrer Institutionen. Für die Europäische Union ist dieser Transparenzgrundsatz in Artikel 255 EG-Vertrag verankert, der allen EU-Bürgern sowie natürlichen und juristischen Personen mit Wohnsitz oder Sitz in der EU Zugang zu den Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission garantiert. Die für diesen Zugang geltenden Grundsätze, Bedingungen und Einschränkungen sind in der Verordnung 1049/2001 dargelegt.⁴⁴ Der Hauptzweck dieser Verordnung besteht nach ihrem dritten Erwägungsgrund darin, „die Transparenz des Entscheidungsprozesses“ der Organe der EU zu verbessern. Die Verordnung ist Teil einer Initiative zur Verbesserung der Transparenz und der Verantwortlichkeit der Organe der EU. Wer gemäß dieser Verordnung Zugang zu Dokumenten beantragt, muss diesen Antrag nicht begründen⁴⁵ und jedes auf Antrag freigegebene Dokument wird Gemeingut.

⁴² Das deutsche Recht schließt das Kreuzverhör zwar nicht aus, jedoch kommt es in der Praxis offenbar nur selten vor. In Litauen wird das Kreuzverhör in der Praxis ebenfalls nicht eingesetzt.

⁴³ Vergleichender Bericht, S. 68.

⁴⁴ Verordnung Nr. 1049/2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, ABl. L 145, S. 43.

⁴⁵ Artikel 6 Absatz 1 der Verordnung 1049/2001.

74. Wenngleich das Interesse des Antragstellers für die Einschätzung, ob ein Dokument zur Verfügung gestellt werden soll oder nicht, unerheblich ist⁴⁶, ist der Schutz privater Interessen bei Schadenersatzforderungen eindeutig nicht das Ziel dieser Verordnung. Daher wäre es sinnvoll, für Zivilprozessparteien das ausdrückliche Recht zu schaffen, von den anderen Prozessparteien die Informationen einzuholen, die sie der Kommission oder einer einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörde vorgelegt haben.
- b. Zugang einzelstaatlicher Gerichte zu Dokumenten gemäß dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Mitgliedstaaten
75. Wenn ein einzelstaatliches Gericht Zugang zu Dokumenten der Kommission beantragt, gelten andere Regeln. Die Grundregel für die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den einzelstaatlichen Gerichten beruht auf der Auslegung der in Artikel 10 EG-Vertrag verankerten Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Mitgliedstaaten durch die Gerichte der Gemeinschaft.⁴⁷ Konkret befasst sich Artikel 15 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1/2003 mit diesem Thema, der besagt, dass einzelstaatliche Gerichte im Rahmen von Verfahren, in denen Artikel 81 oder 82 des Vertrags zur Anwendung kommen, „die Kommission um die Übermittlung von Informationen, die sich in ihrem Besitz befinden, ... bitten“ können. Die zugehörige Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrags enthält einen ganzen Abschnitt zur Pflicht der Kommission, Informationen an einzelstaatliche Gerichte zu übermitteln.⁴⁸
76. Bei der Übermittlung von Informationen an einzelstaatliche Gerichte muss die Kommission die in Artikel 287 EG-Vertrag natürlichen und juristischen Personen gegebenen Garantien aufrechterhalten. Dieser Artikel untersagt allen Bediensteten der Kommission, Auskünfte, die unter das Berufsgeheimnis fallen, preiszugeben. Artikel 28 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1/2003 wiederholt dieses Verbot und weitet es auf Beamte der Mitgliedstaaten aus. Die Pflicht zur Wahrung des Berufsgeheimnisses dient hauptsächlich dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen und anderen vertraulichen Informationen. Werden solche Informationen einem einzelstaatlichen Gericht übermittelt, obliegt dieser Schutz dem betreffenden Gericht. Die Kommission muss allerdings die nötigen Vorkehrungen zum Schutz der Geschäftsgeheimnisse und anderen vertraulichen Informationen treffen. Zu

⁴⁶ Verbundene Rechtssachen T-110/03, T-150/03 und T-405/03, *Jose Maria Sison gegen Rat*, Randnr. 55 (noch nicht veröffentlicht).

⁴⁷ Vgl. Rechtssache T-353/94, *Postbank gegen Kommission*, Slg. 1996, II-921 zur Anwendung der Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den einzelstaatlichen Gerichten in einer Wettbewerbssache.

⁴⁸ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrags, ABl. C 101/2004, S. 54, Ziffern 21 bis 26.

diesen Vorkehrungen zählt insbesondere die Pflicht, das einzelstaatliche Gericht über die Schriftstücke oder Teile von Schriftstücken zu unterrichten, die Geschäftsgeheimnisse oder vertrauliche Informationen enthalten. Das bedeutet auch, dass sich die Kommission vor der Übermittlung von Schriftstücken, die Geschäftsgeheimnisse oder andere vertrauliche Informationen enthalten, vergewissern muss, dass das einzelstaatliche Gericht die Vertraulichkeit dieser Schriftstücke gewährleistet. In den „außergewöhnlichen Fällen“, in denen das Gericht dies nicht gewährleisten kann, muss die Kommission die Übermittlung ablehnen.⁴⁹

77. Abgesehen von diesem grundlegenden Schutz von Geschäftsgeheimnissen und anderen vertraulichen Informationen kann die Kommission die Übermittlung von Informationen an einzelstaatliche Gerichte auch aus zwingenden Gründen ablehnen, die sich auf die notwendige Sicherung der Gemeinschaftsinteressen beziehen, oder um einen etwaigen Eingriff in ihre Funktionsabläufe und ihre Unabhängigkeit, vor allem durch Gefährdung der Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben, zu unterbinden.⁵⁰ Aufgrund dieser Ausnahme hat die Kommission in ihrer Bekanntmachung über die Zusammenarbeit mit den einzelstaatlichen Gerichten erklärt, dass sie von einem Antragsteller auf Kronzeugenbehandlung freiwillig bereit gestellten Informationen nur mit dessen Einverständnis weitergeben wird.⁵¹

B. LINDERUNG DER BEWEISLAST DES KLÄGERS

1. Die Beweislast und das Beweismaß

78. In der Regel obliegt die Beweislast nach dem einzelstaatlichen Recht der Mitgliedstaaten für alle Elemente der Klage dem Kläger. Das bedeutet, dass der Kläger in jedem Fall die Zuwiderhandlung, den Kausalzusammenhang zwischen der Zuwiderhandlung und dem Schaden sowie die Schadenshöhe beweisen muss. Die Beweislast für eine Klagebeerwiderung obliegt dem Beklagten. Im Rahmen des Gemeinschaftsrechts sind diese Regeln für Klagen aufgrund des EU-Wettbewerbsrechts in Artikel 2 der Verordnung Nr. 1/2003 verankert.
79. Allerdings regelt Artikel 2 der Verordnung Nr. 1/2003 nicht das Beweismaß. Somit wird das Beweismaß auch weiterhin durch einzelstaatliches Recht geregelt. In den Mitgliedstaaten mit römischem Rechtssystem muss der Kläger den Richter überzeugen.⁵² In den Mitgliedstaaten mit Common-Law-System hingegen wird eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 81 und 82 EG-Vertrag in der Regel durch eine

⁴⁹ Rechtssache C-2/88, *Zwartveld*, Slg. 1990, I-3365, Randnrn. 10 f. und Rechtssache T-353/94, *Postbank* (vgl. Fußnote 47), Randnr. 93.

⁵⁰ *Ibidem* und Rechtssache C-275/00, *First und Franex*, Slg. 2002, I-10943, Randnr. 49.

⁵¹ Absatz 26 der Bekanntmachung (vgl. Fußnote 48).

⁵² Dies ist offensichtlich beispielsweise in Deutschland, Estland, Spanien, Frankreich, Italien, Lettland, Luxemburg, Ungarn, den Niederlanden und Portugal der Fall.

„Abwägung der Wahrscheinlichkeiten“ festgestellt.⁵³ Im Einzelfall besteht zwischen beiden Ansätzen wohl kaum ein großer Unterschied, da der Richter davon überzeugt werden muss, dass eine Erklärung wahrscheinlicher ist als die andere.

80. In den oben erwähnten *Principles of Transnational Civil Procedure* von ALI/UNIDROIT⁵⁴ wird im Hinblick auf das Beweismaß eine Brücke zwischen römischem Recht und Common Law geschlagen, indem Tatsachen dann als bewiesen angesehen werden, wenn das Gericht von ihrer Wahrheit vernünftigerweise überzeugt ist.⁵⁵ Hier werden mit der subjektiven Überzeugung des Gerichts nach römischem Recht Elemente der Abwägung von Wahrscheinlichkeiten nach dem Common Law durch einen Plausibilitätstest verknüpft.

2. Linderung der Beweislast des Klägers für die Zuwiderhandlung im Fall von Informationsasymmetrie

81. Informationsasymmetrie besteht dann, wenn eine Partei (gewöhnlich der Beklagte) mehr Beweismittel als der (potenzielle) Kläger in Bezug auf eine bestimmte Forderung besitzt oder beschaffen kann. Es bestehen Anzeichen dafür, dass sowohl nach einzelstaatlichem Recht als auch nach dem Gemeinschaftsrecht die Beweislast des Klägers für die Wettbewerbsrechtsverletzung im Falle einer Informationsasymmetrie gelindert wird.
82. Im deutschen Wettbewerbsrecht lindert § 20 Absatz 5 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) die Beweislast des Klägers in von KMU angestregten Verfahren wegen Ausnutzung von Marktmacht. Kann der Kläger die Ausnutzung glaubhaft machen, so obliegt es dem Beklagten, solche Umstände aus seinem Geschäftsbereich aufzuklären, deren Aufklärung dem Kläger nicht möglich, dem Beklagten jedoch leicht möglich und zumutbar ist. Analog reicht es nach der österreichischen Zivilprozessordnung aus, wenn der Kläger einige grundlegende Nachweise für einen vom Beklagten beeinflussbaren Umstand erbringt. Dem letzteren obliegt es dann, den Gegenbeweis anzutreten.⁵⁶
83. Mit der Linderung der Beweislast des Klägers befasst sich auch der Gerichtshof in seinem Urteil *Aalborg Portland*. Nach Umschreibung von Artikel 2 der Verordnung Nr. 1/2003 fährt der Gerichtshof fort:

⁵³ So in Zypern, Irland, Malta und dem Vereinigten Königreich.

⁵⁴ Vgl. Fußnote 28.

⁵⁵ Grundsatz 21.2. Die Anmerkung zum Text (Anmerkung P-21B) besagt, dass das in der Wendung „vernünftigerweise ... überzeugt“ zum Ausdruck gebrachte Beweismaß dem Wesen nach in den meisten Rechtssystemen angewandt wird. In den USA und einigen anderen Staaten gilt „preponderance of evidence“, d. h. die überwiegende Wahrscheinlichkeit der Beweismittel, als Beweismaß, was jedoch im Grunde dieselbe Funktion hat.

⁵⁶ Vgl. Beschluss des *Obersten Gerichtshofs (OGH)* vom 16. Dezember 2002, Gz.16 Ok 11/02 zur Anwendung dieser Vorschrift in einem Fall gezielter Preisunterbietung.

„Auch wenn die Beweislast nach diesen Grundsätzen entweder der Kommission oder dem betreffenden Unternehmen oder Verband obliegt, können die tatsächlichen Gesichtspunkte, auf die sich eine Partei beruft, die andere Partei zu einer Erläuterung oder Rechtfertigung zwingen, da sonst der Schluss zulässig ist, dass den Anforderungen an die Beweislast genügt wurde.“⁵⁷

84. Man kann die Auffassung vertreten, dass die vom Kläger in Fällen von Informationsasymmetrie (z. B. Informationen über Preise oder die Geschäftsstrategie) vorgebrachten Argumente als solche „tatsächlichen Gesichtspunkte“ angesehen werden. Somit würde es bei Informationsasymmetrien ausreichen, wenn der Kläger Umstände darlegt, die Anhaltspunkte für eine Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts bieten können. Dann läge die Beweislast beim Beklagten, die notwendigen Erklärungen und Rechtfertigungen zu liefern, um nachzuweisen, dass die betreffenden Umstände keine Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts darstellen.

3. Linderung der Beweislast des Klägers für die Zuwiderhandlung bei Vorliegen einer Entscheidung einer nationalen Wettbewerbsbehörde

85. In Artikel 16 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1/2003 heißt es: „Wenn Gerichte der Mitgliedstaaten nach Artikel 81 oder 82 des Vertrags über Vereinbarungen, Beschlüsse oder Verhaltensweisen zu befinden haben, die bereits Gegenstand einer Entscheidung der Kommission sind, dürfen sie keine Entscheidungen erlassen, die der Entscheidung der Kommission zuwiderlaufen.“⁵⁸ Das heißt, dass sich ein Kläger in einem nachfolgenden Verfahren vor einem einzelstaatlichen Gericht zum Nachweis einer Zuwiderhandlung auf die Entscheidung der Kommission berufen kann, soweit sie dieselbe Verhaltensweise betrifft.

86. In einigen Mitgliedstaaten gilt dieser Grundsatz auch für Entscheidungen einzelstaatlicher Wettbewerbsbehörden. In Deutschland besagt § 33 Absatz 4 GWB, dass das Gericht bei Schadenersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen das europäische oder das deutsche Wettbewerbsrecht an die Feststellung des Verstoßes durch die Kommission oder eine einzelstaatliche Wettbewerbsbehörde, sei es die deutsche Kartellbehörde oder eine Wettbewerbsbehörde eines anderen Mitgliedstaates, gebunden ist. Es sieht ferner vor, dass das Gericht ebenso an die Entscheidung eines Gerichtes in einem anderen Mitgliedstaat gebunden ist, soweit dieses Gericht als öffentliches Durchsetzungsorgan eine Zuwiderhandlung feststellt oder über die Anfechtung der Entscheidung einer Wettbewerbsbehörde befindet.

⁵⁷ Verbundene Rechtssachen C-204/00, C-205/00, C-211/00, C-213/00, C-217/00 und C-219/00, *Aalborg Portland und Andere gegen Kommission*, Slg. 2004, I-123, Randnr. 79.

⁵⁸ Vgl. auch Rechtssache C-344/98, *Masterfoods*, Slg. 2000, I-11369, Randnr. 52.

87. Analog ist in Schadenersatzprozessen vor den ordentlichen Gerichten oder dem Competition Appeals Tribunal (CAT) im Vereinigten Königreich das Gericht/Tribunal an die Feststellung einer Zuwiderhandlung durch die Europäische Kommission, eine Entscheidung der britischen Wettbewerbsbehörde Office of Fair Trading (OFT), dass ein Verstoß gegen das nationale oder das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht vorliegt, oder eine Entscheidung des CAT über die Anfechtung einer diesbezüglichen Entscheidung des OFT gebunden.⁵⁹

4. Auswirkungen einer Offenlegungsverweigerung auf die Beweislage

88. Zugangsbeschränkungen, die eine Partei der anderen in den Weg legt, fallen in den Mitgliedstaaten unterschiedlich ins Gewicht. In einigen Mitgliedstaaten wird die Verweigerung der Offenlegung von Beweismitteln offenbar als Beweis für die in Bezug auf diese Schriftstücke vorgetragenen Behauptungen angesehen.⁶⁰ In anderen Mitgliedstaaten wird die Beweislast ausdrücklich umgekehrt, wenn eine Partei der anderen den Nachweis einer Tatsache unmöglich macht.⁶¹ Dies gilt jedoch nur, wenn der Zugang zu Beweismitteln verwehrt wird, nicht, wenn er lediglich erschwert wird. In einer letzten Gruppe von Mitgliedstaaten stellt die Offenlegungsverweigerung an sich noch keinen Beweis für die vorgebrachten Behauptungen dar, sondern der Richter verlangt weitere Anhaltspunkte in der Sache.⁶² In einem solchen Fall berücksichtigt der Richter die Verweigerung der Vorlage von Dokumenten in seiner Beweiswürdigung⁶³ und bei der Feststellung, ob den Anforderungen der Beweislast genügt wurde.⁶⁴

C. POLITISCHE OPTIONEN

1. Optionen in Bezug auf die Offenlegung von Beweismitteln

⁵⁹ §§ 18 und 20 des Enterprise Act 2002, eingefügt als §§ 47A bzw. 58A in das Competition Act 1998.

⁶⁰ Dies scheint in Lettland so zu sein, und auch in Bezug auf Deutschland sind die Experten überwiegend der Auffassung, dass dies der Fall ist (vgl. S. 64 des vergleichenden Berichtes). In dem Bericht für Deutschland (S.10) heißt es lediglich, dass das Gericht die Beweislast lindern oder umkehren kann, wenn eine Partei der anderen Partei den Nachweis einer Tatsache unmöglich macht.

⁶¹ Vgl. beispielsweise Artikel 344 des portugiesischen Zivilgesetzbuches.

⁶² Beispielsweise in Frankreich, Italien, Ungarn und Dänemark. Vgl. § 344 Absätze 2 und 3 der dänischen Prozessordnung. Der Bericht für Dänemark bezieht sich nicht konkret auf eine Verweigerung der Vorlage von Beweismitteln, sondern auf das Versäumnis einer Partei, ihrer Auskunftspflicht nachzukommen oder eine Aufforderung des Gerichts, z. B. genauere Angaben zu machen, zu befolgen [„fulfil his obligation to give information or to follow the court's request e.g. for further and better particulars“]. Hierunter scheint auch das Versäumnis zu fallen, vom Gericht angeforderte Beweismittel vorzulegen.

⁶³ Bericht für Polen, S. 8.

⁶⁴ Artikel 217 Absatz 6 der spanischen Zivilprozessordnung bezieht sich auf den leichten Zugang der Partei, welcher die Beweislast obliegt, zu den rechtserheblichen Beweismitteln (Bericht für Spanien, S. 9).

89. Schadenersatzklagen können daran scheitern, dass Kläger keine hinreichenden Beweise für (eines der oder) die konstituierenden Elemente einer Schadenersatzklage beibringen können. Befindet sich das entsprechende Beweismittel in fremdem Besitz - sei es im Besitz des Beklagten oder einer Dritten Partei - kann erwogen werden, dem Kläger Zugang zu diesen Beweismitteln zu geben. Bei der Konzeption eines Systems, welches einen derartigen Zugang gestattet, sollte eine derartige Option sorgfältig auf ihre Verhältnismäßigkeit hin beurteilt werden. Die Absätze 90 bis 92 stellen abgestufte Optionen für die Offenlegung von Beweismitteln dar. Sie beschreiben eine Form der Offenlegung zwischen den Parteien in wettbewerbsrechtlichen Schadenersatzprozessen, erstrecken sich jedoch auch auf die Offenlegung von Unterlagen, die sich in der Verfügungsgewalt Dritter befinden. Absatz 93 enthält eine Option zur wirksamen Sanktionierung der Vernichtung von Beweismitteln, während die in Absatz 94 beschriebene Option der Beweissicherung dient.

Option 1: Offenlegung rechtserheblicher und angemessen bezeichneter Beweismittel auf gerichtliche Anordnung

90. Die meisten Mitgliedstaaten verfügen bereits über Regeln für die Vorlage bezeichneter Schriftstücke durch die Prozessparteien. Sinnvoll wäre es, wenn alle Mitgliedstaaten die Offenlegung in der einen oder anderen Form einführen. Hat eine Partei die rechtserheblichen Tatsachen detailliert dargelegt und die ihr mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Beweise für ihre Behauptungen vorgelegt (Fact-Pleading), sollte das Gericht in der Lage sein, Umfang und Relevanz jeglicher weiterer benötigter Informationen, die sich in der Verfügungsgewalt der gegnerischen Partei befinden, zu bestimmen und deren Offenlegung anzuordnen. Diese begrenzte, gerichtlich angeordnete Offenlegung rechtserheblicher und angemessen bezeichneter einzelner Dokumente würde eine übermäßig ausgedehnte Offenlegung vermeiden.

Option 2: Obligatorische Offenlegung bestimmter Typen von Dokumenten auf gerichtliche Anordnung

91. Man könnte in Betracht ziehen, die bestehenden Offenlegungsregeln auszuweiten, indem nach dem Fact-Pleading eine obligatorische Offenlegung bestimmter Typen von Dokumenten zwischen den Parteien unter einer gewissen gerichtlichen Aufsicht eingeführt wird.

Option 3: Verpflichtung, den Parteien ein Verzeichnis der verfügbaren Schriftstücke vorzulegen

92. Hiernach wäre eine Partei im Anschluss an das Fact-Pleading verpflichtet, allen anderen Parteien ein Verzeichnis der in ihrem Besitz befindlichen rechtserheblichen Schriftstücke vorzulegen. Sofern das Gericht nicht davon überzeugt ist, dass die Offenlegung demjenigen, der das Verzeichnis zustellt, unangemessenen Schaden zufügen würde, hätten die Parteien Zugang zu allen im Verzeichnis aufgeführten Schriftstücken.

Option 4: Sanktionen für die Vernichtung von Beweismitteln

93. Es könnten Sanktionen für die Vernichtung von Beweismitteln nach Beginn oder im Vorfeld eines Gerichtsverfahrens festgelegt werden. Dabei könnte es sich um monetäre oder strafrechtliche Sanktionen und/oder prozessrechtliche Konsequenzen wie Streichung der Klagebegründung beim Kläger bzw. Streichung der der Klagebeantwortung beim Beklagten handeln.

Option 5: Beweissicherung

94. Die Gerichte könnten befugt werden, schnelle und wirksame vorläufige Maßnahmen zur Sicherung rechtserheblicher Beweismittel für die behauptete Zuwiderhandlung anzuordnen. Zur Wirksamkeit dieser Option und Wahrung ihrer Verhältnismäßigkeit müsste eine Partei das Gericht noch vor Beginn des Verfahrens in der Sache um eine solche Anordnung ersuchen. Die Partei sollte allerdings die ihr mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Beweismittel vorlegen, um die Zuwiderhandlung glaubhaft zu machen.

2. Optionen im Hinblick auf den Zugang zu Schriftstücken, die sich im Besitz der Kommission oder einer einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörde befinden

Option 6: Zugang zu Schriftstücken, welche der Kommission oder einer einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörde von den Prozessparteien vorgelegt worden sind

95. Es steht zu überlegen, ob der Kläger das Recht erhalten soll, andere Prozessparteien um Kopien aller der Kommission oder einer einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörde im Rahmen des Verwaltungsverfahrens übermittelten Schriftstücke – ausgenommen Anträge auf Kronzeugenbehandlung, Geschäftsgeheimnisse oder sonstige vertrauliche Informationen – zu ersuchen. Die Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen und sonstigen vertraulichen Informationen sowie die Rechte der Verteidigung würden dann nach dem am Gerichtsort geltenden Recht geregelt.

Option 7: Zugang einzelstaatlicher Gerichte zu im Besitz der Kommission befindlichen Schriftstücken

96. Laut der Rechtsprechung der Gerichte der Gemeinschaft muss die Kommission einzelstaatlichen Gerichten alle von diesen erbetenen Informationen übermitteln. Allerdings kann die Kommission die Übermittlung von Informationen aus zwingenden Gründen ablehnen, die sich auf die notwendige Sicherung der Gemeinschaftsinteressen beziehen, oder um einen etwaigen Eingriff in ihre Funktionsabläufe und ihre Unabhängigkeit zu unterbinden. Darüber hinaus kann die Kommission einem einzelstaatlichen Gericht keine vertraulichen Informationen übermitteln, wenn dieses die Vertraulichkeit dieser Informationen nicht gewährleisten kann. Unter Berücksichtigung dieser Einschränkungen möchte die Kommission die Zusammenarbeit mit einzelstaatlichen Gerichten fördern und ersucht daher alle interessierten Parteien um Meinungsäußerung, wie die

Zweckmäßigkeit dieser Zusammenarbeit gewährleistet werden kann. Insbesondere werden Äußerungen dazu erbeten, (a) wie die einzelstaatlichen Gerichte die Vertraulichkeit von Geschäftsgeheimnissen oder sonstigen vertraulichen Informationen zu gewährleisten gedenken, und (b) in welchen Fällen einzelstaatliche Gerichte die Kommission um Informationen ersuchen würden, die auch die Parteien vorlegen könnten.

3. Optionen im Zusammenhang mit der Linderung der Beweislast des Klägers für die Wettbewerbsrechtsverletzung

97. Jede der nachfolgenden Optionen kann die Beweislast des Klägers für die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht lindern. Die im folgenden Absatz aufgeführte Option dient der Unterstützung des Klägers in Folgeprozessen, während die Optionen in den nachfolgenden Absätzen besonders in isolierten Verfahren nützlich sind. Wenngleich jede der letzteren Optionen bereits für sich zu einer Linderung der Beweislast des Klägers für die Wettbewerbsrechtsverletzung beitragen würde, könnten beide in Kombination dem Kläger auf höchst wirksame Weise dabei helfen, den Anforderungen der Beweislast zu genügen.

Option 8: Beweiswert von Zuwiderhandlungsfeststellungen einzelstaatlicher Wettbewerbsbehörden

98. Eine bestandskräftige Zuwiderhandlungsfeststellung einer einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörde, sei es die im eigenen Lande oder in einem anderen Mitgliedstaat, oder des zuständigen Rechtsmittelgerichts könnte zur Linderung der Beweislast des Klägers für die Zuwiderhandlung genutzt werden. Eine erste Option wäre, dass eine solche bestandskräftige Entscheidung dem Beklagten die Beweislast für das Nichtbestehen der Zuwiderhandlung auferlegt. Eine weitere Option wäre, das Zivilgericht an diese Zuwiderhandlungsfeststellung zu binden.

Option 9: Umkehr der Beweislast für die Zuwiderhandlung bei Informationsasymmetrie

99. Man könnte eine Umkehr der Beweislast bzw. eine Verringerung des Beweismaßes für die Zuwiderhandlung erwägen, wenn zwischen Kläger und Beklagtem eine Informationsasymmetrie besteht. Hat der Kläger beispielsweise die Zuwiderhandlung glaubhaft gemacht, obläge es dem Beklagten, strittige Fragen in Bezug auf ihm zugängliche Beweismittel zu erläutern und gegebenenfalls Rechtfertigungsgründe vorzubringen.

Option 10: Auswirkungen einer ungerechtfertigten Offenlegungsverweigerung auf die Beweislage

100. Hier bestehen drei Möglichkeiten: die ungerechtfertigte Verweigerung der Offenlegung von Beweismitteln (a) gilt als Beweis für die vorgebrachten Behauptungen (unwiderlegbare Vermutung), (b) führt zu einer Umkehr der

Beweislast (widerlegbare Vermutung) oder (c) kann vom Richter bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden.

ABSCHNITT III: VERSCHULDENSERFORDERNIS

A. EINFÜHRUNG

101. Die Mitgliedstaaten verfolgen hinsichtlich der Wechselwirkung zwischen dem Wettbewerbsrecht und den allgemeinen Haftungsvorschriften unterschiedliche Ansätze, insbesondere in Bezug auf die Verschuldensfrage. In einer ersten Gruppe von Mitgliedstaaten ist für eine Schadenersatzklage aufgrund eines Verstoßes gegen das Wettbewerbsrecht keinerlei Verschuldenselement erforderlich oder besteht die Vorschrift, dass die Zuwiderhandlung als solche das Verschulden darstellt. In diesen Ländern muss kein Verschulden nachgewiesen werden.⁶⁵ Eine zweite Gruppe von Mitgliedstaaten verlangt zusätzlich zur Zuwiderhandlung ein Verschulden, welches jedoch bei Nachweis der Zuwiderhandlung (widerlegbar oder unwiderlegbar) vermutet wird. Somit erleichtern diese Rechtssysteme offensichtlich die private Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, da in diesen Staaten Verschulden kein Hindernis für den Kläger darstellt.⁶⁶
102. Mithin stellt Verschulden in den meisten (18 von 25) Mitgliedstaaten kein Hindernis für die private Durchsetzung des Wettbewerbsrechts dar. Die übrigen sieben Mitgliedstaaten (Dänemark, Griechenland, Spanien, Polen, Portugal, Finnland und Schweden) schreiben Verschulden entweder in Bezug auf die Zuwiderhandlung oder hinsichtlich der Folgen der Zuwiderhandlung als Erfordernis vor. Daher ist in diesen Ländern Verschulden ein zusätzlicher Hinderungsgrund für Schadenersatzklagen.
103. Schreibt das Rechtssystem für Schadenersatzklagen ein Verschuldenselement vor, so wird gewöhnlich zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit unterschieden. In allen Mitgliedstaaten, in denen Verschulden eine Haftungsvoraussetzung ist, reicht Fahrlässigkeit aus.⁶⁷ Fahrlässigkeit besteht dann, wenn ein Unternehmen nicht die erforderliche Sorgfalt walten lässt. Diesbezüglich ist die verwendete Terminologie jedoch von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedlich.
104. Nach dem europäischen Wettbewerbsrecht ist Verschulden keine Voraussetzung für den Nachweis eines Verstoßes gegen Artikel 81 oder 82 EG-Vertrag. Für Artikel 81 EG-Vertrag ergibt sich dies sowohl aus dem Wortlaut des Artikels (welcher Verträge verbietet, die eine Einschränkung des Wettbewerbs „bezwecken“ oder „bewirken“) als auch aus der Rechtsprechung der Gerichte der Gemeinschaft. Für Artikel 82 EG-Vertrag wird aus der Rechtsprechung deutlich, dass die missbräuchliche

⁶⁵ Zu dieser Gruppe zählen die Tschechische Republik, Irland, Zypern, die Slowakische Republik und das Vereinigte Königreich.

⁶⁶ Diese Gruppe umfasst Belgien, Deutschland, Estland, Frankreich, Italien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Ungarn, Malta, die Niederlande, Österreich und Slowenien.

⁶⁷ Einige Länder unterscheiden weiter zwischen verschiedenen Stufen der Fahrlässigkeit oder sehen unterschiedliche Strafen für unterschiedliche Verschuldensgrade vor, vgl. den vergleichenden Bericht, S. 52.

Ausnutzung ein objektiver Begriff ist.⁶⁸ Gemäß Artikel 23 der Verordnung Nr. 1/2003 kann die Kommission nur dann Geldbußen gegen Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen verhängen, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben. Hier darf jedoch nicht vergessen werden, dass diese Vorschriften und die Rechtsprechung nur auf die Verhängung von Geldbußen durch ein öffentliches Organ (und nicht auf die Feststellung der Zuwiderhandlung) abstellen. Es bleibt die Frage, inwieweit diese Vorschriften und die Rechtsprechung sinngemäß auf die Zuerkennung von Schadenersatz für die Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts angewandt werden können.

105. Für Schadenersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen der Mitgliedstaaten gegen ihre Pflichten aus dem Vertrag (Haftung öffentlicher Organe) hat der Gerichtshof in seinem Urteil *Brasserie du Pêcheur* ausgeführt, dass sich aus dem Gemeinschaftsrecht ein Entschädigungsanspruch ergibt, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind: die Rechtsnorm, gegen die verstoßen wurde, muss bezwecken, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, der Verstoß muss hinreichend qualifiziert sein⁶⁹ und es muss zwischen dem Verstoß gegen die dem Staat obliegende Verpflichtung und dem den geschädigten Personen entstandenen Schaden ein unmittelbarer Kausalzusammenhang bestehen.⁷⁰ Der Gerichtshof führt weiter aus:

„Daraus folgt, dass die Verpflichtung zum Ersatz der dem einzelnen entstandenen Schäden nicht von einer an den Verschuldensbegriff geknüpften Voraussetzung abhängig gemacht werden kann, die über den hinreichend qualifizierten Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht hinausgeht. Denn die Aufstellung einer solchen zusätzlichen Voraussetzung würde darauf hinauslaufen, dass der Entschädigungsanspruch, der seine Grundlage in der Gemeinschaftsrechtsordnung findet, in Frage gestellt wäre.“⁷¹

106. Ein hinreichend qualifizierter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht ist eine Voraussetzung für die Haftung von Behörden. Wenn die betreffende Behörde jedoch nur über einen erheblich eingeschränkten oder gar keinen Gestaltungsspielraum verfügt, kann laut dem Urteil *Camar* die bloße Verletzung des Gemeinschaftsrechts ausreichen, um einen hinreichend qualifizierten Verstoß anzunehmen.⁷²

⁶⁸ Vgl. z. B. Rechtssache 85/76, *Hoffmann-La Roche gegen Kommission*, Slg. 1979, 461.

⁶⁹ Laut dem Gerichtshof ist ein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht hinreichend qualifiziert, wenn der Mitgliedstaat oder das Gemeinschaftsorgan die Grenzen, die seinem Ermessen gesetzt sind, offenkundig und erheblich überschritten hat. In diesem Zusammenhang kann das zuständige Gericht das Maß an Klarheit und Genauigkeit der verletzten Vorschrift, den Umfang des Ermessensspielraums, den die verletzte Vorschrift den nationalen oder Gemeinschaftsbehörden belässt, die Frage, ob der Verstoß vorsätzlich oder nicht vorsätzlich begangen oder der Schaden vorsätzlich oder nicht vorsätzlich zugefügt wurde, die Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit eines etwaigen Rechtsirrtums und den Umstand, dass die Verhaltensweisen eines Gemeinschaftsorgans möglicherweise dazu beigetragen haben, dass nationale Maßnahmen oder Praktiken in gemeinschaftsrechtswidriger Weise unterlassen, eingeführt oder aufrechterhalten wurden, berücksichtigen, vgl. *Brasserie du Pêcheur* (Fußnote 7), Randnrn. 55 ff.

⁷⁰ *Brasserie du Pêcheur*, vgl. Fußnote 7, Randnr. 51.

⁷¹ *Brasserie du Pêcheur*, vgl. Fußnote 7, Randnr. 79.

⁷² Rechtssache C-312/00, *Kommission gegen Camar und Tico*, Slg. 2002, I-11355, Randnr. 54.

107. Ein Verstoß gegen das EU-Wettbewerbsrecht, welches Teil der öffentlichen Ordnung ist⁷³, stellt einen qualifizierten Verstoß dar, der ernsthafte negative Folgen für den Binnenmarkt haben kann. Daher ist zu erwägen, ob ein vom Nachweis der Zuwiderhandlung getrenntes Verschuldenserfordernis überhaupt notwendig ist.
108. Einen vergleichbaren Ansatz verfolgt die Produkthaftungsrichtlinie.⁷⁴ Gemäß dieser Richtlinie, haftet der Hersteller unabhängig vom Verschulden für durch seine Produkte verursachte Schäden, wobei unter anderem Einreden nach Artikel 7 Buchstaben b und e der Richtlinie möglich sind. Dass die Richtlinie kein Verschuldenserfordernis vorsieht, ist auf das Risiko und die Informationsasymmetrie zurückzuführen. Im Produkthaftungsrecht ist es für den Kläger äußerst schwierig, Informationen über den Produktionsprozess zu beschaffen. Diese Argumentation lässt sich – beispielsweise im Hinblick auf Informationen über Preise oder die Geschäftsstrategie – analog auf wettbewerbsrechtliche Fälle anwenden. Ein Mitbewerber des gesetzwidrig handelnden Unternehmens hat in der Regel keine Einsicht in die rechtserheblichen Schriftstücke, und jeder Verstoß gegen Artikel 81 und 82 EG-Vertrag kann gleichermaßen zu einem Risiko für den Wettbewerb werden.

B. POLITISCHE OPTIONEN

Option 11: Haftung aufgrund der Zuwiderhandlung als solcher

109. Eine Option zur Erleichterung privater Schadenersatzklagen besteht darin, Verschulden als Haftungsvoraussetzung bei Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht abzuschaffen bzw. die Zuwiderhandlung als solche als das Verschulden zu betrachten, wie es gegenwärtig in fünf Mitgliedstaaten der Fall ist, oder eine unwiderlegbare Verschuldensvermutung einzuführen. In diesem Fall wäre allein die Rechtswidrigkeit (Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht) für außervertragliche Haftung ausreichend. Für diesen Ansatz spricht, dass er mit der bestehenden Rechtsprechung des Gerichtshofs im Einklang stünde. In Anbetracht der ernsten Folgen einer Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht scheint ein System, bei dem die Zuwiderhandlung als solche ein Verschulden darstellt, gerechtfertigt.

Option 12: Haftung aufgrund der Zuwiderhandlung als solcher bei besonders gravierenden Verstößen

110. Eine weitere Option wäre, das System, bei dem die Zuwiderhandlung als solche ein Verschulden darstellt, auf gravierende Zuwiderhandlungen zu beschränken. In nicht eindeutigen Fällen ist es fragwürdig, ob ein Unternehmen, das weder vorsätzlich noch fahrlässig gehandelt hat, haftbar gemacht werden sollte.

⁷³ *Eco Swiss*, vgl. Fußnote 17, Randnrn. 23 und 25.

⁷⁴ Richtlinie 85/374 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, ABl. L 210/1985, S. 29.

Option 13: Einrede eines entschuldbaren Irrtums bei Feststellung der Rechtswidrigkeit

111. Eine dritte Option besteht darin, bei Feststellung eines Verstoßes gegen das Wettbewerbsrecht Verschulden zu vermuten, jedoch dem Beklagten die Möglichkeit einzuräumen, einen entschuldbaren Rechts- oder Tatsachenirrtum geltend zu machen. Hier stünde die Zuwiderhandlungsfeststellung zwar gegen den Beklagten, er wäre jedoch nicht schadenersatzpflichtig, wenn er nach Treu und Glauben in der Annahme gehandelt hat, dass sein Verhalten gesetzeskonform ist. Die Möglichkeit einer solchen Einrede würde für den Kläger natürlich weniger Sicherheit bedeuten als eine unwiderlegbare Verschuldensvermutung und würde in einigen Fällen dazu führen, dass Geschädigte für aus einem Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht entstandene Verluste keine Entschädigung erhalten. Diese negativen Aspekte ließen sich bis zu einem gewissen Grad dadurch neutralisieren, dass den Unternehmen ein hohes Maß an Sorgfalt vorgeschrieben wird.

ABSCHNITT IV: SCHADENERSATZ

A. EINFÜHRUNG

112. Schadenersatz soll einem Geschädigten traditionell den durch eine Wettbewerbsrechtsverletzung entstandenen Verlust ausgleichen. Allerdings scheint die reine Kompensation des Verlustes für Geschädigte nicht immer hinreichenden Anreiz zu bieten, einen Fall vor Gericht zu bringen. Daher sollten andere Ansätze für den Schadenersatz in Erwägung gezogen werden. Die Absätze 114 bis 125 beschreiben verschiedene Methoden, nach denen Mitgliedstaaten die Berechnungsgrundlage für den Schaden so ermitteln, dass eine Schadenersatzklage für den Geschädigten attraktiver wird. Dabei bezweckt der zugesprochene Schadenersatz unter Umständen nicht nur den Ausgleich des dem Geschädigten persönlich entstandenen Verlustes, sondern auch die Rückerstattung der vom Beklagten durch die rechtswidrige Handlung erlangten Vorteile. Außerdem verfolgen einige Mitgliedstaaten über die rein abschreckende *Wirkung* der Entschädigung hinaus das klare *Ziel*, den Rechtsverletzer durch Strafschadenersatz oder exemplarischen Schadenersatz zu bestrafen bzw. abzuschrecken.
113. Neben der Definition der Berechnungsgrundlage für den Schaden bereitet die Berechnung des Schadenersatzes häufig Schwierigkeiten. Die Absätze 126 bis 144 befassen sich mit verschiedenen Quantifizierungsmethoden und stellen unterschiedliche Berechnungsmodelle für den Schadenersatz sowie einen mehr kapitalorientierten Ansatz dar. Unabhängig von der gewählten Quantifizierungsmethode bleibt das Risiko bestehen, dass allein die Tatsache, dass der Schaden beziffert werden muss, auf potenzielle Kläger abschreckend wirken kann. In den abschließenden Absätzen 145 und 146 wird daher ein alternatives Verfahren in Betracht gezogen, bei dem die Haftungsfeststellung von der Berechnung und der Zuerkennung der exakten Entschädigungssumme abgetrennt wird.

B. FÜR DIE DEFINITION DES SCHADENS RELEVANTE ELEMENTE

1. Kompensation

114. Kompensation ist die Gewährung eines Sach- oder Geldäquivalents für den erlittenen Verlust. Sie weicht von der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands ab, die bezweckt, den Geschädigten in die Lage zu versetzen, in der er vor der Rechtsverletzung war. In einigen Mitgliedstaaten kann eine Kompensation nur dann gewährt werden, wenn eine volle Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands unmöglich oder extrem schwierig ist.

2. Rückzahlung von unrechtmäßig erzielten Gewinnen

115. Alternativ kann auch auf Rückzahlung der vom Rechtsverletzer infolge der Zuwiderhandlung unrechtmäßig erzielten Gewinne geklagt werden. In diesem Fall richtet sich der Anspruch des Klägers nicht auf den subjektiv erlittenen Verlust, sondern auf den unrechtmäßigen Gewinn des Beklagten aus der Zuwiderhandlung. Übersteigt der unrechtmäßige Gewinn des Rechtsverletzers den Verlust des Klägers, so ist die Verwendung dieses Gewinns als Schadensberechnungsgrundlage für den Kläger vorteilhafter als eine reine Kompensation. Ein Beispiel für diesen Ansatz findet sich im deutschen Wettbewerbsrecht, welches dem Bundeskartellamt gestattet, einem Unternehmen, das gegen das Wettbewerbsrecht verstoßen hat, die Zahlung eines Betrages aufzuerlegen, der dem durch den Verstoß erlangten wirtschaftlichen Gewinn entspricht.⁷⁵

3. Exemplarischer Schadenersatz oder Strafschadenersatz

116. Exemplarischer Schadenersatz oder Strafschadenersatz wird verhängt, um den Beklagten für den Gesetzesverstoß zu bestrafen und von einer Wiederholung des gesetzwidrigen Verhaltens abzuschrecken. Das bestrafende Element einer Entschädigungssumme kann zum Teil als einfacher Ausgleich für schwer bezifferbare Aspekte des tatsächlichen Schadens angesehen werden. Doch gewöhnlich geht Strafschadenersatz bewusst über den Ausgleich hinaus, um eine stärkere Abschreckung oder andere politische Ziele zu erreichen.

117. In seinem Urteil *Brasserie du Pêcheur* führt der Gerichtshof aus:

„Soweit es auf diesem Gebiet keine Gemeinschaftsvorschriften gibt, ist es Sache der nationalen Rechtsordnung jedes Mitgliedstaats, die Kriterien festzulegen, anhand deren der Umfang der Entschädigung bestimmt werden kann, wobei diese Kriterien nicht ungünstiger sein dürfen als bei entsprechenden, auf nationales Recht gestützten Ansprüchen; auch dürfen sie keinesfalls so ausgestaltet sein, dass die Entschädigung praktisch unmöglich oder übermäßig erschwert ist. Eine nationale Regelung, die den ersatzfähigen Schaden generell auf die Schäden beschränken würde, die an bestimmten, besonders geschützten individuellen Rechtsgütern entstehen, wobei der entgangene Gewinn des einzelnen ausgeschlossen wäre, ist unvereinbar mit dem Gemeinschaftsrecht. Im übrigen muss besonderer Schadenersatz wie der im englischen Recht vorgesehene ‚exemplarische‘ Schadenersatz gewährt werden können, wenn er, gestützt auf das Gemeinschaftsrecht – gegebenenfalls auch in Form einer Klage – geltend gemacht wird, sofern ein solcher, auf nationales Recht gestützter Schadenersatz zugesprochen würde.“⁷⁶

Wenn also nach einzelstaatlichem Recht exemplarischer Schadenersatz in Verfahren verhängt werden kann, die mit Schadenersatzprozessen wegen Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht vergleichbar sind, so müsste in diesen ebenfalls die Verhängung von exemplarischem Schadenersatz möglich sein.

⁷⁵ § 34 GWB.

⁷⁶ *Brasserie du Pêcheur und Factortame*, vgl. Fußnote 7, Randnr. 90.

118. In England haben sich in der Rechtsprechung Kategorien herausgebildet, nach denen bestimmt wird, bei welchen Klagen exemplarischer Schadenersatz verhängt werden kann. Eine dieser Kategorien ist rechtswidriges Verhalten, mit dem der Beklagte einen Gewinn erzielen wollte, der die an den Kläger zahlbare Entschädigung durchaus übersteigen kann [„*wrongful conduct which has been calculated by the defendant to make a profit for himself which may well exceed the compensation payable to the claimant*“].⁷⁷ Eine Klage wegen Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht fällt in gravierenden Fällen unter diese Kategorie, beispielsweise dann, wenn Beweise dafür vorliegen, dass der Beklagte damit gerechnet hatte, dass sein unrechtmäßiger Gewinn jegliche gegen ihn verhängten Schadenersatzsummen übersteigen würde.⁷⁸
119. In Irland kann in Verfahren wegen Verstößen gegen das nationale Wettbewerbsrecht exemplarischer Schadenersatz verhängt werden.⁷⁹ Nach dem Äquivalenzgrundsatz sollte exemplarischer Schadenersatz somit auch in einem Verfahren wegen Zuwiderhandlung gegen Artikel 81 oder 82 EG-Vertrag zugesprochen werden können. Exemplarischer Schadenersatz kann verhängt werden, wenn es sich um eine vorsätzliche und bewusste Rechtsverletzung handelt oder das Gericht davon überzeugt ist, dass es die Absicht des Rechtsverletzers war, einen höheren Gewinn zu erzielen, als dem Geschädigten zugesprochen werden würde. In dem Urteil *Donovan gegen Electricity Supply Board* führt das Gericht aus, dass es sich beim Ausgleich des dem Geschädigten infolge eines Verstoßes gegen das irische Wettbewerbsrecht entstandenen Schadens nicht mit den Motiven und Absichten des Beklagten befasse, es sei denn, es gehe um exemplarischen Schadenersatz [„*[it] is not concerned with the motives or the intention of the party in default unless the question of exemplary damages arises*“].⁸⁰ Exemplarischer Schadenersatz wird in Irland selten und gewöhnlich relativ zurückhaltend zugesprochen.⁸¹
120. Nach deutschem Recht stehen exemplarischer Schadenersatz oder Strafschadenersatz der öffentlichen Ordnung entgegen.⁸² Dennoch sind in dem kürzlich erschienenen Bericht der Monopolkommission, *Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle*, eine Reihe von Maßnahmen aufgeführt, die nach ihrer Auffassung nicht reinen Kompensationscharakter

⁷⁷ Lord Devlin in *Rookes gegen Barnard* [1964] AC 1129. Vgl. auch *Broome gegen Cassell* [1972] AC 1027 und *Kuddus gegen Chief Constable of Leicestershire Constabulary* [2001] UKHL 29.

⁷⁸ Vgl. z. B. B. Rodger, *Private Enforcement and the Enterprise Act: An Exemplary System of Awarding Damages*, 2003, ECLR 103.

⁷⁹ § 14 Absatz 5 des Competition Act.

⁸⁰ *Donovan gegen Electricity Supply Board* [1997] 3 IR 573, S. 585.

⁸¹ Vgl. z. B. *Kennedy gegen Irland* [1987] IR 587.

⁸² Vgl. §§ 723 Absatz 2 2. Satz und 328 Absatz 1 Nummer 4 ZPO.

tragen.⁸³ Sie bezieht sich dabei insbesondere auf Vorschriften mit Sanktionscharakter wie Schadenersatzansprüche der GEMA für Urheberrechtsverletzungen. Die GEMA kann mit einem hundertprozentigen Zuschlag zur normalen Lizenzgebühr doppelten Schadenersatz geltend machen. Dies wurde vom Bundesgerichtshof bestätigt, der den Sanktionscharakter des doppelten Schadenersatzes damit rechtfertigt, dass andernfalls für potenzielle Rechtsverletzer kein Anreiz zu normgerechtem Verhalten bestünde.⁸⁴

121. Es sei daran erinnert, dass die meisten Mitgliedstaaten exemplarischen Schadenersatz oder Strafschadenersatz als mit ihrer öffentlichen Ordnung unvereinbar ausschließen. Daher werden es diese Mitgliedstaaten möglicherweise ablehnen, Entscheidungen, mit denen ein derartiger Schadenersatz zugesprochen wird, anzuerkennen und durchzusetzen.⁸⁵ Dennoch ist zu überlegen, ob es angemessen wäre, den Gerichten der Mitgliedstaaten zu gestatten, bei besonders gravierenden Wettbewerbsrechtsverstößen einen höheren als nur den einfachen Schadenersatz zuzusprechen. Dadurch würde sich für den Kläger der Anreiz, eine Schadenersatzklage zu erheben, verstärken. Ein solcher Anreiz wäre am offensichtlichsten, wenn die nationalen Gerichte bei besonders gravierenden Wettbewerbsrechtsverstößen automatisch einen höheren als nur den einfachen Schadenersatz zusprechen würden. Alternativ könnte der Schadenersatz jedoch auch von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen abhängig gemacht oder ganz dem Ermessen der Gerichte der Mitgliedstaaten überlassen werden.

4. Verzinsung von Entschädigungssummen

122. Im Urteil *Marshall II* erkennt der Gerichtshof an, dass

*„für die völlige Wiedergutmachung des (...) entstandenen Schadens nicht von Umständen abgesehen werden kann, die, wie der Zeitablauf, den tatsächlichen Wert der Wiedergutmachung verringern können. Die Zuerkennung von Zinsen nach den anwendbaren nationalen Rechtsvorschriften ist daher als unerlässlicher Bestandteil einer Entschädigung anzusehen“.*⁸⁶

⁸³ Der Bericht kann unter http://www.monopolkommission.de/sg_41/text_s41.pdf abgerufen werden. Vgl. Absatz 79 f.

⁸⁴ BGH, Urteile vom 24. Juni 1955 (I ZR 178/53, BGHZ 17, 376), 10. März 1972 (I ZR 160/70, BGHZ 59, 286) und 15. November 1994 (VI ZR 56/94, NJW 1995, 861).

⁸⁵ Vgl. Artikel 11 des im Rahmen der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht geschlossenen Haager Übereinkommens über die Gerichtsstandsvereinbarung vom 30. Juni 2005: “(1) Recognition or enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the judgment awards damages, including exemplary or punitive damages, that do not compensate a party for actual loss or harm suffered. (2) The court addressed shall take into account whether and to what extent the damages awarded by the court of origin serve to cover costs and expenses relating to the proceedings.”

⁸⁶ Rechtssache C-271/91, *M. Helen Marshall gegen Southampton und South-West Hampshire Area Health Authority*, Slg. 1993, I-4367, Randnr. 31.

123. Bei der Zuerkennung von Zinsen kommt es sowohl auf den Zinssatz als auch auf den Zeitpunkt an, ab dem die Zinsen berechnet werden. Um eine geeignete Form der Kompensation zu erreichen, müssen beide Elemente auf einem Niveau festgelegt werden, das sicherstellt, dass nicht nur der bloße nominale Betrag, sondern zumindest der tatsächliche Betrag des entstandenen Schadens kompensiert wird. Zinsen können von verschiedenen Zeitpunkten an berechnet werden, so z. B. ab dem Tag der Zuwiderhandlung, dem Tag der Schädigung, dem Tag einer Zahlungsaufforderung, dem Tag der Aufforderung zur Einstellung der Zuwiderhandlung, dem Tag der Klageeinreichung oder der Zustellung der Prozessladung und schließlich dem Tag des Urteils.⁸⁷ Die Gerichte können hier häufig nach eigenem Ermessen entscheiden. So hat beispielsweise das Oberste Gericht Englands im Fall *Crehan gegen Intntrepreneur Pub Company* entschieden, dass die nach englischem Recht übliche Festsetzung der Entschädigungssumme zum Tag des Verlustes kein unabänderlicher Rechtsgrundsatz ist und der Richter z. B. in Zeiten hoher Inflation, wenn Zinsen keine akzeptable Kompensationsform darstellen, den Schadenersatz auch zum Tag des Urteils bemessen kann.⁸⁸
124. Wird ein über die bloße Kompensation des tatsächlichen Betrags hinausgehendes Zinsniveau praktiziert, so können Zinsen als Mittel zur Steigerung der Abschreckung eingesetzt werden. Dieses Mittel wurde auch in der Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr eingesetzt.⁸⁹ Die Richtlinie erkennt das Problem des Zahlungsverzugs und der daraus resultierenden großen Verwaltungs- und Finanzlasten für Unternehmen, insbesondere KMU. Sie stellt fest, dass Zahlungsverzug für die Schuldner in den meisten Mitgliedstaaten durch niedrige Verzugszinsen finanzielle Vorteile bringt. Die Richtlinie bezweckt daher, diese Entwicklung umzukehren und sicherzustellen, dass die Folgen des Zahlungsverzugs von der Überschreitung der Zahlungsfristen abschrecken.⁹⁰ Sie erreicht dies, indem sie den Zinssatz so festlegt, dass eine Kreditaufnahme zu einem niedrigeren Zinssatz finanziell attraktiver ist als die Vergrößerung der Schulden durch Zahlungsverzug.

C. QUANTIFIZIERUNG DES SCHADENS

1. Einführung

125. Wie bei jeder Schadenersatzklage muss der Kläger auch in einem Schadenersatzverfahren wegen Verletzung des Wettbewerbsrechts den erlittenen Verlust quantifizieren. In einem Wettbewerbsrechtsprozess kann sich diese

⁸⁷ Ab welchem Zeitpunkt in den einzelnen Mitgliedstaaten Zinsen geltend gemacht werden können, ist überblicksmäßig im vergleichenden Bericht auf S. 86 dargestellt.

⁸⁸ *Crehan gegen Intntrepreneur Pub Company und andere* (Rechtssache Nr.: CH 1998 C801), [2003] EWHC 1510 (Ch).

⁸⁹ Richtlinie 2000/35 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ABl. L 200, S. 35.

⁹⁰ Erwägungsgrund 16 der Richtlinie 2000/35, vgl. Fußnote 89.

Schadensquantifizierung in Anbetracht des wirtschaftlichen Wesens der Rechtswidrigkeit und der Tatsache, dass es schwierig ist, die Situation nachzuvollziehen, in der sich der Kläger ohne die Zuwiderhandlung befinden würde (wie nach dem Recht der unerlaubten Handlungen gewöhnlich vorgeschrieben), besonders kompliziert gestalten.

126. Üblicherweise bemisst sich der in einem wettbewerbsrechtlichen Schadenersatzverfahren auszugleichende Verlust nach dem Unterschied zwischen der tatsächlichen Situation des Klägers und der Situation, in der er sich ohne das rechtswidrige Verhalten befinden würde (das Kontrafaktum). Erstere umfasst die tatsächlichen Verluste sowie die entgangenen Gewinne, während sich Letztere auf die hypothetische Situation bezieht, in welcher der Kläger wäre, wenn nicht die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht stattgefunden hätte. Der Verlust wird also ausgeglichen, wenn der Kläger in die finanzielle Lage versetzt wird, in der er ohne die Zuwiderhandlung gewesen wäre. Zur Ermittlung dieses Kontrafaktums werden verschiedene Methoden verwendet, indem man z. B. die Preise, Gewinne, Kosten und die Lage auf dem Markt berücksichtigt, die ohne die Zuwiderhandlung bestanden hätten, um die hypothetische mit der tatsächlichen Situation vergleichen zu können.
127. Die am häufigsten geltend gemachten Schäden sind wahrscheinlich durch *Überteuerung* (Preiserhöhungen im Fall von Kartellen oder überhöhte Preise bei einer marktbeherrschenden Stellung) und andere wettbewerbswidrige Verhaltensweisen (Preisunterbietung oder Liefersperre) bedingt und haben zu *entgangenen Nettogewinnen* für ein bestehendes Unternehmen oder sogar zu einem Verlust des Unternehmenswertes eines erloschenen Unternehmens geführt.
128. Schäden durch Überteuerung können aus zwei Elementen bestehen, nämlich dem durch die Zuwiderhandlung entstandenen Schaden (z. B. der aufgrund des Kartells gezahlte höhere Preis) und dem entgangenen Gewinn, weil der Abnehmer unter Umständen weniger Waren oder Dienstleistungen (z. B. für Produktionszwecke) beziehen und somit weniger Produkte herstellen und verkaufen und weniger Gewinn erzielen konnte.
129. Bei der Zuerkennung von Schadenersatz muss das Gericht möglicherweise auch Wirkungen berücksichtigen, die sich aus dem Verhalten des Klägers ergeben. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Kläger verpflichtet ist, Schäden auf ein Minimum zu beschränken. Ferner ist zu klären, ob der Kläger auf die Beträge, die ihm durch die Wettbewerbsrechtsverletzung entgangen sind und für die er nun eine Kompensation fordert, Steuern hätte zahlen müssen. Wenn ja, wird das Gericht diese Steuern in der Regel mindernd auf die Entschädigungssumme anrechnen.

2. Methoden zur Schadenermittlung

130. Den Parteien steht eine Vielzahl verschiedener Schadenberechnungsmethoden zur Verfügung, vgl. Teil II der Studie (wirtschaftlicher Bericht). Es besteht kein Grund, warum ein Mitgliedstaat eine Quantifizierungsmethode gegenüber einer anderen vorziehen sollte, gleichwohl muss der Kläger (insbesondere in Ländern mit Common-Law-System) bedenken, dass seine Quantifizierung von der Gegenseite

bestritten werden wird, und im gleichen Maße die von der Gegenseite vorgebrachten Beweismittel entkräften. In den Ländern mit römischem Rechtssystem erfolgt die Berechnung der Entschädigungssumme eher durch das Gericht, gegebenenfalls mit Hilfe eines Sachverständigen.

131. Obwohl die Schadenberechnungsmethoden im Folgenden getrennt dargestellt werden, ergänzen sie sich insoweit, als je nach Sachlage verschiedene Methoden ausprobiert werden können, um festzustellen, ob die berechneten Entschädigungssummen in etwa übereinstimmen. Gewisse Überschneidungen der Methoden sind unvermeidlich und schmälern nicht den Wert einer Methode gegenüber einer anderen. Die einfachen Methoden können zur Kontrolle der komplexeren Methoden verwendet werden. Aus der bestehenden Rechtsprechung der Mitgliedstaaten geht hervor, dass die Gerichte offenbar die einfachen Methoden bevorzugen. Bisher scheint es keine Rechtsprechung zu geben, in der ein Gericht ökonomische Beweismittel zur Bemessung der Entschädigungssumme herangezogen hat.
132. Aus politischer Sicht ist die Frage entscheidend, ob die unterstellte Genauigkeit der komplexeren Methoden ausreicht, um die mit der Beibringung und Bewertung dieser Beweismittel verbundenen zusätzlichen Kosten aufzuwiegen. Für die Gerichte mag es vielleicht angenehmer sein, auf einfachere Methoden zurückzugreifen, wenn man davon ausgeht, dass eine Kapitalschätzung ausreicht oder in gewisser Hinsicht sogar zu bevorzugen ist.

a. Die einfachen Berechnungsmethoden⁹¹

133. Es gibt im Wesentlichen drei einfache Methoden zur Berechnung des durch eine Wettbewerbsrechtsverletzung verursachten Schadens:
- Die *Vorher-Nachher-Methode* stellt einen einfachen Vergleich der Preise während der Zuwiderhandlung mit den vor und nach der Zuwiderhandlung üblichen Preisen dar und lässt hinreichende Rückschlüsse auf das reale Preisniveau, das ohne die Zuwiderhandlung bestanden hätte, zu.
 - Bei der *Yardstick-Methode* wird der kartellierte Markt mit ähnlichen Märkten verglichen, die von der Zuwiderhandlung nicht betroffen waren. Im Idealfall ähneln sich die Preis- und Kostenstrukturen und andere Merkmale, so dass daraus geschlossen werden kann, dass Preisabweichungen im kartellierten Markt aus dem wettbewerbswidrigen Verhalten resultieren.
 - Das *kostenorientierte Verfahren* basiert auf Auskünften der Kartellmitglieder über ihre durchschnittlichen Stückkosten, auf die eine angemessene Gewinnspanne aufgeschlagen wird, woraus sich ein Preis ergibt, der unter Wettbewerbsbedingungen als angemessen gelten kann.

⁹¹ Vgl. „Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, Analysis of economic models for the calculation of damages“ („Wirtschaftlicher Bericht“), ab S. 17.

b. Komplexere Berechnungsmethoden⁹²

134. Die beiden folgenden Berechnungsmethoden mögen zwar zu einem genaueren Ergebnis führen, sind jedoch zeitaufwendiger und datenintensiver:
- Das *Preisvorhersageverfahren* ist eine ökonometrische Methode, die versucht, anhand von Preisdeterminanten aus der Vergangenheit oder Kriterienvergleichen mit anderen Märkten die wegen der Zuwiderhandlung nicht zustande gekommenen Wettbewerbspreise zu berechnen. Dieses Verfahren ist eine verfeinerte Version der Vorher-Nachher-Methode und der Yardstick-Methode, hängt allerdings in starkem Maße von der Qualität der verfügbaren Daten ab.
 - Beim *theoretischen Modellverfahren* wird ein Oligopol-Modell zur Abbildung der Wirkungen der Zuwiderhandlung simuliert. Zur Bestimmung der wichtigsten Parameter für das theoretische Modell werden ökonometrische Modelldaten und andere Daten verwendet.

c. Das Stichprobenverfahren

135. Bisweilen mag es unverhältnismäßig schwierig oder sogar unmöglich sein, den durch eine Wettbewerbsrechtsverletzung verursachten Schaden exakt zu berechnen. Unter solchen Umständen sollten begründete Näherungswerte für den verursachten Schaden zulässig sein. Eine Methode zur Ermittlung von Näherungswerten ist das Stichprobenverfahren. Es erweist sich vor allem in Prozessen, an denen große Gruppen wie indirekte Abnehmergruppen oder Verbraucherverbände beteiligt sind, als wirksam.⁹³
136. In dem Urteil *Société anonyme des laminoirs* unterstützt der Europäische Gerichtshof das Stichprobenverfahren zur Ermittlung des Schadens. Darin heißt es:

„Ist bei der Bemessung eines auf einen Amtsfehler zurückzuführenden Schadens zu beurteilen, wie der Geschehensablauf gewesen wäre, wenn der Amtsfehler nicht begangen worden wäre, so muss der Richter zwar ein Höchstmaß an Nachweisen verlangen, sich im übrigen aber mit annehmbaren Näherungswerten, z. B. durch Vergleich ermittelten Durchschnittswerten, begnügen. (...) Für die Bemessung ihres Schadens haben die Klägerinnen sich der einzig brauchbaren Methode bedient, die darin besteht, die Lage zu ermitteln, die sich für jedes der betroffenen Werke beim Schrotteinkauf ergeben haben würde, wenn die Zusagen über die Gewährung der Transportparität unterblieben wären. Wenn es bei dieser Methode auch ausgeschlossen ist, zu

⁹² Wirtschaftlicher Bericht ab S. 21.

⁹³ In den USA können in *Parens-Patriae*-Verfahren die Entschädigungssummen bei Preisabsprachen für die gesamte vertretene Gruppe mit Hilfe von statistischen Methoden oder Stichprobenverfahren berechnet werden. Dabei ist es nicht erforderlich, den Schaden jedes Einzelnen, für den Klage eingereicht wurde, zu berechnen (§ 4D des Clayton Act).

*einer genauen Schadensbemessung zu gelangen, so erlauben es die in wirtschaftlichen Untersuchungen üblicherweise angewandten Stichprobenverfahren dennoch, ausgehend von ausreichend zuverlässigen Grundlagen annehmbare Näherungswerte zu erzielen.*⁹⁴

d. Quantifizierung nach billigem Ermessen

137. In vielen Mitgliedstaaten gilt als Grundregel, wenn sich die exakte Schadenssumme nur schwer nachweisen lässt, dass auf diesen Nachweis verzichtet werden und das Gericht stattdessen eine angemessene Entschädigungssumme zusprechen kann (dieses Verfahren wird oft als Schätzung nach billigem Ermessen bezeichnet). In einigen Mitgliedstaaten ist dies nur bei bestimmten Schadenskategorien möglich, vornehmlich bei entgangenem Gewinn.⁹⁵
138. In einigen Mitgliedstaaten ist diese Verringerung des vom Kläger hinsichtlich der Quantifizierung des Schadens verlangten Beweismaßes nicht möglich. Das bedeutet, dass der Kläger unterliegt, falls er den Schaden nicht exakt nachweisen kann. Dies ist beispielsweise in Spanien der Fall, wo ein Zivilgericht das Wettbewerbsgericht um einen Bericht zu Ursprung und Höhe des Schadens ersuchen kann.⁹⁶ Allerdings ist das Wettbewerbsgericht nicht zur Vorlage eines solchen Berichts verpflichtet und das ersuchende Gericht nicht an die Feststellungen des Berichts gebunden.
139. Die Schätzung des Schadens nach billigem Ermessen könnte in Verbindung mit den weiter oben aufgeführten einfachen Berechnungsmethoden oder zu ihrer juristischen Untermauerung verwendet werden. Das Verfahren ist weniger vereinbar mit den komplexen Modellen, die den Schaden mittels ökonomischer oder statistischer Methoden exakt zu bestimmen versuchen.

3. Zwei Sonderfälle: Ermittlung des dem Kläger entgangenen Gewinns und Ermittlung des Schadens anhand des vom Beklagten unrechtmäßig erzielten Gewinns

a. Ermittlung des dem Kläger entgangenen Gewinns

140. Handelt es sich bei dem wettbewerbswidrigen Verhalten nicht um Überteuerung, sondern beispielsweise um Liefersperre oder Preisunterbietung, so werden zur Ermittlung der erlittenen Verluste andere Methoden verwendet. In solchen Fällen lässt sich der Schaden nach dem infolge der Zuwiderhandlung entgangenen Gewinn bemessen, wenn der Wert des durch die Wettbewerbsrechtsverletzung verlorenen Geschäftsanteils bestimmt werden soll. Dabei werden buchhalterische, finanzwirtschaftliche und ökonomische Methoden angewandt, um die Differenz

⁹⁴ Verbundene Rechtssachen 29, 31, 36, 39 bis 47, 50 und 51-63, *Société anonyme des laminoirs gegen Hohe Behörde*, Slg. 1966, 139.

⁹⁵ Vgl. insbesondere die Tabelle auf S. 71 des vergleichenden Berichts.

⁹⁶ Artikel 13.3 des Gesetzes 16/1989 vom 17. Juli 1989 über den Schutz des Wettbewerbs.

zwischen dem tatsächlichen Gewinn des Klägers und dem hypothetischen Gewinn, den er ohne den Verstoß erzielt hätte, zu ermitteln.

141. Die folgenden Methoden können zur Ermittlung von entgangenem Gewinn verwendet werden.⁹⁷ Diese Methoden setzen offensichtlich die Anwendung einer der in den Absätzen 133 und 134 beschriebenen Verfahren zur Feststellung des Kontrafaktums (also des hypothetischen Preises, der zur Bestimmung des entgangenen Gewinns herangezogen wird) voraus:
- Beim *Einkünfteverfahren* werden Umsätze, Kosten und Cashflows aus der Gewinn- und Verlustrechnung für eine Abschätzung der Geschäftsentwicklung ohne den Verstoß berücksichtigt.
 - Beim *marktorientierten Bewertungsverfahren* werden Finanzdaten wie der Aktienkurs oder die Gewinne vergleichbarer, börsennotierter Unternehmen zur Bewertung des geschädigten Unternehmens herangezogen.
 - Das *vermögensorientierte Bewertungsverfahren* nutzt Bilanzdaten zur Bewertung eines Unternehmens. Hierzu zählen der Buchwert des materiellen Betriebsvermögens, der Marktwert des materiellen Betriebsvermögens und der Liquidationswert.
142. Bei der Ermittlung des entgangenen Gewinns ergeben sich allgemeine Fragen, die sowohl für Wettbewerbsrechtsfälle als auch in anderem Zusammenhang zu beantworten sind. Zur zeitlichen Einordnung der Schädigung ist der Zeitraum zu bestimmen, in dem das Geschäft des Klägers von der Zuwiderhandlung betroffen war. Dies kann sich als schwierig erweisen, da der Beginn des Zeitraums nicht unbedingt mit dem Beginn der Zuwiderhandlung zusammenfallen muss und die Zuwiderhandlung selbst nach ihrer Einstellung noch Auswirkungen haben kann.
143. Schließlich ist zu unterstreichen, dass der Gerichtshof im Zusammenhang mit der Ermittlung des Schadens aus entgangenem Gewinn auf den breiten Ermessensspielraum der einzelstaatlichen Gerichte mit den Worten hingewiesen hat, dass „der entgangene Gewinn sich nicht aus einer einfachen mathematischen Berechnung ergibt, sondern das Ergebnis einer Bewertung und Beurteilung komplexer wirtschaftlicher Daten ist. Der Gerichtshof hat insoweit wirtschaftliche Tätigkeiten zu bewerten, die zum großen Teil hypothetischen Charakter besitzen. Er verfügt daher wie die nationalen Gerichte über einen weiten Beurteilungsspielraum sowohl in Bezug auf die maßgeblichen statistischen Daten und Werte als auch vor allem in Bezug auf die Verwendung dieser Daten und Werte bei der Berechnung und Bemessung des Schadens.“⁹⁸

⁹⁷ Vgl. Abschnitt 5.6 f. des Wirtschaftlichen Berichts.

⁹⁸ Verbundene Rechtssachen C-104/89 und C-37/90, *Mulder und andere gegen Rat*, Slg. 2000, I-203, Randnr. 79.

b. Ermittlung des Schadens anhand des vom Beklagten unrechtmäßig erzielten Gewinns

144. Wenn sich, wie es insbesondere häufig bei Verbraucherklagen der Fall ist, der persönliche Verlust des Klägers subjektiv zu schwer beurteilen lässt, kann der Schaden auch anhand des vom Beklagten unrechtmäßig erzielten Gewinns ermittelt werden.⁹⁹ So ist der unrechtmäßige Gewinn im Fall eines Kartells die Differenz zwischen dem freien Marktpreis und dem Kartellpreis, also der Überpreis. Somit werden die entgangenen Gewinne aus den Verkäufen, die der Beklagte infolge der Preiserhöhung nicht mehr realisieren konnte, bei der Berechnung des unrechtmäßigen Gewinns nicht berücksichtigt. Im Gemeinschaftsrecht legt die Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums¹⁰⁰ fest, dass zu Unrecht erzielte Gewinne des Verletzers, einschließlich der Gewinneinbußen für die geschädigte Partei bei der Ermittlung des Schadens des Klägers berücksichtigt werden können.

D. GETRENNTE VERFAHREN

145. In einigen Mitgliedstaaten ist es möglich, ein Teilurteil zu erwirken, in dem die Zuwiderhandlung und die Schadenersatzpflicht festgestellt werden. In diesem Urteil wird der Schadenersatz nicht beziffert, das Verfahren wird jedoch fortgesetzt, bis eine Quantifizierung des Schadens möglich ist. Nicht selten mündet dieses Verfahren in einen Vergleich zwischen den Parteien hinsichtlich der zu zahlenden Entschädigungssumme.
146. Solche getrennten Verfahren sind generell in zwei Formen möglich. In einer ersten Gruppe von Mitgliedstaaten wird ein einziges Verfahren in zwei Phasen aufgeteilt, wobei in der ersten Phase die Haftung festgestellt und in der zweiten Phase die Entschädigungssumme festgelegt wird.¹⁰¹ In einer zweiten Gruppe von Mitgliedstaaten werden zwei „vollständige“ und getrennt anfechtbare Urteile gefällt: eines zur Haftungsfeststellung und ein weiteres zur Festlegung der Entschädigungssumme.¹⁰²

E. POLITISCHE OPTIONEN

⁹⁹ Diese Berechnungsmethode wird in Zypern, Deutschland, den Niederlanden, Polen, Litauen und Spanien anerkannt.

¹⁰⁰ Vgl. Fußnote 26.

¹⁰¹ Dies ist in der Tschechischen Republik, Spanien, Frankreich, Irland, Italien, Malta und Polen der Fall.

¹⁰² Dies ist in Dänemark, Deutschland, Estland, den Niederlanden, Portugal und Slowenien der Fall. In Deutschland kann der Kläger, wenn er nicht über alle notwendigen Informationen verfügt, um den Schaden zu beziffern, bei Gericht ein Feststellungsurteil beantragen, mit dem die Pflicht des Beklagten festgestellt wird, den Kläger für alle durch die Zuwiderhandlung erlittenen Verluste zu entschädigen.

1. Optionen in Bezug auf die Bewertungsgrundlage des Schadens

Option 14: Kompensatorischer Schadenersatz

147. Eine erste Option wäre, dem Geschädigten Schadenersatz als reine Kompensation zuzusprechen, um den Verlust oder Schaden aus einer Zuwiderhandlung gegen das europäische Wettbewerbsrecht auszugleichen.

Option 15: Rückforderung von unrechtmäßig erzielten Gewinnen

148. Eine weitere Option wäre, dem Geschädigten einen Anspruch auf den vom Beklagten erzielten überhöhten Betrag zuzugestehen. Hier sind zwei Varianten vorstellbar:
- Zum einen könnte dem Geschädigten gestattet werden, den gesamten überhöhten Betrag aus der Zuwiderhandlung geltend zu machen. In einem Folgeverfahren wäre dann die Entschädigungssumme unter allen Parteien aufzuteilen, denen ein Schaden entstanden ist.
 - Zum anderen könnte der Geschädigte nur den überhöhten Betrag geltend machen, der aus seinen Geschäften mit dem Beklagten resultiert. War der Preis beispielsweise um 30 % überteuert, so würden 30 % des Rechnungspreises aus den Einkäufen des Geschädigten geltend gemacht.
149. Die Rückforderung der vom Beklagten unrechtmäßig erzielten Gewinne deckt den Verlust des Geschädigten nur zum Teil, nämlich im Umfang der durch die Differenz zwischen dem freien Marktpreis und dem Kartellpreis erlittenen Verluste (*damnum emergens*). Um den Geschädigten in vollem Umfang zu kompensieren, muss dieser Teil durch eine Kompensation des durch seinen quantitativen Verlust beim Kauf entgangenen Gewinn (*lucrum cessans*) ergänzt werden. Die Höhe des entgangenen Gewinns hängt in starkem Maße von der Preiselastizität der Nachfrage des Klägers ab. Daher mag es in manchen Fällen für den Kläger schwierig sein, den entgangenen Gewinn zu quantifizieren. Unter diesen Umständen erscheint eine Schätzung des Schadens nach Billigkeit am sinnvollsten.

Option 16: Doppelter Schadenersatz bei horizontalen Kartellen

150. Um einen klaren Anreiz für Wettbewerbsrechtliche Schadenersatzklagen zu schaffen, könnte für die gravierendsten Wettbewerbsrechtsverletzungen, also horizontale Kartelle, Schadenersatz in doppelter Höhe vorgesehen werden. Es wird um Meinungsäußerung gebeten, ob dieser doppelte Schadenersatz, sofern er eingeführt und für sinnvoll erachtet wird, automatisch, unter bestimmten Bedingungen oder nach Ermessen des einzelstaatlichen Gerichts zugesprochen werden sollte.

Option 17: Vorprozessuale Zinsen

151. Um dafür zu sorgen, dass vorprozessuale Zinsen einen hinreichend starken Anreiz für Klagen darstellen, könnte als Zeitpunkt, ab dem Zinsen berechnet werden, das Datum der Zuwiderhandlung oder das Datum des Schadenseintritts festgelegt werden. Ein ähnlicher Anreiz könnte durch eine generelle Erhöhung der Zinssätze und/oder die Möglichkeit, Zinseszinsen geltend zu machen, geschaffen werden.

2. Optionen in Bezug auf die Methoden zur Quantifizierung des Schadens

Option 18: Die Quantifizierungsmethoden

152. Wie in den Absätzen 125 bis 144 beschrieben, stehen zur Quantifizierung des Schadens verschiedene Verfahren zur Verfügung. Die Auswahl des Verfahrens, von einer Kapitalmethode über einfache bis hin zu komplexeren und detaillierteren Berechnungsmethoden, wird in der Regel von Gegebenheiten des jeweiligen Falls und den verfügbaren Daten abhängen.
153. Es wird um Meinungsäußerung gebeten, inwieweit die beschriebenen Methoden zur Ermittlung des Schadens vor Zivilgerichten geeignet sind. Von besonderer Bedeutung scheint hier der durch die komplexeren im Vergleich zu den einfacheren Methoden erreichte Mehrwert, also die genauere Quantifizierung, und die Frage, ob dieser Mehrwert den bei den komplexeren Methoden zu erwartenden höheren Zeit- und Kostenaufwand rechtfertigt.

3. Weitere Optionen

Option 19: Leitlinien zur Quantifizierung des Schadens

154. Es ist möglicherweise angebracht, den einzelstaatlichen Gerichten eine gewisse Anleitung zur Quantifizierung von Schäden zu geben. Diese könnte vor allem der Erläuterung der weiter oben aufgeführten komplexeren Quantifizierungsverfahren dienen.

Option 20: Getrennte Verfahren zur Haftungsfeststellung und Festlegung der Entschädigungssumme

155. Getrennte Verfahren könnten Schadenersatzklagen weiter erleichtern. Wenn die Haftung vor der Bemessung des Schadenersatzes separat festgestellt werden kann, dürfte dies zu einer Senkung der Prozesskosten führen. Bei festgestellter Haftung ist es nicht unwahrscheinlich, dass die Parteien hinsichtlich der Entschädigungssumme einen Vergleich schließen und so die kostspielige Einholung von Sachverständigengutachten vermeiden und das eigentliche Gerichtsverfahren verkürzen.

ABSCHNITT V: DIE “PASSING ON DEFENCE“ UND DIE KLAGEBEFUGNIS INDIREKTER ABNEHMER

A. EINFÜHRUNG

156. Wenn ein Kartell oder ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Waren überteuert verkauft, wird ein direkter Abnehmer, z. B. ein Großhändler, dadurch geschädigt, dass er einen Preis zahlt, der über dem freien Marktpreis liegt. Der direkte Abnehmer ist jedoch unter Umständen in der Lage, seinen Verlust ganz oder teilweise auf den nächsten Abnehmer in der Kette, z. B. einen Einzelhändler oder Verbraucher, abzuwälzen. Diese Abnehmer, die mit dem wettbewerbswidrig handelnden Verkäufer, also einem Kartellmitglied oder einem marktbeherrschenden Unternehmen, nur indirekt in Verbindung stehen, werden mithin dadurch geschädigt, dass sie den auf sie abgewälzten überhöhten Preis zahlen.
157. Daraus ergeben sich zwei miteinander verbundene Fragen:
- Erstens: Sollte das Gericht bei einer Schadenersatzklage des direkten Abnehmers die vollständige oder teilweise Abwälzung des Verlustes auf andere Abnehmer berücksichtigen?
 - Zweitens: Sollten indirekte Abnehmer auf Schadenersatz für ihre Verluste klagen können?
158. Diese Fragen zielen auf die grundlegende Funktionsweise eines Entschädigungssystems bei Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht, insbesondere im Zusammenhang mit Klagen wegen überhöhter Preise.

B. DIE “PASSING ON DEFENCE“

159. Preisabsprachen in einem Markt (oder andere wettbewerbswidrige Verhaltensweisen, die zu einer Preissteigerung führen) schaden nicht nur den Abnehmern im nachgelagerten Markt. Vielmehr können Abnehmer und Nichtabnehmer auf jeder Stufe der Absatzkette geschädigt werden. Die Studie befasst sich mit einem Modell, welches die “passing on defence“ und eine Klagebefugnis indirekter Abnehmer erlaubt. Sie erläutert es am Beispiel eines Kartells zwischen den Herstellern eines Nahrungsmittelrohstoffs, der von Verarbeitern veredelt und dann von Nahrungsmittelherstellern zur Herstellung verschiedener Lebensmittel verwendet wird, die an Lebensmittelhändler verkauft werden. Die Studie weist darauf hin, dass die Beurteilung der Abwälzung in jedem Abschnitt der Absatzkette die Untersuchung erheblich erschwert [*„the analysis becomes considerably more difficult as pass through must be assessed at each stage of the supply chain“*]. Ferner wird argumentiert, dass die Zulassung einer “passing

on defence“ zu Konflikten zwischen den Anspruchstellern auf den verschiedenen Stufen der Absatzkette führen kann.¹⁰³

160. Die Studie gibt einen Überblick über die Determinanten der Abwälzung.¹⁰⁴ Vereinfacht ausgedrückt sind die wichtigsten Determinanten der Abwälzung die Art des Wettbewerbs im Absatzmarkt des Geschädigten und die Frage, ob die Überteuerung die Position des Geschädigten gegenüber seinen Mitbewerbern beeinträchtigt. Laut der Studie gilt allgemein, je wettbewerbsintensiver der nachgelagerte Markt (d. h. der Markt, in dem der Geschädigte operiert) ist, umso größer ist die Wahrscheinlichkeit einer Abwälzung.
161. Die Studie befasst sich mit der entscheidenden Frage, wie sich die Auswirkungen der Abwälzung messen lassen.¹⁰⁵ Die Methoden reichen von einem „theoretischen Verfahren“, das von einem theoretischen Modell des Marktes des Klägers und den strukturellen Determinanten der Abwälzung ausgeht, bis hin zu einem Verfahren, nach dem der Umfang der Abwälzung anhand einer statistischen Untersuchung des historischen Verhältnisses zwischen den Preisen des Klägers und den Determinanten dieser Preise unmittelbar bestimmt wird. Beide Verfahren werden in der Studie beschrieben. In Anbetracht ihrer äußerst komplexen und technischen Natur wird hier jedoch auf eine Wiedergabe verzichtet. Wenngleich eine gewisse Komplexität zur Bestimmung der Gesamtüberteuerung des Kartells notwendig ist, würde die Reproduktion dieser Komplexität auf jeder Stufe der Absatzkette Schadenersatzklagen kompliziert und teuer machen. Es ist offenbar nicht möglich, ein Modell zu entwickeln, mit dem der Schaden, welcher den Beteiligten auf den verschiedenen Stufen der Absatzkette entstanden ist, zu vertretbaren Kosten exakt bestimmt werden kann.
162. Diese mit der Bestimmung der Abwälzung entlang der gesamten Absatzkette verbundene hohe technische Komplexität hat entscheidende Auswirkungen auf das US-amerikanische Recht gehabt. In seinem Urteil im Fall Illinois Brick begründet das Oberste Bundesgericht der USA seine Entscheidung, die „passing on defence“ im US-Bundeskartellrecht nicht zuzulassen, wie folgt:¹⁰⁶

Würde man Abwälzungstheorien zulassen, so würden Klagen auf dreifachen Schadenersatz in massiven Bemühungen münden, die Entschädigungssumme auf alle potenziellen Kläger aufzuteilen, die von der Überteuerung teilweise betroffen sein könnten – von direkten Abnehmern über Zwischenhändler bis hin zu den Endverbrauchern. Wie attraktiv dieser Versuch einer Aufteilung der Überteuerung theoretisch auch scheinen mag, er würde Klagen auf dreifachen Schadenersatz eine völlig neue Dimension der Komplexheit verleihen und ihre Wirksamkeit ernsthaft untergraben.

¹⁰³ Absatz 4.3 in Teil I des Wirtschaftlichen Berichts.

¹⁰⁴ Absätze 4.9 bis 4.14 von Teil I des Wirtschaftlichen Berichts.

¹⁰⁵ Absätze 4.15 bis 4.21 von Teil I des Wirtschaftlichen Berichts.

¹⁰⁶ *Illinois Brick gegen Illinois*, 431 US 720 (1977).

[„Permitting the use of pass-on theories ... essentially would transform treble-damages actions into massive efforts to apportion the recovery among all potential plaintiffs that could have absorbed part of the overcharge – from direct purchasers to middlemen to ultimate consumers. However appealing this attempt to allocate the overcharge might seem in theory, it would add whole new dimensions of complexity to treble-damages suits and seriously undermine their effectiveness.“]

163. Die Berechnung des gesamten Übertuerungsbetrages ist also an sich schon schwierig genug, und jeder Versuch, darüber hinauszugehen und die Übertuerung auf die Absatzkette aufzuteilen, würde die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts erheblich verkomplizieren und verteuern.

164. In der Rechtsprechung der Gerichte der Gemeinschaft findet sich keine detaillierte Untersuchung zur “passing on defence“ im Wettbewerbsrecht. Allerdings führt der Gerichtshof in Randnummer 30 des Urteils *Courage* Folgendes aus:

„[D]er Gerichtshof [hat] bereits entschieden, dass das Gemeinschaftsrecht die innerstaatlichen Gerichte nicht daran hindert, dafür Sorge [zu] tragen, dass der Schutz der gemeinschaftsrechtlich gewährleisteten Rechte nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Anspruchsberechtigten führt (siehe u. a. Urteile vom 4. Oktober 1979 in der Rechtssache 238/78, Ireks-Arkady/Rat und Kommission, Slg. 1979, 2955, Randnr. 14, vom 27. Februar 1980 in der Rechtssache 68/79, Just, Slg. 1980, 501, Randnr. 26, und vom 21. September 2000 in den verbundenen Rechtssachen C-441/98 und C-442/98, Michailidis, Slg. 2000, I-7145, Randnr. 31).“

165. Die vorstehende Passage aus dem Urteil *Courage* bezieht sich auf frühere Rechtsprechung des EuGH. Die Möglichkeit der “passing on defence“ wurde vom Gerichtshof in Verfahren betreffend die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft (Artikel 288 Absatz 2 EG-Vertrag)¹⁰⁷ und in Verfahren von Unternehmen gegen Mitgliedstaaten wegen Rückzahlung von unrechtmäßig erhobenen Abgaben anerkannt.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Rechtssache 238/78, *Ireks-Arkady gegen Rat und Kommission*, Slg. 1979, 2955, auf die unter Randnr. 30 des Urteils *Courage* Bezug genommen wird.

¹⁰⁸ Rechtssache *Just*, vgl. Fußnote 6; verbundene Rechtssachen C-441/98 und C-441/98 *Kapniki Michailidis gegen IKA*, Slg. 2000, I-7145, auf die unter Randnr. 30 des Urteils *Courage* Bezug genommen wird; Rechtssache *San Giorgio*, vgl. Fußnote 6, verbundene Rechtssachen 331/85, 376/85 und 378/85 *Les Fils de Jules Bianco und J Girard Fils gegen Directeur général des douanes et droits indirects*, Slg. 1988, 1099 und *Comateb*, vgl. Fußnote 6; vgl. auch die Schlussanträge des Generalanwalts Van Gerven in der Rechtssache *Banks* (vgl. Fußnote 4), Randnr. 48: „Das Gemeinschaftsrecht verwehrt es einem nationalen Gericht jedoch nicht, nach seinem nationalen Recht darüber zu wachen, dass der Schutz der von der Gemeinschaftsrechtsordnung gewährleisteten Rechte nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Anspruchsberechtigten führt“ und Randnr. 51: “Bei der Berechnung des Schadens muss allerdings entsprechend dem (...) Verbot der unrechtmäßigen Bereicherung einer möglichen Abwälzung des Schadens durch das klagende Unternehmen über die Verkaufspreise Rechnung getragen werden.“

166. Die Existenz und die Wirkung der “passing on defence“ im Gemeinschaftsrecht sind komplex. Der Gerichtshof selbst hat die Anwendung der “passing on defence“ an solche Bedingungen geknüpft, dass diese Einrede, wenn sie denn besteht, praktisch überflüssig ist.
167. Erstens betrifft die gemeinschaftliche Rechtsprechung größtenteils nicht das Wettbewerbsrecht. Bisher haben sich die Gerichte der Gemeinschaft mit dieser Problematik in einem Wettbewerbsrechtsverfahren noch nicht eingehend auseinander gesetzt. Insbesondere könnte sich die Aufteilung des Schadens nach Geltendmachung der Pass-on-defence wegen der globaleren Auswirkungen eines Kartells in Wettbewerbssachen komplizierter gestalten als in Rechtssachen, in denen es um die Rückzahlung von Steuern oder Subventionen geht.
168. Zweites beschränken sich die Gerichte der Gemeinschaft in der einschlägigen Rechtsprechung auf die Aussage, dass das Gemeinschaftsrecht einzelstaatliche Rechtsvorschriften nicht ausschließt, die eine ungerechtfertigte Bereicherung verhindern sollen. Er begründet damit keineswegs eine mögliche Geltendmachung der “passing on defence“ nach dem Gemeinschaftsrecht. Generalanwalt Slynn führt in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache *Bianco* aus:

„Der Gerichtshof hat jedoch [in der Rechtssache Just] nicht entschieden, daß die Abwälzung der Abgaben gemeinschaftsrechtlich – beispielsweise als Folge eines allgemeinen Grundsatzes, der die ungerechtfertigte Bereicherung verbietet – bedeuten muss, dass die zu Unrecht geforderten und gezahlten Abgaben nicht wiedererlangt werden könnten.“¹⁰⁹

169. Für die Existenz der “passing on defence“ spricht in der Argumentation der Gerichte der Gemeinschaft in erster Linie die Vermeidung einer ungerechtfertigten Bereicherung des Anspruchstellers. Dies ist die in Randnummer 30 des Urteils *Courage* aufgeführte Begründung. Jedoch führt die Abwälzung nicht notwendigerweise zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Anspruchstellers, weil sie wegen der notwendigen Preiserhöhung des Händlers auch zu einem Rückgang des Umsatzvolumens führen kann.¹¹⁰
170. In der Tat hat der EuGH in der jüngeren Rechtsprechung Abwälzung und tatsächliche ungerechtfertigte Bereicherung als kumulative Bedingungen für eine Verringerung des eingeklagten Betrags aufgrund der Abwälzung angesehen. So befindet der Gerichtshof in Randnummer 27 des Urteils *Comateb*:

„Ein Mitgliedstaat kann daher einem Abgabepflichtigen die Erstattung einer unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht erhobenen Abgabe nur dann verweigern, wenn die Abgabenlast nachweislich in vollem Umfang von einem

¹⁰⁹ *Bianco*, vgl. Fußnote 108 .

¹¹⁰ Die mögliche Berücksichtigung eines Umsatzrückgangs bei Abwälzung überteuerter Preise ergibt sich auch aus der Argumentation des Obersten Bundesgerichts der USA im Fall *Hanover Shoe gegen United Shoe Machinery*, 392 US 481 (1998).

*anderen getragen wurde und wenn die Erstattung an den Abgabepflichtigen zu dessen ungerechtfertigter Bereicherung führen würde.“*¹¹¹

171. In noch jüngerer Zeit hat der Gerichtshof in Randnummer 102 seines Urteils *Weber* entschieden:

*„Im Ergebnis stehen somit die gemeinschaftsrechtlichen Regeln über die Erstattung rechtsgrundlos gezahlter Beträge einer innerstaatlichen Regelung entgegen, die – was das nationale Gericht zu prüfen hat – 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.“*¹¹²

172. Die Trennung zwischen Abwälzung und ungerechtfertigter Bereicherung des Anspruchstellers hat sich in der Rechtsprechung des Gerichtshofs bis zu einem Punkt entwickelt, an dem die Vermutung, Abwälzung führe zu ungerechtfertigter Bereicherung so unbegründet ist, dass sie gegen den im Gemeinschaftsrecht verankerten Effektivitätsgrundsatz verstößt (soweit es um den gerichtlichen Schutz eines durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechtes, nämlich die Rückerstattung einer gemeinschaftsrechtswidrig erhobenen Abgabe, geht).¹¹³
173. Man kann sagen, dass es im Gemeinschaftsrecht keine “passing on defence“ , sondern eine Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung gibt, die Folgendes voraussetzt: (1) Nachweis der Abwälzung (der an sich schon schwierig sein kann – siehe weiter unten) und (2) Nachweis, dass es zu keinem Umsatzrückgang oder einer anderen Einkommensschmälerung gekommen ist.
174. Sollte die “passing on defence“ als zulässig anerkannt werden, so wäre es zudem äußerst schwierig, den Schaden zwischen den verschiedenen Anspruchstellern in den verschiedenen Abschnitten der Produktions- bzw. Absatzkette aufzuteilen. Der Gerichtshof macht den Weg zur Aufteilung durch die Anerkennung der teilweisen Abwälzung in den Urteilen *Comateb* und *Michailidis* frei.¹¹⁴ Das ist grundsätzlich richtig, wenn man versuchen will, den Umfang einer ungerechtfertigten Bereicherung möglichst genau zu bestimmen. In Abgabenrückerstattungsverfahren führt sie jedoch nicht zu den gleichen komplexen Problemen, weil mögliche Verbraucherklagen in Ersteren kaum von Bedeutung sind (wenngleich sie

¹¹¹ *Comateb*, vgl. Fußnote 6 (Hervorhebung hinzugefügt); wiederholt in Rechtssache C-147/01 *Weber's Wine World*, Slg. 2003, I-11365, Randnr. 94.

¹¹² *Weber*, vgl. Fußnote 111 (Hervorhebung hinzugefügt).

¹¹³ Randnr. 117 des Urteils *Weber*, vgl. Fußnote 111.

¹¹⁴ *Comateb*, vgl. Fußnote 6, Randnrn. 27 f. und *Michailidis*, vgl. Fußnote 108, Randnr. 33. Vgl. Vgl. auch Randnr. 51 der Schlussanträge des Generalanwalts in der Rechtssache *Banks* (Fußnote 4).

theoretisch möglich sind).¹¹⁵ Von Wettbewerbsrechtsklagen lässt sich dies nicht behaupten.

175. Schließlich hat der EuGH im Urteil *San Giorgio*¹¹⁶ entschieden, dass einzelstaatliche Rechtsvorschriften, welche derjenigen Partei, die eine Rückerstattung fordert, die Beweislast dafür auferlegen, dass sie die Abgaben nicht auf den Endverbraucher abgewälzt hat, mit dem Gemeinschaftsrecht nicht vereinbar sind, weil sie es praktisch unmöglich oder übermäßig schwierig machen, die Erstattung von zu Unrecht erhobenen und entrichteten Abgaben zu erreichen. Nach dem Gemeinschaftsrecht obliegt die Beweislast für die Abwälzung, soweit sich diese Frage nach einzelstaatlichem Recht ergibt, dem Beklagten. Die Abwälzung wirkt, sofern sie überhaupt wirkt, als *Einrede*.¹¹⁷ Sie stellt einen Sachverhalt dar, den der *Beklagte* nachweisen muss. Seiner Beweislast für die Abwälzung wird der Beklagte in der Praxis oft nur unter großen Schwierigkeiten genügen können.

C. KLAGEBEFUGNIS INDIREKTER ABNEHMER

176. Wie weiter oben bereits erwähnt, ist die Frage der Klagebefugnis indirekter Abnehmer und die Frage, wie sich die Ansprüche dieser Abnehmer, sofern sie eine Klagebefugnis besitzen, in Fällen beziffern lassen, in denen eine Abwälzung stattgefunden hat, eng mit der Frage nach der Existenz und gegebenenfalls der Wirkung der „passing on defence“ verknüpft.
177. Die Gerichte der Gemeinschaft haben noch keine Stellung zur Klagebefugnis indirekter Abnehmer in Wettbewerbsrechtsfällen bezogen. Es ist die Auffassung geäußert worden, dass die Entscheidung des Gerichtshofs im Urteil *Courage* jeglicher Beschränkung der Klagebefugnis indirekter Abnehmer entgegensteht. Zunächst bekräftigt der Gerichtshof in den Randnummern 23 f. seines Urteils *Courage*, dass die Artikel 81 und 82 EG-Vertrag:

„in den Beziehungen zwischen Einzelnen unmittelbare Wirkungen erzeugen und unmittelbar in deren Person Rechte entstehen lassen, die die Gerichte der Mitgliedstaaten zu wahren haben ... Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass ein Einzelner berechtigt ist, sich auf einen Verstoß gegen Artikel 81 Absatz 1 EG-Vertrag zu berufen“ (Hervorhebung hinzugefügt).

¹¹⁵ Vgl. Randnr. 7 der Schlussanträge des Generalanwalts Mancini in der Rechtssache *San Giorgio*: Man denke an die absurde Vorstellung von einer Masse von Verbrauchern, die den Staat in einem System, in dem die „class action“ unbekannt ist, auf Begleichung ganz geringer Forderungen verklagt.“

¹¹⁶ *San Giorgio*, vgl. Fußnote 6.

¹¹⁷ Es sei darauf hingewiesen, dass in § 33 Abs. 3 Satz 2 der Siebten Novelle des GWB die „passing on defence“ im deutschen Zivilrecht nicht ausgeschlossen ist, sondern dass sie als Einrede geltend gemacht werden kann und die ihr zugrunde liegenden Fakten mithin vom Beklagten zu beweisen sind.

Damit bestätigt der Gerichtshof erneut Grundsätze aus seiner früheren Rechtsprechung.¹¹⁸

178. Es wird *die Meinung vertreten*, dass – isoliert betrachtet und unter Anwendung der in der vorgenannten Rechtsprechung dargelegten allgemeinen Grundsätze – sowohl direkte als auch indirekte Abnehmer eine Klagebefugnis besitzen, sofern sie die Zuwiderhandlung, den erlittenen Schaden und den Kausalzusammenhang nachweisen können. Ließe man einen solchen Grundsatz fallen, so würde man denjenigen, die am wahrscheinlichsten unter Wettbewerbsrechtsverletzungen zu leiden haben, einen Rechtsschutz verwehren. Gesteht man allen von einer Wettbewerbsrechtsverletzung betroffenen Parteien in der Absatzkette Schadenersatzansprüche zu, so führt dies ebenso klar zu zusätzlichen Schwierigkeiten (Ermittlung des Grades der Abwälzung), Hemmnissen (der Anteil der erfolgreichen Kläger geht zurück) und höheren Kosten (Zunahme der Zahl und der Komplexität der Rechtssachen aus ein und derselben Zuwiderhandlung).
179. Bei der Gestaltung jeglichen Systems für Wettbewerbsrechtliche Schadenersatzklagen muss das Hauptziel in einer effizienten und wirksamen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts liegen. Im Idealfall wird ein solches System sowohl dem Abschreckungs- als auch dem Kompensationsgedanken in gewissem Maße gerecht. Wenn also ein effizientes System zur Entschädigung indirekter Abnehmer, vor allem der Endabnehmer, entwickelt werden kann, dann besteht kein Grund, warum diese nicht auch aus Schadenersatzklagen Nutzen ziehen sollten. In Anbetracht der oben erwähnten Schwierigkeiten ist jedoch ein Kompromiss zwischen Gerechtigkeit (im Sinne der vollen Entschädigung aller durch eine rechtswidrige Verhaltensweise Geschädigten) und Effizienz wahrscheinlich unvermeidlich.
180. Als möglicher ausschlaggebender Faktor wird die effektive Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts vorgeschlagen. Wenn es also notwendig ist, die Rechte Einzelner zu beschränken, um ein wirksameres System zur Durchsetzung der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag zu schaffen, dann müssen diese Beschränkungen mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sein. Daher könnte es erforderlich sein festzulegen, in welchen Punkten die Rechtsausübung erleichtert werden muss, anstatt auf dem absoluten Schutz aller Rechte von Privatpersonen zu bestehen. Für den Schutz der Verbraucherrechte könnten in Anbetracht der in vielen Fällen geringfügigen Einzelschäden ein spezifisches Verfahren für geringfügige Forderungen oder Sammelklagen eine effiziente Möglichkeit der Wiedergutmachung bieten (siehe Abschnitt VI).

D. POLITISCHE OPTIONEN ZUR HANDHABUNG DER “PASSING ON DEFENCE“ UND DER KLAGEBEFUGNIS INDIREKTER ABNEHMER

¹¹⁸ *BRT und SABAM*, vgl. Fußnote 8, Randnr. 16; vgl. auch Rechtssache C-282/95 P, *Guérin Automobiles gegen Kommission*, Slg. 1997, I-1503, Randnr. 39.

Option 21: Die “passing on defence“ ist zulässig, und sowohl indirekte als auch direkte Abnehmer können den Rechtsverletzer verklagen

181. Nach diesem Modell muss die Entschädigungssumme zwischen direkten und indirekten Abnehmern aufgeteilt werden. Dies kann, wie weiter oben erörtert, zu Schwierigkeiten bei der Bewertung der Abwälzung an den verschiedenen Stufen der Produktions- und Absatzkette führen, dafür würde das System dem Grundsatz des kompensatorischen Schadenersatzes für jeden Geschädigten gerecht werden. Die Klagen wären im Grunde voneinander getrennt und unabhängig, wenngleich in der Praxis kein Grund besteht, warum sich die Parteien nicht abstimmen und durch Nutzung entsprechender Verfahrenstricks Zeit und Kosten sparen sollten. Daher könnten im Rahmen dieses Modells Prozessverbindungs- oder Gruppenklagemechanismen sowie auch gewisse Sammel- oder Vertreterklagen auf Verbraucherebene (siehe Abschnitt VI) angewandt werden.

Option 22: Die “passing on defence“ ist ausgeschlossen und nur direkte Abnehmer können den Rechtsverletzer verklagen

182. Bei dieser Option hat die Entschädigung direkter Abnehmer Vorrang gegenüber anderen Gruppen potenzieller Kläger. Daraus ergeben sich grundsätzlich Vorteile im Hinblick auf die Abschreckungswirkung von wettbewerbsrechtlichen Schadenersatzklagen, denn es ist davon auszugehen, dass der direkte Abnehmer in der Regel besseren Zugang zu den Beweismitteln für die Feststellung der Zuwiderhandlung und die Quantifizierung des Schadens, darunter auch des Schadens auf den unteren Stufen der Produktions- bzw. Absatzkette, hat. Je weiter man sich von dem/den Rechtsverletzer(n) und den direkten Abnehmern entfernt, umso schwieriger lassen sich die Auswirkungen beurteilen. Deshalb ist der direkte Abnehmer gewöhnlich der am besten aufgestellte Kläger, so dass von einem System, welches Klagen direkter Abnehmer fördert, ein größerer Durchsetzungsgrad und Abschreckungseffekt zu erwarten ist.
183. Außerdem kann man den Standpunkt vertreten, dass die Marktdynamik in einem wettbewerbsintensiven Markt in manchen Fällen die angebliche ungerechtfertigte Bereicherung des direkten Abnehmers ausgleichen kann, indem sie diesen zwingt, den durch eine Entschädigungssumme erlangten Vorteil an die nächsten Stufen der Produktions- und Absatzkette weiterzugeben.
184. Um eine Entschädigung auf Verbraucherebene zu ermöglichen und die Rechte der Verbraucher zu schützen, müsste in diesem Modell eine Ausnahme in Bezug auf das Klagevorrecht der direkten Abnehmer vorgesehen werden, welche Klagen auf Verbraucherebene zulässt (siehe Abschnitt VI).

Option 23: Die “passing on defence“ ist ausgeschlossen und sowohl direkte als auch indirekte Abnehmer können den Rechtsverletzer verklagen

185. Dieses Modell könnte dazu führen, dass der Rechtsverletzer zu Mehrfachsadenersatz verurteilt wird. Andererseits fördert dieses Modell eine sehr

starke Abschreckungswirkung auf den Rechtsverletzer und erhöht den Klageanreiz für direkte und indirekte Abnehmer.

Option 24: Ein Zwei-Stufen-Modell¹¹⁹

186. Dieses Modell könnte folgendermaßen aussehen:
- (A) In einem ersten Verfahren ist die “passing on defence“ ausgeschlossen und der Rechtsverletzer wird auf den gesamten Überteurungsbetrag verklagt.
 - (B) In späteren Verfahren wird dann die Entschädigungssumme unter allen Parteien aufgeteilt, denen ein Schaden entstanden ist.
187. Dieses System hat den Vorteil, dass der Rechtsverletzer in jedem Fall zahlen muss (Ziel der Abschreckung). Die nachfolgenden Verfahren zur Aufteilung der Entschädigungssumme gewährleisten, dass das Kompensationsziel so gut wie möglich erreicht wird. Aus dieser Option ergeben sich einige weitere Fragen hinsichtlich seiner genauen Funktionsweise, die noch weiterer Überlegungen bedürfen.

¹¹⁹ Vgl. beispielsweise auch ABA, Section of Antitrust Law, *The State of Federal Antitrust Enforcement – 2001, Report of the Task Force on the Federal Antitrust Agencies, 2001*, S. 24, und ABA, Section of Antitrust Law, *Report on Remedies* (2004).

ABSCHNITT VI: SCHUTZ DER VERBRAUCHERINTERESSEN

A. EINFÜHRUNG

188. Für die Förderung von Endverbraucherklagen gibt es gute Gründe, denn solche Klagen dienen unmittelbar dem Kompensationsgedanken und der erhöhten Abschreckung als übergreifende Ziele sowie der Herausbildung einer Wettbewerbskultur. Die mit ordentlichen Gerichtsverfahren verbundenen Kosten und Verzögerungen sowie der entsprechende Verwaltungsaufwand können Verbraucher, die vergleichsweise geringe wirtschaftliche Verluste erleiden, zweifellos davon abhalten, eine Verurteilung von Unternehmen anzustreben, die ein wettbewerbswidriges Verhalten an den Tag legen. Damit Verbraucher erfolgreich klagen können, bedarf es u.U. gewisser Instrumente, die ihnen dieses erleichtern.
189. In verschiedenen europäischen Rechtsordnungen haben die Hindernisse, mit denen der private Rechtsschutz konfrontiert wird, zur Einführung vereinfachter Gerichtsverfahren geführt. Auch wenn sie sich in Umfang und Zugangsbedingungen unterscheiden, weisen die bestehenden Verfahren für geringfügige Forderungen gemeinsame Merkmale auf: die den Klägern entstehende wirtschaftliche Belastung wird auf ein Minimum reduziert; die üblichen Vorschriften, die die Erlangung von Beweismitteln und die Quantifizierung des Schadens regeln, werden gelockert, so dass der Ermessensspielraum des Gerichts erweitert wird; schließlich wird dem Gericht unter Beibehaltung des kontradiktorischen Verfahrens und Wahrung seiner Neutralität häufig gestattet, den Parteien eine gewisse Verfahrensunterstützung zu gewähren und die für die Entscheidung des Falls relevanten Informationen zu ermitteln.
190. Im März 2005 verabschiedete die Kommission einen Vorschlag für eine Verordnung zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen¹²⁰, die auch auf Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht der EU anwendbar wäre. In dem Vorschlag ist vorgesehen, den Rechtsuchenden dieses fakultative Verfahren als Alternative zu den bereits bestehenden innerstaatlichen Verfahren zur Verfügung zu stellen. Das europäische Verfahren für geringfügige Forderungen zielt darauf ab, Streitigkeiten mit einem Gesamtstreitwert von maximal 2000 EUR einfacher, schneller und unter entsprechender Reduzierung der Kosten beilegen zu können. Es würde den Verbrauchern die Möglichkeit geben, das Verfahren für geringfügige Forderungen mit Hilfe eines Antragsformulars ohne Rechtsbeistand einzuleiten. Das Gericht kann die Beweismittel und den Umfang der Beweisaufnahme nach eigenem Ermessen bestimmen. Schließlich ist speziell vorgesehen, dass die unterlegene Partei, wenn es sich um eine natürliche Person handelt, die nicht durch einen Rechtsanwalt oder einen sonstigen Rechtsbeistand vertreten ist, nicht verpflichtet werden sollte, die Prozesskosten der Gegenpartei zu erstatten.

¹²⁰ Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen, KOM(2005) 87 vom 15. März 2005.

191. Die Einführung geeigneter vereinfachter Gerichtsverfahren dürfte Schadenersatzklagen von Verbrauchern wegen Verletzung des europäischen Wettbewerbsrechts vereinfachen. Besondere Regeln zu Kosten und Rechtsbeistand dürften die finanzielle Belastung von Verbrauchern, die in Wettbewerbssachen prozessieren, verringern. Außerdem kann die Unsicherheit hinsichtlich des praktischen Ausgangs des Falls durch besondere Vorschriften verringert werden, die die Zuerkennung und Quantifizierung von Schadenersatz sowie die Beweisanforderungen regeln, denen klagewillige Verbraucher unterliegen.
192. In Ergänzung des europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen könnte es angebracht sein, den Verbrauchern die Möglichkeit eines kollektiven Regresses zu eröffnen.¹²¹ In diesem Zusammenhang könnte zwischen Stellvertreterklagen, Sammelklagen und Rechtsstreit im öffentlichen Interesse unterschieden werden. Eine „Stellvertreterklage“ ist eine von einer natürlichen oder juristischen Person, z. B. einem Verbraucherverband, stellvertretend für eine Gruppe bestimmter Einzelpersonen, gewöhnlich seine Mitglieder, erhobene Klage, die dem Schutz der individuellen Rechte der Vertretenen dient. Eine „Sammelklage“ wird für eine Gruppe bezeichneter oder identifizierbarer Einzelpersonen erhoben und dient dem Schutz der Interessen der Vertretenen.¹²² Eine weitere Variante ist der „Rechtsstreit im öffentlichen Interesse“, der nicht für bestimmte Einzelpersonen sondern im Interesse der Allgemeinheit geführt wird. Die durch solche Klagen erwirkte Entschädigungssumme könnte an die natürliche oder juristische Person, die die Klage erhoben hat, oder an die Geschädigten ausgezahlt werden.
193. Insbesondere Sammel- und Stellvertreterklagen sind für den Schutz der Verbraucherinteressen von Bedeutung. Doch auch über den spezifischen Rahmen von Verbraucherklagen hinaus können Sammel- und Stellvertreterklagen einen Rechtsstreit effizienter machen, indem sie eine potenziell große Zahl einzelner Klagen zu einer einzigen Klage zusammenfassen. Dies spart Zeit und Kosten und wendet die Gefahr taktischer Prozessführung ab (indem eine Gruppe von Klägern vor der Klageerhebung den Ausgang eines anhängigen Verfahrens abwartet). Außerdem können organisierte Sammelklagen in hohem Maße zu einem

¹²¹ Vgl. die Schlussanträge des Generalanwalts in der Rechtssache C-195/98, *Österreichischer Gewerkschaftsbund* gegen Republik Österreich, Slg. 2000, I-10497, Randnr. 47: „Auch kollektive Klagerechte sind im modernen Rechtsschutz allgemein üblich. Sie sind am häufigsten in Gebieten wie dem Verbraucherschutz, dem Arbeitsrecht, dem Recht des unlauteren Wettbewerbs oder dem Umweltschutz vorgesehen. Das Recht gewährt Vereinigungen oder anderen repräsentativen Gruppen das Recht, Rechtssachen im Interesse der von ihnen vertretenen Personen oder im öffentlichen Interesse gerichtlich einzuklagen. Dies dient der privaten Durchsetzung von Vorschriften, die im öffentlichen Interesse erlassen worden sind, sowie der Unterstützung von Einzelklägern, denen häufig die erforderlichen Mittel fehlen, um *gut organisierten und finanziell stärkeren Gegnern gegenüberzutreten*.“

¹²² Eine Sammelklage unterscheidet sich von einer Gruppenklage mit Ausstiegsmöglichkeit (engl. „opt-out class action“), bei der ein Einzelner für eine *nicht identifizierte* Personengruppe Klage erheben kann. Ein Geschädigter wird hier der Gruppe zugerechnet, es sei denn, er erklärt seinen Ausstieg, was zu sehr großen Gruppen führen kann. Sie unterscheidet sich auch von der Prozessverbindung, bei der die Kläger oder der Richter einzelne Klagen aufgrund eines bestimmten Zusammenhangs (z. B. gleicher Beklagter oder ein aus den gleichen Tatsachen resultierender Schaden) miteinander verbinden. Die Verbindung der Klagen ist rein prozessual, am Ende werden den einzelnen Klägern – selbst wenn ein einziges Urteil in den Rechtssachen aller Kläger ergeht – individuelle Entschädigungssummen zugesprochen.

Gleichgewicht der Ressourcen und einer Stärkung der Verhandlungsposition von ansonsten verstreuten Klägern gegenüber gut organisierten Beklagten, die potenziell über erhebliche Ressourcen verfügen, beitragen.

194. Eine vereinfachte Rechtsdurchsetzung und bessere Möglichkeiten zum Ausgleich wirtschaftlicher Verluste sind unerlässlich, um den europäischen Bürgern und ihren Verbänden das europäische Recht und die europäische Politik näher zu bringen. Zur Erreichung dieses Ziels sind auf EU-Ebene und im OECD-Forum verschiedene Maßnahmen eingeleitet bzw. im Gespräch¹²³, die über den speziellen Gegenstand des Grünbuchs hinausgehen. Unter anderem hat die Kommission kürzlich eine Studie in Auftrag gegeben, um zu analysieren und zu bewerten, welche Möglichkeiten der Verbraucherentschädigung es in den EU-Mitgliedstaaten sowie in anderen Rechtsordnungen neben der Entschädigung im Rahmen ordentlicher Gerichtsverfahren für nationale und grenzübergreifende Streitigkeiten gibt. Die Analyse wird sich auf Verfahren für geringfügige Forderungen sowie Mittel der kollektiven Entschädigung - wie Stellvertreterklagen, Sammelklagen und Gruppenklagen - beziehen. Die Studie wird alle alternativen Entschädigungsformen, die bei Streitigkeiten zwischen Unternehmen und Verbrauchern Anwendung finden, behandeln und somit auch Wettbewerbsachen umfassen, die daher von der Studie in dem breiteren Zusammenhang der Verbraucherentschädigungsmechanismen betrachtet werden. Die Ergebnisse der Studie werden 2006 zur Verfügung stehen. Die Kommission wird die Ergebnisse gebührend berücksichtigen und entscheiden, welche Maßnahmen im Interesse einer wirksameren Verbraucherentschädigung zu treffen sind.

B. SAMMEL- UND STELLVERTRETERKLAGEN BEI WETTBEWERBSRECHTLICHEN SCHADENERSATZPROZESSEN IN DEN MITGLIEDSTAATEN

195. In einigen Mitgliedstaaten haben Verbraucher- und andere Vertreterorganisationen bereits erfolgreich Prozesse in anderen Bereichen als dem Wettbewerbsrecht geführt, auch wenn sich diese Möglichkeit in mehreren Fällen auf die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen – ohne Schadenersatzzahlung - beschränkt.¹²⁴ Bisher wurden in manchen Ländern Sammel- oder Stellvertreterklagen vor einzelstaatlichen Gerichten hauptsächlich im Bereich der

¹²³ Vgl. den OECD-Hintergrundbericht *OECD Workshop on consumer dispute resolution and redress in the global market place* unter <http://www.oecd.org/dataoecd/59/21/34699496.pdf>.

¹²⁴ Viele der diesbezüglichen Vorschriften haben ihren Ursprung im Gemeinschaftsrecht, da sie in Umsetzung europäischer Richtlinien in den Bereichen Unterlassungsklagen für Verbraucher und missbräuchliche Vertragsbedingungen (z. B. Richtlinie 93/13 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. L 95/1993, S. 29, und Richtlinie 98/27 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, ABl. L 166/1989, S. 51), Umweltschutz (z. B. Richtlinie 2003/35 über die Beteiligung der Öffentlichkeit bei der Ausarbeitung bestimmter umweltbezogener Pläne und Programme und zur Änderung der Richtlinien 85/337/EWG und 96/61/EG des Rates in Bezug auf die Öffentlichkeitsbeteiligung und den Zugang zu Gerichten, ABl. L 156/2003, S. 17) und Schutz geistiger Eigentumsrechte (z. B. Richtlinie 2004/48 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, vgl. Fußnote 26) verabschiedet werden.

Finanzdienstleistungen (beispielsweise Verfahren im Zusammenhang mit Bank- oder Kreditkarten) erhoben. Bei den konkreten Klagen geht es häufig um missbräuchliche Vertragsbedingungen. Diese Klagen haben keine sektorspezifische Rechtsgrundlage, sondern werden nach allgemeinen einzelstaatlichen Rechtsvorschriften erhoben. In der Tat lässt das allgemeine Verfahrensrecht in vielen Mitgliedstaaten Klagen von Stellvertretergremien zur Durchsetzung von verstreuten Interessen zu, wofür häufig bestimmte Bedingungen vorgeschrieben werden.

196. Eines der ausführlichsten einzelstaatlichen Gesetze ist hier das schwedische Gesetz über Gruppenklagen (Group Proceedings Act) von 2002, welches Stellvertreterklagen regelt.¹²⁵ Danach kann eine Gruppenklage als private Gruppenklage, als Verbandsklage oder als öffentliche Gruppenklage erhoben werden. Private Gruppenklagen können von natürlichen oder juristischen Personen erhoben werden, wenn sie einen eigenen Anspruch haben, der Gegenstand der Klage ist. Verbandsklagen können von nicht auf Gewinnerzielung gerichteten Organisationen erhoben werden, die in Streitigkeiten zwischen Verbrauchern und Unternehmen bzw. Unternehmern Verbraucher- oder Arbeitnehmerinteressen vertreten. Eine öffentliche Gruppenklage kann von einer Behörde erhoben werden, die zur Vertretung der Gruppenmitglieder geeignet ist und die staatliche Genehmigung zur Erhebung solcher Klagen besitzt.¹²⁶ Für die Zulassung einer Gruppenklage müssen die Umstände, auf die sich die Klage gründet, für die gesamte Gruppe gleich oder ähnlich sein. Ferner muss klar sein, dass der größere Teil der Ansprüche nicht ebenso gut in Einzelklagen der Gruppenmitglieder geltend gemacht werden kann. Gruppenklagen werden auf Opt-in-Basis erhoben, d. h. ein Anspruchsberechtigter muss sich ausdrücklich für eine Beteiligung an der Gruppe entscheiden. Nur wer dem Gericht diese Entscheidung schriftlich angezeigt hat, kann sich als passives Mitglied am Verfahren beteiligen und ist später an die rechtskräftige Entscheidung des Gerichts gebunden. Die passiven Gruppenmitglieder sind in der Regel nicht verpflichtet, an den Beklagten im Falle seines Obsiegens irgendeine Rechtskosten zu zahlen. Für den Stellvertreterkläger gilt die übliche schwedische Verfahrensvorschrift, dass die unterlegene Partei die Kosten der obsiegenden Partei trägt.
197. Bislang sind Sammel- oder Stellvertreterklagen auf Schadenersatz wegen Wettbewerbsrechtsverstößen nur in einem Mitgliedstaat ausdrücklich gesetzlich vorgesehen.¹²⁷ Im Vereinigten Königreich können vom Wirtschaftsminister benannte Verbraucherverbände vor dem Competition Appeal Tribunal (CAT)

¹²⁵ Das schwedische Group Proceedings Act (2002:599) kann unter der URL <http://www.sweden.gov.se/content/1/c6/02/77/67/bcbe1f4f.pdf> abgerufen werden.

¹²⁶ In Deutschland gestattet § 34 GWB dem Bundeskartellamt, einem Unternehmen, das gegen das Wettbewerbsrecht verstoßen hat, die Zahlung eines Geldbetrages aufzuerlegen, der dem durch die Zuwiderhandlung erlangten wirtschaftlichen Vorteil entspricht.

¹²⁷ In Frankreich steht eine von Präsident Jacques Chirac eingesetzte Arbeitsgruppe aus Vertretern von Verbrauchern, Industrie und Regierung kurz davor, ihren Abschlussbericht zur Einführung von Sammelklagen im Bereich des Verbraucherschutzrechts in Frankreich vorzulegen. Möglicherweise wird dieser Bericht empfehlen, Sammelklagen auch im Bereich des Wettbewerbsrechts zuzulassen.

Schadenersatzklagen für zwei oder mehr Einzelverbraucher erheben.¹²⁸ Solche Klagen können nur im Zuge einer Zuwiderhandlungsfeststellung einer Behörde (entweder des Office of Fair Trading oder der Europäischen Kommission) erhoben werden.

C. POLITISCHE OPTIONEN

Option 25: Ein Klageanspruch für Verbraucherverbände

198. Es bleibt abzuwarten, inwieweit mit den auf nationaler Ebene bereits vorhandenen vereinfachten Gerichtsverfahren – möglicherweise in Verbindung mit dem von der Kommission vorgeschlagenen europäischen Verfahren für geringfügige Forderungen – die Hindernisse, die dem gerichtlichen Rechtsschutz in Wettbewerbsfällen entgegenstehen, angemessen angegangen werden können. Es zeigt sich, dass ein Handlungsspielraum zur Einführung ergänzender Maßnahmen kollektiver Verbraucherentschädigung, wie Sammel- oder Stellvertreterklagen von Verbraucherverbänden oder anderen berechtigten juristischen Personen, besteht. Klagen von Verbraucherverbänden sind im Gemeinschaftsrecht und im Recht der Mitgliedstaaten nicht unbekannt, auch wenn sie sich häufig auf die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen – ohne Schadenersatzzahlung – beschränken. Nun wäre zu überlegen, ob Sammel- oder Stellvertreterklagen für das Wettbewerbsrecht, d. h. Klagen von juristischen Personen, die die Interessen von Verbrauchern in Wettbewerbssachen schützen, ermöglicht werden sollten. Eine konkrete Rechtsgrundlage für Klagen von Verbraucherverbänden oder anderen berechtigten juristischen Personen im Bereich des Wettbewerbsrechts würde mehr Klarheit schaffen und möglicherweise das Verhältnis derartiger Klagen zu anderen Aspekten wie der Klagebefugnis von direkten oder indirekten Abnehmern definieren.
199. Weiterer Überlegungen bedürfen Fragen wie die Klagebefugnis (ein mögliches Registrations- oder Zulassungssystem oder eine direkt vom Gericht durchzuführende Überprüfung der Klagebefugnis), die Aufteilung der Entschädigungssumme (Auszahlung an den Verband oder an seine Mitglieder) und die Berechnung der Entschädigungssumme (dem Verband zugesprochene Entschädigungssummen könnten unter Zugrundelegung des unrechtmäßigen Gewinns des Beklagten, den Mitgliedern zugesprochene Entschädigungssummen auf der Grundlage des persönlich erlittenen Schadens ermittelt werden).
200. Es bedarf einer sorgfältigen Koordinierung aller spezifischen Formen kollektiver Kartellklagen mit anderen Initiativen der europäischen Organe und Mitgliedstaaten, die auf die Verbesserung des Zugangs der Verbraucher zu den Gerichten abzielen. Die Durchsetzung der Verbraucherrechte in Wettbewerbssachen muss angemessen in den breiteren Kontext der Mechanismen der Verbraucherentschädigung eingebettet werden. Die Kommission verfolgt aufmerksam die Entwicklungen in

¹²⁸ § 47B des Competition Act 1998, eingefügt durch § 19 des Enterprise Act 2002.

diesem Bereich, um zu entscheiden, welche Art von Maßnahmen auf EU-Ebene in Zukunft erwogen werden sollten, um die Kohärenz und Effizienz dieses Rechtsrahmens sicherzustellen.

Option 26: Möglichkeit von Sammelklagen für Zwischenabnehmer

201. Man kann die Auffassung vertreten, dass die bestehenden Verfahrensweisen zur Zusammenfassung und Verbindung von Klagen die Interessen von Zwischenabnehmern bereits in gewissem Maße schützen. Dennoch wäre für solche Gruppen von Anspruchstellern vielleicht noch eine andere Form der Gruppenklage auf Opt-in-Basis wünschenswert. Diese potenziellen Kläger, beispielsweise die Einzelhändler in der Produktions- und Absatzkette, wären sich sonst ihres Anspruchs möglicherweise gar nicht bewusst und sind darauf angewiesen, sich in einer Gruppe zu organisieren, damit die Prozesskosten in einem angemessenen Verhältnis zu den Erfolgsaussichten stehen.

ABSCHNITT VII: PROZESSKOSTEN

A. EINFÜHRUNG

202. Eine Schadenersatzklage ist mit Kosten verbunden. Ökonomisch betrachtet setzen sich diese Kosten aus den unterschiedlichen notwendigen Auslagen der am Verfahren beteiligten Personen sowie anderen Sachkosten zusammen. Obwohl alle Zivilverfahren mit Kosten verbunden sind, können wettbewerbsrechtliche Schadenersatzklagen besonders teuer sein, weil sie komplexer und somit zeitaufwendiger als andere Arten zivilrechtlicher Verfahren sind.
203. Laut der Studie ist das Kostenrisiko ein mögliches Hindernis für Schadenersatzklagen.¹²⁹ Sie unterscheidet im Zusammenhang mit den Kostenvorschriften zwei Arten von Risiken:
- Muss der Kläger bestimmte Gebühren im Voraus zahlen, so kann dies eine Klageerhebung an sich erschweren, wenn diese Gebühren hoch sind. Wenngleich die Gebühren in der Regel von der unterlegenen Partei zu erstatten sind, könnte es für einen Kläger schwierig sein, den erforderlichen Betrag in der Hoffnung aufzubringen, ihn am Ende eines – möglicherweise langwierigen – Gerichtsprozesses zurückzuerhalten.
 - Die Anwendung des Grundsatzes „der Unterlegene zahlt“ hat keine eindeutigen Folgen für eine mögliche Klageerhebung: einerseits kann sich der Kläger seine eigenen Kosten vom Beklagten erstatten lassen, wenn er in dem Verfahren obsiegt. Andererseits muss er damit rechnen, seine eigenen Kosten und die des Beklagten tragen zu müssen, falls er unterliegt. Wie schon erwähnt, ist die Anwendung dieses Grundsatzes in unklaren Fällen besonders problematisch und kann dann klagehemmend wirken.
204. In allen relevanten Rechtsordnungen ist die Kostenverteilung in Zivilverfahren geregelt. Nach diesen Vorschriften sind die mit einem Zivilverfahren verbundenen Kosten von einer der Parteien zu tragen. Meistens (wie weiter unten noch ausführlicher beschrieben) gehen diese Vorschriften davon aus, dass die unterlegene Partei die Kosten trägt. Jedoch muss betont werden, dass zwischen diesen Rechtsvorschriften zur Kostenerstattung und den tatsächlichen Kosten eines Verfahrens ein Unterschied besteht: beispielsweise begrenzen die meisten Erstattungs Vorschriften in gewisser Weise die erstattungsfähigen Anwalts- oder Sachverständigenkosten.

¹²⁹ Vergleichender Bericht, S. 116.

B. DIE PFLICHT DER MITGLIEDSTAATEN, EFFIZIENTE KOSTENVORSCHRIFTEN ZU ERLASSEN, DIE DEN ZUGANG ZU GERICHTEN GARANTIEREN

205. Gemäß Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention („Konvention“) hat jedermann in Bezug auf seine zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen das Recht auf ein faires gerichtliches Verfahren. Dieser Grundsatz ist auf Schadenersatzklagen in Wettbewerbssachen anwendbar, da diese die zivilrechtlichen Verpflichtungen der Parteien betreffen. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte („EuGHMR“) ist das durch Artikel 6 der Konvention gewährte Recht kein absolutes Recht. Die Parteien der Konvention können den Zugang zu Zivilgerichten regeln, sofern diese Vorschriften einem legitimen Interesse dienen und in einem angemessenen Verhältnis zur Durchsetzung dieses Interesses stehen. Der EuGHMR hat in diesem Zusammenhang Vorschriften zur Kostenerstattung erlassen.
206. In seinem Urteil aus dem Jahr 2001 in der Rechtssache *Kreuz gegen Polen* hatte der EuGHMR zu entscheiden, ob die Einziehung von Gerichtsgebühren gegen die Konvention verstößt.¹³⁰ Der Gerichtshof erklärt darin, dass die Einziehung von Gerichtskosten an sich nicht gegen Artikel 6 der Konvention verstößt, da diese Vorschrift durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist und das durch Artikel 6 gewährte Recht in seinem „Wesen“ nicht verletzt. Allerdings stellt der Gerichtshof fest, dass die Höhe der geforderten Gerichtsgebühren unangemessen ist und gegen Artikel 6 verstößt. Das polnische Gericht hatte Gerichtsgebühren in Höhe von 100.000.000 PLN gefordert, was zum damaligen Zeitpunkt dem durchschnittlichen Jahreseinkommen in Polen entsprach. Es hatte eine Herabsetzung des Betrages mit der Begründung abgelehnt, der Kläger sei als Geschäftsmann in der Lage, diesen Betrag aufzubringen. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte stellt fest, dass dies gegen Artikel 6 der Konvention verstößt, da das polnische Gericht seine Entscheidung aufgrund einer vagen Schätzung der finanziellen Lage des Klägers getroffen und gar nicht versucht habe, eindeutig festzustellen, ob er tatsächlich – wie von ihm geltend gemacht – nicht in der Lage gewesen sei, die geforderten Gerichtsgebühren zu zahlen. Das Interessante an dieser Entscheidung des EuGHMR ist, dass sie sich nur auf die finanzielle Lage des Klägers bezieht: genau im Hinblick auf diese Lage ist die Frage zu beantworten, ob die geforderten Gerichtsgebühren unangemessen sind oder nicht. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte entwickelt ein subjektives Verständnis dieses Aspektes, nach dem die Kosten für den Zugang zu Gerichten als eine – möglicherweise legitime – Einschränkung oder Bedingung für dieses Zugangsrecht betrachtet werden.
207. In ähnlicher Weise hat der EuGHMR entschieden, dass Artikel 6 der Konvention unter gewissen Umständen ein Recht auf Prozesskostenhilfe gewährt. In seiner Entscheidung aus dem Jahr 2005 in der Rechtssache *Steel und Morris gegen Vereinigtes Königreich* vertritt der EuGHMR die Auffassung, dass es kein uneingeschränktes Recht auf Prozesskostenhilfe in allen Verfahren gibt und es nicht dem Staat obliegt, für eine absolute Waffengleichheit zwischen den Parteien zu

¹³⁰ EuGHMR, *Kreuz gegen Polen* (Beschwerde Nr. 28249/95), Urteil vom 19. Juni 2001.

sorgen.¹³¹ Allerdings geböten die Umstände in diesem konkreten Fall, einer Verleumdungsklage der Firma McDonald's gegen zwei Parteien mit geringem Einkommen, dass diesen Beklagten im Vereinigten Königreich Prozesskostenhilfe gewährt werde, um eine wirksame Verteidigung zu ermöglichen. Der Gerichtshof begründet seine Entscheidung ausdrücklich mit dem enormen Ressourcenunterschied zwischen Kläger und Beklagten und den sich daraus für die Beklagten ergebenden Folgen im Hinblick auf eine wirksame Verteidigung gegen die erhobene Klage. Auf das Wettbewerbsrecht übertragen, bedeutet dies möglicherweise, dass bei einem solch gewaltigen Ressourcenunterschied eine Verpflichtung zur Gewährung von Prozesskostenhilfe besteht.¹³²

208. Die Gerichte der Gemeinschaft haben eine Rechtsprechung zur Haftung bei Verletzungen von aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechten entwickelt. Das Urteil in der Rechtssache *Courage* ist nur einer dieser Fälle. Die allgemeinen Grundsätze dieser Fälle sind ähnlich: Aus dem Gemeinschaftsrecht ergibt sich ein Recht, und mangels einer einschlägigen Gemeinschaftsregelung haben die Mitgliedstaaten in ihren jeweiligen Rechtssystemen die „Verfahrensmodalitäten“ für entsprechende Klagen zu regeln. Die diesbezüglichen Vorschriften der Mitgliedstaaten unterliegen dem Äquivalenzgrundsatz (sie dürfen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht nicht strenger sein als für Klagen nach einzelstaatlichem Recht) und dem Effektivitätsgrundsatz (es muss eine gewisse Mindesteffektivität des Rechtsschutzes nach einzelstaatlichem Recht und seinen Verfahrensvorschriften gewährleistet sein).
209. In seinem Urteil in der Rechtssache *Clean Car Autoservice gegen Stadt Wien und Republik Österreich* aus dem Jahr 2001 hat der Europäische Gerichtshof diese Grundsätze auf die Frage der Kostenerstattung angewandt.¹³³ Der ursprüngliche Streit betraf einen Verstoß der Republik Österreich gegen die nach dem Gemeinschaftsrecht garantierte Freizügigkeit. Der österreichische Verwaltungsgerichtshof hatte die Sache dem EuGH nach Artikel 234 EG-Vertrag vorgelegt, und der EuGH hatte ein diesbezügliches Urteil gefällt.¹³⁴ Gemäß seiner Verfahrensordnung hatte der EuGH entschieden, dass die Kostenentscheidung Sache des einzelstaatlichen Gerichts ist. Im Rahmen dieser Entscheidungsfindung hatte der österreichische Gerichtshof die Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt.
210. Der EuGH stellt in dieser Sache zwar keinen Verstoß gegen den Effektivitätsgrundsatz fest, macht jedoch deutlich, dass der Grundsatz auf die

¹³¹ EuGHMR, *Steel und Morris gegen Vereinigtes Königreich*, Beschwerde Nr. 68416/01, Urteil vom 15. Februar 2005.

¹³² Vgl. auch in ähnlichem Zusammenhang die Richtlinie Nr. 2003/8 zur Verbesserung des Zugangs zum Recht bei Streitsachen mit grenzüberschreitendem Bezug durch Festlegung gemeinsamer Mindestvorschriften für die Prozesskostenhilfe in derartigen Streitsachen, ABl. L 26/2003, S. 41.

¹³³ Rechtssache C-472/99, *Clean Car Autoservice gegen Stadt Wien und Republik Österreich*, Slg. 2001, I-9687.

¹³⁴ Rechtssache C-350/96 *Clean Car Autoservice gegen Landeshauptmann von Wien*, Slg. 1998, I-2521.

Kostenerstattung anwendbar ist. Da Schadenersatzklagen ein vom Gemeinschaftsrecht verliehenes Recht darstellen (vgl. Urteil *Courage*), müssen die Kostenvorschriften für diese Verfahren dem Effektivitätsgrundsatz genügen, sie dürfen also die Erhebung einer solchen Klage nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren. Bislang ist noch kein Fall bekannt, in dem festgestellt wurde, dass eine Kostenvorschrift eines Mitgliedstaates den oben genannten Effektivitätsgrundsatz verletzt. Dennoch muss betont werden, dass die Anwendung dieses Grundsatzes auf die hier erörterten Rechtssachen bedeutet, dass die Mitgliedstaaten nach dem anwendbaren Gemeinschaftsrecht verpflichtet sind, ihre Kostenvorschriften so zu gestalten, dass Schadenersatzklagen vor den zuständigen einzelstaatlichen Gerichten wirksam erhoben werden können.

C. KOSTENVORSCHRIFTEN DER GERICHTE DER GEMEINSCHAFT

211. Für die Gerichte der Gemeinschaft selbst gelten ebenfalls Vorschriften zur Kostenerstattung in den bei ihnen geführten Verfahren. Die wichtigsten darin verankerten Grundsätze sind:

- Grundsätzlich sind die Verfahren vor dem Gerichtshof und dem Gericht erster Instanz kostenfrei.¹³⁵ Ausgenommen sind nur schikanöse Klagen.
- Erstattungsfähig sind Anwaltsgebühren, die Kosten für andere Bevollmächtigte oder Beistände (außer Bedienstete der Kommission) sowie Zeugenauslagen. Kosten für bestimmte von den Gerichten ausgeführte administrative Aufgaben (wie Ausfertigungen von Entscheidungen u. ä.) sind ebenfalls erstattungsfähig.
- Die Gerichte entscheiden über die Kostenerstattung im Endurteil. Eine Ausnahme bildet die Kostenerstattung in Vorabentscheidungsverfahren, in denen der EuGH die Regelung der Kostenerstattung dem einzelstaatlichen Gericht überlässt, das dem EuGH die Frage vorgelegt hat.
- Ein Beschluss über die Kostenerstattung ergeht nur auf Antrag einer Partei. Wird kein solcher Antrag gestellt, trägt jede Partei ihre eigenen Kosten.
- Grundsätzlich legt das Gericht der unterlegenen Partei die Verfahrenskosten auf. Zu dieser Regel gibt es einige Ausnahmen (insbesondere bei schikanösen Klagen).
- Für die in einem solchen Beschluss enthaltenen einzelnen erstattungsfähigen Posten gibt es keine amtlichen Gebührensätze. Die Gerichte berücksichtigen bei der Festlegung der erstattungsfähigen Anwaltsgebühren die Komplexität und wirtschaftliche Bedeutung der Rechtssache. Ein Beispiel dafür, wie das Gericht erster Instanz über die Erstattungsfähigkeit bestimmter Posten entscheidet, findet sich im Beschluss *Airtours*, in dem das Gericht eingehend erörtert, ob die geltend gemachten Kosten im Hinblick auf die allgemeine Bedeutung und den Streitwert

¹³⁵ Verfahrensordnung des Gerichtshofs, Art. 72; Verfahrensordnung des Gerichts erster Instanz, Art. 90.

der Rechtssache tatsächlich notwendig waren.¹³⁶ Unabhängig von der Komplexität der Rechtssache erachtet das Gericht jedoch grundsätzlich nur die Gebühren eines einzigen Anwalts je Partei als erstattungsfähig.

D. KOSTENVORSCHRIFTEN DER GERICHTE DER MITGLIEDSTAATEN

212. Die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten zur Kostenerstattung sind äußerst komplex und weichen im Detail erheblich voneinander ab. Aus einem Vergleich dieser Vorschriften ergeben sich einige gemeinsame Inhalte:
- Alle Mitgliedstaaten erheben Gerichtsgebühren, die in den meisten Fällen vom Kläger im Voraus zu zahlen sind.
 - In allen Mitgliedstaaten gilt, dass die unterlegene Partei die Kosten des Zivilverfahrens trägt. Obsiegt eine Partei teilweise, so werden die Kosten entweder zwischen den Parteien aufgeteilt oder – in gewissen Fällen – einer Partei allein auferlegt. In einigen Mitgliedstaaten bestehen Ausnahmen zu dem Grundsatz „der Unterlegene zahlt“, und zwar in Fällen, in denen die rechtliche (oder sachliche) Beurteilung des Streitfalls schwierig war.
 - Die Höhe der erstattungsfähigen Anwaltsgebühren sowie Kosten für Sachverständige und andere Zeugen ist häufig durch gesetzliche Gebührentabellen begrenzt.
 - Sowohl die Gerichts- und Anwaltsgebühren als auch die Kosten für Zeugen hängen in der Regel vom Streitwert ab. Ein hoher Streitwert kann demnach hohe Gerichtsgebühren (die in den meisten Fällen im Voraus zu entrichten sind) sowie unter Umständen erhebliche Anwaltsgebühren zur Folge haben, die (in den meisten Fällen für beide Parteien) von der unterlegenen Partei zu tragen sind.
 - In den meisten Mitgliedstaaten gibt es Rechtsschutzversicherungen. In nur drei Mitgliedstaaten (Zypern, Deutschland und Malta) existiert eine solche Versicherung überhaupt nicht, oder sie deckt keine Wettbewerbsrechtsfälle ab.
213. Besonders interessant ist wie sich in einigen Mitgliedstaaten der Grundsatz „der Unterlegene zahlt“ entwickelt hat. Wie bereits erwähnt, wird dieser Grundsatz in der einen oder anderen Form in allen Mitgliedstaaten angewandt. In einigen Mitgliedstaaten sehen die Kostenvorschriften für bestimmte Verfahren vor, dass dem unterlegenen Kläger die Kosten nur dann auferlegt werden, wenn seine Klage unverhältnismäßig war. Eine solche Regel ist besonders dann sinnvoll, wenn sich der Ausgang eines Rechtsstreits nur schwer beurteilen lässt. In solchen Fällen könnte die „Verhältnismäßigkeitsregel“ das Prozessrisiko des Klägers verringern. In ähnlicher Weise besagt Artikel 14 des Entwurfs der Verordnung zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen, dass die unterlegene Partei die Verfahrenskosten trägt, es sei denn, dies wäre unbillig oder

¹³⁶ Rechtssache T-342/99 DEP, *Airtours gegen Kommission*, Beschluss vom 28. Juni 2004, noch nicht veröffentlicht.

unverhältnismäßig, wodurch die Kostenerstattung an den Begriff der Verhältnismäßigkeit geknüpft wird.¹³⁷

E. KOSTENVORSCHRIFTEN ALS ANREIZ FÜR DIE KLAGEERHEBUNG

214. Kostenvorschriften haben eine wichtige Funktion als Anreiz – oder Hemmnis – für die Klageerhebung. Wenngleich das entscheidende Kriterium für die Erhebung einer Klage ganz eindeutig die Erfolgswahrscheinlichkeit ist, so können doch die Vorschriften zur Kostenerstattung für den Gang zum Gericht einen besonderen Anreiz darstellen oder ihn erschweren.
215. Wie schon erwähnt, ist die am weitesten verbreitete Regel zur Kostenerstattung der Grundsatz „der Unterlegene zahlt“. Die Anwendung dieses Grundsatzes stellt weder einen Anreiz noch ein Hemmnis dar, wenn der Kläger verhältnismäßig sicher sein kann, den Prozess zu gewinnen, und die geltenden Kostenerstattungsvorschriften dem obsiegenden Kläger gestatten, sich seine tatsächlichen Kosten ganz (oder größtenteils) erstatten zu lassen.
216. Die Anwendung des Grundsatzes „der Unterlegene zahlt“ wird allerdings dann problematisch, wenn nur geringfügige Entschädigungssummen eingeklagt werden. In einem solchen Fall können die tatsächlichen Verfahrenskosten selbst im Hinblick auf ihre Erstattungsfähigkeit nach den Kostenvorschriften unverhältnismäßig sein. Dies gilt insbesondere in denjenigen Mitgliedstaaten, in denen sich die erstattungsfähigen Anwaltsgebühren nach dem Streitwert bemessen. Die Einführung von Sammelverfahren, in denen geringfügige Schadenersatzforderungen gebündelt werden, könnte dazu beitragen, dass sich auch solche Klagen lohnen.¹³⁸
217. Außerdem wird die Anwendung des Grundsatzes „der Unterlegene zahlt“ problematisch, wenn der Verfahrensausgang nicht im Voraus abzusehen ist. In dieser Situation kann der Kläger kaum wissen, ob er in der Lage ist, alle Kosten zu zahlen oder sich seine eigenen Kosten erstatten zu lassen. Obwohl dies wahrscheinlich für eine ganze Reihe von Rechtsgebieten gilt, ist das Dilemma bei Schadenersatzklagen in Wettbewerbssachen besonders groß: Oft hängen diese von komplexen Beurteilungen der Sach- und möglicherweise auch Rechtslage ab und können daher „so oder so“ ausgehen. Für die Kostenerstattung bedeutet dies, dass der Kläger das durch diese Unsicherheit entstehende Risiko trägt, denn er ist derjenige, der das Verfahren in Gang setzen muss. Einige Mitgliedstaaten lassen Ausnahmen von dem Grundsatz „der Unterlegene zahlt“ zu, wenn das Klagebegehren rechtlich schwierig oder besonders komplex ist. Doch die Mehrheit der Mitgliedstaaten, in denen dieser Grundsatz gilt, gestattet eine solche Unterscheidung nicht und erlegt der unterlegenen Partei selbst dann die Kosten auf, wenn der Verfahrensausgang zu Beginn kaum absehbar war. Wie bereits erwähnt, könnte eine Kostenvorschrift, nach der ein unterlegener Kläger nur dann die Kosten

¹³⁷ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen, KOM(2005) 87 endg.

¹³⁸ Zum Thema Sammelklagen siehe Abschnitt VI.

trägt, wenn die Klageerhebung unverhältnismäßig war, den Umgang mit solchen Situationen erleichtern.

218. Einige Rechtsordnungen bieten weitere Anreize für Schadenersatzklagen durch besondere Kostenvorschriften.. So sind beispielsweise Erfolgshonorare ein starker Ansporn, denn das mit der Klageerhebung verbundene finanzielle Risiko trägt dann nicht der Kläger, sondern sein Anwalt. Die Erfahrungen des US-Rechts zeigen, dass Erfolgshonorare zur Herausbildung einer auf Schadenersatzklagen spezialisierten Anwaltschaft beitragen. Allerdings muss betont werden, dass Erfolgshonorare in manchen Mitgliedstaaten nicht zulässig, in anderen dagegen gesetzlich geregelt sind.

F. POLITISCHE OPTIONEN

219. Wie weiter oben ausgeführt, verlangen sowohl das Gemeinschaftsrecht als auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte von den Mitgliedstaaten, die Kostenerstattung so zu regeln, dass der Zugang zu Gerichten in Zivilsachen nicht unangemessen beschränkt wird und wirksamer Rechtsschutz bei Verletzungen von aus dem Gemeinschaftsrecht abgeleiteten Rechten besteht. Die in den einzelnen Mitgliedstaaten bestehenden Vorschriften weichen erheblich voneinander ab. Über den formalen Inhalt der Vorschriften hinaus bestehen deutliche Unterschiede in den wirtschaftlichen Auswirkungen dieser Kostenvorschriften. So sind in einigen Mitgliedstaaten Gerichtsgebühren kaum von Bedeutung, während sie in anderen Mitgliedstaaten als prozentualer Anteil der eingeklagten Forderung bemessen werden, was, sofern keine Obergrenze festgelegt ist, zu hohen, gewöhnlich im Voraus zahlbaren Gerichtsgebühren führen kann.

Option 27: Begrenzung des Kostenrisikos des Klägers

220. Um dem Grundsatz „der Unterlegene zahlt“ in den Fällen, in denen zu Beginn eines Verfahrens der Ausgang nicht eindeutig abzusehen ist, seine abschreckende Wirkung zu nehmen, könnte man die Kostenerstattung stets von einem Gerichtsbeschluss abhängig machen und dem Gericht die Befugnis geben, eine Befreiung von der Kostenerstattung selbst dann zu gewähren, wenn der Kläger in der Sache unterliegt. Ein solcher „Kostenschutzbeschluss“ könnte zu Beginn der Klage gefasst werden. In den genannten Fällen könnte somit das Risiko des Klägers, die Kosten des Beklagten erstatten zu müssen, begrenzt werden, indem ein Gerichtsbeschluss zu Beginn des Verfahrens dieses Kostenrisiko ausschließt. Ein solcher Beschluss könnte auch dazu dienen, wirtschaftlich schwache Parteien vor dem Kostenrisiko zu schützen und so ihr Recht auf gerichtliche Geltendmachung ihrer Schadenersatzansprüche zu stärken. Einem ähnlichen Gedanken würde man mit einer Vorschrift Rechnung tragen, nach der dem Kläger die Kosten nur dann auferlegt werden, wenn Einführung einer Regel, dass erfolglose Kläger nur dann die Kosten zu tragen haben, wenn die Rechtsverfolgung offensichtlich mutwillig war. Eine solche Vorschrift würde den Kläger schützen und gleichzeitig ein Hemmnis für unbegründete Klagen darstellen.

ABSCHNITT VIII: ABSTIMMUNG VON STAATLICHER UND PRIVATER DURCHSETZUNG

A. EINFÜHRUNG

221. Das Wettbewerbsrecht wird sowohl behördlich als auch zivilrechtlich durchgesetzt. Eine Stärkung von Schadenersatzklagen bei Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht schmälert in keiner Weise die Bedeutung der Durchsetzung seitens der Wettbewerbsbehörden. Es ist jedoch notwendig, die Abstimmung staatlicher und privater Durchsetzungsverfahren zu untersuchen. In Abschnitt II dieses Dokuments wurde die Bedeutung von Zuwiderhandlungsfeststellungen der Wettbewerbsbehörden untersucht und eine Option hinsichtlich der Rolle von Zuwiderhandlungsfeststellungen einzelstaatlicher Wettbewerbsbehörden vorgeschlagen (vgl. weiter oben Option 8). Darüber hinaus ist die Abstimmung staatlicher und privater Durchsetzungsentscheidungen für die Festlegung angemessener Verjährungsregeln für zivilrechtliche Ansprüche von Bedeutung (siehe weiter unten in Abschnitt IX). Besonders wichtig für die Abstimmung der staatlichen und privaten Durchsetzung sind Kronzeugenregelungen der Wettbewerbsbehörden.
222. Diese Kronzeugenregelungen sind ein Schlüsselaspekt der staatlichen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts. Allen Kronzeugenregelungen gemein ist, dass einem Unternehmen Immunität vor Geldbußen oder eine Ermäßigung der Geldbuße gewährt wird, wenn es den Wettbewerbsbehörden wichtige Informationen über eine geheime Absprache mitgeteilt hat. Die Gewährung von Immunität vor Geldbußen oder einer Herabsetzung der Geldbuße hängt sowohl von der Qualität der Informationen als auch vom Zeitpunkt ihrer Vorlage ab.

B. KRONZEUGENREGELUNGEN UND PRIVATE KLAGEN ALS BESTANDTEILE EINER OPTIMALEN ABSCHRECKUNG VON ZUWIDERHANDLUNGEN

223. Sowohl Kronzeugenregelungen als auch zivilrechtliche Schadenersatzklagen sind strukturelle Bestandteile der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts. Schadenersatzansprüche und von den Wettbewerbsbehörden verhängte Geldbußen sind die Folgen einer Zuwiderhandlung gegen das europäische Wettbewerbsrecht. In einigen Mitgliedstaaten können Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht für die Beteiligten auch strafrechtliche Konsequenzen haben. Der Hauptzweck dieser Instrumente besteht in erster Linie darin, Kartelle zu verhindern. Den Unternehmen ist bewusst, dass wettbewerbsschädigende Absprachen gegen das europäische und nationale Wettbewerbsrecht verstoßen und Zuwiderhandlungen gegen diese Vorschriften mit erheblichen Risiken in Form von Geldbußen und privater Haftung verbunden sind, wobei strafrechtliche Sanktionen (soweit zutreffend) die Wirkung dieser Instrumente noch verstärken. Indem sie die Aufdeckung geheimer Absprachen wahrscheinlich machen, sind Kronzeugenregelungen Bestandteil dieses Abschreckungssystems. Die Wahrscheinlichkeit der Aufdeckung durch Anträge auf Kronzeugenbehandlung und die Härte der staatlichen Durchsetzung (Geldbußen, strafrechtliche Sanktionen) und privaten Durchsetzung (zivilrechtliche Haftung durch Schadenersatzansprüche) dienen dazu, Unternehmen von

wettbewerbsschädlichen Absprachen abzuschrecken und so die Zahl der Kartelle zu verringern. Weniger Kartelle bedeuten weniger Verluste der Geschädigten wettbewerbswidriger Absprachen. Eine Stärkung der privaten Durchsetzung dient somit der Stärkung des gesamten Abschreckungssystems.

C. VERHÄLTNIS ZWISCHEN KRONZEUGENREGELUNGEN UND SCHADENERSATZKLAGEN

224. In ihrer Mitteilung zur Kronzeugenregelung erklärt die Kommission ausdrücklich:

„Die Gewährung einer Immunität vor Geldbußen oder Ermäßigung von Geldbußen lässt die zivilrechtlichen Folgen für ein Unternehmen wegen seiner Beteiligung an einem rechtswidrigen Kartell unberührt.“¹³⁹

225. Der Vorteil, den ein Unternehmen aus der Kronzeugenregelung ziehen kann, beschränkt sich daher auf diejenigen Instrumente, mit denen die Kommission selbst operiert, und hat keine Auswirkungen auf die zivilrechtliche Haftung gegenüber anderen Unternehmen oder Personen.

226. Es muss jedoch betont werden, dass im Gegensatz zum US-System ein gültiger Antrag auf Kronzeugenbehandlung nach dem derzeitigen EU-Recht keine Verpflichtung des Antragstellers voraussetzt, die durch das wettbewerbswidrige Verhalten Geschädigten zu entschädigen. Einem Unternehmen, das die in der Kronzeugenmitteilung aufgeführten Bedingungen erfüllt, wird Immunität vor Geldbußen bzw. Ermäßigung der Geldbuße gewährt – eine Wiedergutmachung der Verluste Dritter zählt nicht zu diesen Bedingungen. Auch einzelstaatliche Kronzeugenregelungen enthalten gewöhnlich keine Verpflichtung zur Entschädigung der Geschädigten und ändern auch nicht die Bedingungen für zivilrechtliche Schadenersatzklagen.

227. Es ist möglich, dass allein das Bestehen von Kronzeugenregelungen zu mehr Schadenersatzklagen führt. Einige anhängige Kartellklagen sind auf Kartellverfahren zurückzuführen, die durch Anträge auf Kronzeugenbehandlung eingeleitet oder erleichtert wurden. Es muss betont werden, dass eine solche Zunahme von Klagen nur Folgeklagen in Fällen betrifft, für die Kronzeugenregelungen bestehen. Vertikale Absprachen oder Verstöße gegen Artikel 82 EG-Vertrag fallen möglicherweise nicht unter die Kronzeugenregelungen.

228. Verwenden die Wettbewerbsbehörden die von einem Antragsteller auf Kronzeugenbehandlung vorgelegten Informationen zur Begründung ihrer Entscheidung, so kann dies zu einer (zumindest teilweisen) Offenlegung dieser Informationen führen. Die Wettbewerbsbehörden müssen den sachlichen Hintergrund für ihre Entscheidungen darlegen. Die Kommission kann die ihr im Rahmen der Kronzeugenregelung zur Verfügung gestellten Informationen zur Begründung ihrer Entscheidungen nutzen. Die in der Entscheidung enthaltenen Informationen ermöglichen einem Kläger, detaillierte Angaben zu den

¹³⁹ Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen („Kronzeugenregelung“), ABl. C 45/2002, S. 3, Randnr. 31.

Zu widerhandlungen des Beklagten zu machen. Für ein Kartellmitglied ist es dann praktisch unmöglich, zu seiner Verteidigung die Zu widerhandlungen zu bestreiten. Die Entscheidung der Kommission kann dem Kläger auch als sachlicher Ausgangspunkt für die Quantifizierung des Schadens dienen.

229. Eine Entscheidung der Kommission, mit der Verstöße gegen das EU-Wettbewerbsrecht festgestellt werden, betrifft den Antragsteller auf Kronzeugenbehandlung ebenso wie die anderen Kartellmitglieder. Wird gegen die Entscheidung der Kommission nicht erfolgreich Rechtsmittel bei den Gerichten der Gemeinschaft eingelegt, so ist sie für die Gerichte der Mitgliedstaaten bei der Feststellung derselben Zu widerhandlung im Rahmen einer Entscheidung über eine Schadenersatzklage rechtlich bindend (Artikel 16 der Verordnung 1/2003).
230. Eine weitere mögliche Auswirkung der Kronzeugenregelung auf Schadenersatzklagen besteht in der Verwendung von für den Antrag auf Kronzeugenbehandlung vorbereiteten Dokumenten als Beweismittel in Zivilprozessen. Das eigentliche Geständnis des Antragstellers ist hier von bereits bestehenden Dokumenten zu unterscheiden, die der Antragsteller zusammen mit dem Geständnis eingereicht hat. Im Rahmen ihrer Kronzeugenregelung akzeptiert die Kommission auch mündliche Erklärungen von Unternehmen. Im Falle einer solchen mündlichen Erklärung des Unternehmens erhält der Antragsteller auf Kronzeugenbehandlung davon keine Abschrift für seine eigenen Akten. Hat der Antragsteller jedoch eine schriftliche Erklärung eingereicht und eine Abschrift davon behalten, so hängt es vom jeweiligen einzelstaatlichen Recht ab, ob er einem Kläger diese Schriftstücke zur Verfügung stellen muss.
231. Es ist die Ansicht geäußert worden, dass mögliche Schadenersatzklagen ein Hemmnis für potenzielle Antragsteller auf Kronzeugenbehandlung darstellen und sich somit negativ auf die staatliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts auswirken könnten. Eine gewisse derartige Wirkung ist sicherlich nicht auszuschließen. Doch ist eine negative Wirkung keineswegs sicher, wenn man bedenkt, dass sich ein Kartellmitglied in jedem Fall der Gefahr zivilrechtlicher Klagen aussetzt und nicht die Gelegenheit auslassen will, zumindest die drohende Geldbuße zu reduzieren, bevor ein anderes Kartellmitglied Kronzeugenbehandlung beantragt, denn in diesem Fall müsste der potenzielle Antragsteller sowohl mit der Geldbuße als auch mit zivilrechtlichen Schadenersatzforderungen rechnen. Dennoch sind jegliche Maßnahmen zu erwägen, mit deren Hilfe die gemeinsame Abschreckungswirkung von Kronzeugenregelungen und privater Durchsetzung optimiert werden kann.

D. POLITISCHE OPTIONEN

232. Aus diesen unterschiedlichen Wechselwirkungen zwischen der Anwendung von Kronzeugenregelungen und Schadenersatzklagen ergeben sich verschiedene politische Optionen. Diese Optionen sollen durch die Abstimmung der Kronzeugenregelungen mit den Regeln für Schadenersatzklagen gewährleisten, dass die grundlegenden Ziele optimal erreicht werden. Wie bereits erwähnt, verfolgen die zivilrechtliche Haftung und die Kronzeugenregelungen ein gemeinsames Ziel.

Option 28: Ausschluss der Offenlegungspflicht für den Antrag auf Kronzeugenbehandlung

233. Wie weiter oben ausgeführt, ist unklar, ob der Antrag auf Kronzeugenbehandlung in denjenigen Mitgliedstaaten, die keine Offenlegungsvorschriften erlassen haben, der Offenlegungspflicht unterliegt. Falls die Pflicht zur Offenlegung des vom Antragsteller der Wettbewerbsbehörde vorgelegten Geständnisses eine erhebliche Bedrohung darstellt, könnte die Offenlegungspflicht für den Antrag ausdrücklich ausgeschlossen werden. Eine solche Ausnahmeregelung zur Offenlegungspflicht müsste sich wohl auch auf die eigentliche Erklärung des Unternehmens (das Geständnis) erstrecken. Es muss betont werden, dass eine solche Ausnahmeregelung nur dann von Bedeutung ist, wenn eine schriftliche Erklärung abgegeben wurde, von der der Antragsteller eine Abschrift behalten hat.
234. Ein Schutz gegen die Offenlegung bereits existierender Schriftstücke, die der Antragsteller auf Kronzeugenbehandlung gemeinsam mit seiner Erklärung eingereicht hat, wäre ungerechtfertigt, da er dem Antragsteller ermöglichen würde, die Kronzeugenregelung zu nutzen, um die Offenlegung dieser Schriftstücke zu verhindern. Die Anwendung der Kronzeugenregelung würde somit die Position des Antragstellers hinsichtlich der Anwendung von Offenlegungsvorschriften nach einzelstaatlichem Recht erheblich verbessern. Man kann allerdings die Auffassung vertreten, dass die Anwendung der Kronzeugenregelung diese Position auch nicht verschlechtern darf. Daher sollte die Anwendung der Kronzeugenregelung im Hinblick auf die Verpflichtungen des Antragstellers aus anwendbaren einzelstaatlichen Offenlegungsvorschriften eher neutral sein. Es könnte also notwendig sein, nicht nur die eigentliche Erklärung des Unternehmens von der Offenlegung auszuschließen, sondern dem Kläger auch zu untersagen, über die Offenlegung Zugang zu den vom Antragsteller auf Kronzeugenbehandlung der Wettbewerbsbehörde vorgelegten Schriftstücken zu suchen. Obwohl diese Schriftstücke auf anderer (allgemeinerer) Grundlage immer noch der Offenlegungspflicht unterliegen können, wäre es möglicherweise für den Antragsteller auf Kronzeugenbehandlung besonders schädlich, wenn die von ihm ausgewählten und im Hinblick auf ihre Verwendung unter der Kronzeugenregelung eingereichten Schriftstücke den Klägern in einem Schadenersatzprozess bekannt würden.

Option 29: Nachlass auf Schadenersatzforderungen

235. Eine Option wäre, einem erfolgreichen Antragsteller auf Kronzeugenbehandlung die Möglichkeit eines Nachlasses auf gegen ihn erhobene Schadenersatzforderungen einzuräumen, als Gegenleistung für seinen Beitrag dazu, dass die Anspruchsberechtigten alle Kartellmitglieder auf Schadenersatz verklagen können. Die Forderungen gegen die anderen Rechtsverletzer, die für den gesamten Schaden gesamtschuldnerisch haftbar sind, bleiben unverändert. Wem eine Geldbuße ganz oder teilweise erlassen worden ist, der könnte z. B. im Gegenzug dafür, dass er den Anspruchsberechtigten Beweismittel zur Verfügung gestellt hat, einen Nachlass von 50 % auf jegliche Schadenersatzforderungen in Folgeverfahren erhalten. Falls eine Regelung bestehen würde, nach der horizontale Kartelle

Schadenersatz in doppelter Höhe leisten müssen, so würde dieser Nachlass die gegen den Antragsteller auf Kronzeugenbehandlung verhängte Entschädigungssumme halbieren und so für ihn den einfachen Schadenersatz wiederherstellen.¹⁴⁰

Option 30: Entbindung des Kronzeugen von der gesamtschuldnerischen Haftung

236. Schadenersatzforderungen sind Ansprüche aus unerlaubter Handlung, und nach den allgemeinen zivilrechtlichen Haftungsregeln haften Unternehmen, die sich an wettbewerbswidrigen Absprachen beteiligen, für den gesamten dadurch verursachten Schaden. Die Beteiligten haften für den durch ihre Handlungen verursachten Schaden also gesamtschuldnerisch. Eine mögliche politische Lösung wäre, die Haftung des Antragstellers auf Kronzeugenregelung auf den Anteil des Schadens zu begrenzen, der seinem Anteil am kartellierten Markt entspricht.

¹⁴⁰ Zur Verdopplung von Entschädigungssummen siehe weiter oben Abschnitt IV.

ABSCHNITT IX – ZUSTÄNDIGKEIT UND ANWENDBARES RECHT

A. ZUSTÄNDIGKEIT UND VERBINDUNG VON KLAGEN

237. Die Zuständigkeit der Gerichte für Rechtssachen, bei denen der Beklagte seinen Wohnsitz in einem Mitgliedstaat hat, ist im Gemeinschaftsrecht geregelt.¹⁴¹ Nach der Verordnung Nr. 44/2001 sind Personen, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats haben, ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit vor den Gerichten dieses Mitgliedstaats zu verklagen.¹⁴² Der Kläger kann auf der Grundlage von Artikel 5 Absatz 3 eine andere Zuständigkeit begründen. Nach Artikel 5 Absatz 3 kann jede Person, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat, vor dem Gericht des Ortes verklagt werden, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist oder eintreten droht. Der Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist, kann (nach Wahl des Klägers) (a) der Ort des ursächlichen Geschehens oder (b) der Ort, an dem der Schaden selbst eingetreten ist, sein.¹⁴³
238. Nach Artikel 6 Absatz 1 der Verordnung Nr. 44/2001 kann eine Person, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat, wenn mehrere Personen zusammen verklagt werden, auch vor dem Gericht des Ortes verklagt werden, an dem einer der Beklagten seinen Wohnsitz hat, sofern zwischen den Klagen eine so enge Beziehung gegeben ist, dass eine gemeinsame Verhandlung und Entscheidung geboten erscheint, um zu vermeiden, dass in getrennten Verfahren widersprechende Entscheidungen ergehen könnten. Artikel 6 Absatz 1 bezieht sich nur auf die sich aus Artikel 2 ergebende Zuständigkeit, also die durch den Wohnsitz bestimmte Zuständigkeit.
239. In wettbewerbsrechtlichen Prozessen kann der Kläger somit aus einer Vielzahl von Gerichtsständen auswählen. Es muss jedoch betont werden, dass die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Auslegung der Verordnung Nr. 44/2001 (und gegebenenfalls ihres Vorgängers, des Übereinkommens von Brüssel) erheblichen Einfluss auf die für diese Wahl ausschlaggebenden Faktoren hat. So begrenzt der Gerichtshof in seinem Urteil in der Rechtssache *Shevill* aus dem Jahr 1995 die Zuständigkeit der Gerichte des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist, auf diejenigen Schäden, die in dem so bezeichneten Mitgliedstaat eingetreten sind.¹⁴⁴ Wenngleich dieses Urteil im Zusammenhang mit einem

¹⁴¹ Für Dänemark bestimmt sich die gerichtliche Zuständigkeit nach dem Übereinkommen von Brüssel über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidung in Zivil- und Handelssachen, ABl. C 189/1990, S.2, in der geänderten Fassung, die sich weitgehend mit der Verordnung 44/2001 deckt.

¹⁴² Artikel 2 Absatz 1 der Verordnung 44/2001 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. L 12/2001, S. 1. Artikel 15 ff. der Verordnung 44/2001 enthält besondere Vorschriften in Bezug auf die gerichtliche Zuständigkeit bei Klagen, die sich auf einen von einem Verbraucher geschlossenen Vertrag stützen.

¹⁴³ Rechtssache 21/76, *Handelskwekerij G. J. Bier gegen Mines de Potasse d'Alsace*, Slg. 1976, 1735; Rechtssache C-68/93, *Fiona Shevill und andere gegen Presse Alliance*, Slg. 1995, I-415, Randnr. 20.

¹⁴⁴ *Shevill*, vgl. Fußnote 143.

Pressedelikt erging, ist allgemein akzeptiert, dass es auch in anderen Fällen unerlaubter Handlung anwendbar und daher in Wettbewerbssachen ebenfalls maßgeblich ist.

240. Die Verordnung Nr. 44/2001 regelt auch die Koordination gleichzeitiger separater Klagen vor Gerichten verschiedener Mitgliedstaaten (Rechtshängigkeit). Gemäß Artikel 27 gilt dann, wenn bei Gerichten verschiedener Mitgliedstaaten Klagen wegen desselben Anspruchs zwischen denselben Parteien anhängig gemacht werden, dass das später angerufene Gericht das Verfahren von Amts wegen aussetzen muss, bis die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts feststeht. Sobald die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts feststeht, muss sich das später angerufene Gericht zugunsten dieses Gerichts für unzuständig erklären. Nach Artikel 28 kann das später angerufene Gericht das Verfahren aussetzen, wenn „Klagen, die im Zusammenhang stehen“, bei Gerichten verschiedener Mitgliedstaaten anhängig sind, und kann sich außerdem auf Antrag einer Partei für unzuständig erklären, wenn das zuerst angerufene Gericht zuständig und in der Lage ist, die Klagen nach seinem Recht zu verbinden. Klagen stehen im Zusammenhang, wenn zwischen ihnen *„eine so enge Beziehung gegeben ist, dass eine gemeinsame Verhandlung und Entscheidung geboten erscheint, um zu vermeiden, dass in getrennten Verfahren widersprechende Entscheidungen ergehen könnten“*. Während also Artikel 28 die Verbindung von eng miteinander im Zusammenhang stehenden Klagen, die vor verschiedenen Gerichten anhängig sind, erlaubt, schafft er keine originäre Kompetenzgrundlage für eine echte Klageverbindung. Er führt eher zur Verneinung einer Zuständigkeit, als dass er eine Grundlage für die Annahme einer Zuständigkeit bietet.

B. ANWENDBARES RECHT

1. Einführung

241. Bei jeder Schadenersatzklage wegen eines Verstoßes gegen das Wettbewerbsrecht ist es von grundlegender Bedeutung zu wissen, welches materielle Recht zur Anwendung kommt. Soweit der Handel zwischen den Mitgliedstaaten durch die betreffende Verhaltensweise beeinträchtigt werden kann, sind Artikel 81 und 82 EG-Vertrag anzuwenden. In Ermangelung einschlägiger gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften unterliegen die genauen Bedingungen für eine Schadenersatzklage (z. B. Definition und Quantifizierung des Schadens, Möglichkeit der „passing on defence“ usw.) einzelstaatlichem Recht. Hier ist anzumerken, dass Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1/2003 den Mitgliedstaaten gestattet, einseitige Handlungen von Unternehmen selbst dann strenger als Artikel 82 zu ahnden, wenn dieser Artikel anwendbar ist. Klare und unmissverständliche Regeln hinsichtlich des anwendbaren Rechts würden zu einer Erleichterung von Schadenersatzklagen bei Verstößen gegen das europäische Wettbewerbsrecht beitragen. In Anbetracht des sachlichen Hintergrunds vieler Kartelle besteht die besondere Gefahr, dass bei einer nachfolgenden zivilrechtlichen Klage das Recht verschiedener Staaten zur Anwendung kommt. Dies würde die Prozessführung extrem erschweren und sollte vermieden werden.

2. Ausschlaggebende Faktoren für das anwendbare Recht

Das Projekt „Rom II“

242. Zur Bestimmung des richtigen Ansatzes sollten die Vorschläge der Kommission zur Angleichung der Rechtsvorschriften in zivil- und handelsrechtlichen Angelegenheiten herangezogen werden. Die Kommission hat einen Vorschlag für eine Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, die so genannte Verordnung „Rom II“, vorgelegt¹⁴⁵. Das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht bestimmt sich nach dem Übereinkommen von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht.¹⁴⁶ Da Schadenersatzansprüche generell Ansprüche aus unerlaubter Handlung sind, ist das Projekt „Rom II“ hier von größerer Bedeutung.
243. Laut Artikel 1 des Entwurfs „Rom II“ soll die Verordnung für außervertragliche zivil- und handelsrechtliche Schuldverhältnisse gelten, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen. Soweit eine Anwendung des Rechts von Drittstaaten in Artikel 2 vorgesehen ist, ist das nach der Verordnung bezeichnete Recht auch dann anzuwenden, wenn es nicht das Recht eines Mitgliedstaats ist. Gemäß der nicht erschöpfenden Liste in Artikel 13 ist das anzuwendende Recht maßgebend für die Voraussetzungen und den Umfang der Haftung, Ausschlussgründe der Haftung, Vorliegen, Art und Bemessung ersatzfähiger Schäden oder geforderter Entschädigungsleistungen, die Übertragbarkeit des Schadenersatzanspruchs, die Personen, die Anspruch auf Ersatz des persönlich erlittenen Schadens haben, die Haftung für die von einem Anderen verursachten Schäden, die verschiedenen Arten des Erlöschens von Verpflichtungen sowie die Verjährung und die Rechtsverluste, die sich aus dem Ablauf einer Frist ergeben, einschließlich des Beginns, der Unterbrechung und Hemmung von Fristen. Verfahrensfragen werden weiterhin durch das am Gerichtsort geltende Recht geregelt.
244. Die meisten Schadenersatzansprüche wegen Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht sind Ansprüche aus unerlaubter Handlung. Die auf unerlaubte Handlungen anzuwendende allgemeine Kollisionsnorm wird in Artikel 5 des Vorschlags dargelegt:

Artikel 5 – Allgemeine Kollisionsnorm

- 1. Mangels Rechtswahl im Sinne von Artikel 4 ist auf ein außervertragliches Schuldverhältnis aus unerlaubter Handlung unabhängig davon, in welchem Staat das schädigende Ereignis eintritt und in welchem Staat oder welchen*

¹⁴⁵ Vgl. Fußnote 15.

¹⁴⁶ Übereinkommen von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht von 1980 (konsolidierte Fassung), ABl. C 27/1998, S. 34. Die Kommission beabsichtigt, einen Vorschlag einzubringen, um das Übereinkommen durch eine Verordnung zu ersetzen.

Staaten die indirekten Schadensfolgen festzustellen sind, das Recht des Staates anzuwenden, in dem der Schaden eintritt oder einzutreten droht.

2. *Wenn die Person, deren Haftung geltend gemacht wird, und der Geschädigte zum Zeitpunkt des Schadenseintritts ihren gewöhnlichen Aufenthalt im selben Staat haben, unterliegt das außervertragliche Schuldverhältnis dem Recht dieses Staates.*
3. *Wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass das außervertragliche Schuldverhältnis eine offensichtlich engere Verbindung mit einem anderen Staat aufweist, gilt ungeachtet der Absätze 1 und 2 das Recht dieses anderen Staates. Eine offensichtlich engere Verbindung mit einem anderen Staat kann sich insbesondere aus einem bestehenden Rechtsverhältnis zwischen den Parteien wie einem Vertrag, der mit dem betreffenden außervertraglichen Schuldverhältnis in enger Verbindung steht, ergeben. Bei der Würdigung, ob eine offensichtlich engere Verbindung zu einem anderen Staat besteht, kann insbesondere den Erwartungen der Parteien hinsichtlich des anwendbaren Rechts Rechnung getragen werden.*

245. Ob Artikel 5 bei Verhaltensweisen, die den freien Wettbewerb beeinträchtigen, den spezifischen Gegebenheiten des europäischen Wettbewerbsrechts gerecht wird, ist unklar. In Fällen von Schadenersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht kann die allgemeine Kollisionsnorm unterschiedlich ausgelegt werden. Beispielsweise könnte man sie so auslegen, dass der Ort, an dem der Schaden eintritt, das Hoheitsgebiet des Staates ist, in dem das wettbewerbswidrige Verhalten den Wettbewerb beeinträchtigt. Allerdings ließe sich auch argumentieren, dass bei Anwendung von Artikel 5 Absatz 1 der Anspruch nicht mit den Auswirkungen der rechtswidrigen Verhaltensweise auf den Markt, sondern mit dem – oft zufälligen – Ort verknüpft ist, an dem der finanzielle Verlust eingetreten ist. Wenn Schäden in verschiedenen Staaten entstehen und/oder mehrere Kläger aus verschiedenen Staaten klagen, dann müsste das Recht aller betreffenden Staaten angewandt werden. Dies hat zur Folge, dass bei europaweiten oder globalen Kartellen der Idealfall eines einzigen anwendbaren Rechts nicht erreicht werden könnte. Hinzu kommt, dass sich Artikel 5 Absatz 2 nicht auf Fälle von Wettbewerbsrechtsverletzungen anwenden lässt, denn der Grundgedanke, dass das Recht des Staates, in dem der Rechtsverletzer und der Geschädigte ihren Aufenthalt haben, am besten zur Regelung des Schadenersatzes zwischen ihnen geeignet ist, ist mit dem auf die öffentliche Ordnung gerichteten Wesen des Wettbewerbsrechts nicht vereinbar.

246. In Artikel 7 des Kommissionsvorschlags wird verdeutlicht, was die allgemeine Kollisionsnorm des Artikels 5 in Fällen von unlauterem Geschäftspraktiken bedeutet. In diesen Fällen gilt als Ort, an dem das schädigende Ereignis eintritt, das Gebiet, in dem die Wettbewerbsbeziehungen unmittelbar und wesentlich beeinträchtigt worden sind. Dementsprechend ist auf entsprechende Ansprüche das Recht des Staates anzuwenden, in dem das Gebiet liegt. Es scheint, dass sich diese Bestimmung nur auf Ansprüche aus unlauterem Wettbewerbsverhalten und nicht auf Ansprüche anwenden lässt, die sich aus einer Zuwiderhandlung gegen Artikel 81 und 82 EG-Vertrag (oder vergleichbare Bestimmungen des einzelstaatlichen Wettbewerbsrechts) ergeben. Darüber hinaus wäre die Anwendung dieser Regel auf

Kartellstreitigkeiten auch insoweit problematisch, als in einem Verfahren eines Abnehmers gegen einen Verkäufer nicht von Wettbewerbsbeziehungen zwischen ihnen die Rede sein kann. Abnehmer und Verkäufer stehen gewöhnlich nicht miteinander im Wettbewerb.

Ein auf die Auswirkungen abstellender Ansatz

247. Es ist daher zu überlegen, ob eine spezielle Kollisionsnorm für zivilrechtliche Ansprüche aus Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht eingeführt werden sollte. Eine solche Kollisionsnorm könnte dazu dienen, den Sinn der allgemeinen Kollisionsnorm des Artikels 5 des Kommissionsvorschlags für diese Art von Klagen zu verdeutlichen. Auf solche Ansprüche könnte das Recht des Staates angewandt werden, in dessen Markt der Geschädigte von dem wettbewerbswidrigen Verhalten betroffen war. Der Rechtsbehelf (Schadenersatzklage) wäre so mit der Beeinträchtigung oder Verzerrung des Wettbewerbs verknüpft. Wie eine vergleichende Untersuchung des internationalen Privatrechts der Mitgliedstaaten zeigt, besteht ein breiter Konsens über die Anwendung des Rechts des Staates, dessen Markt durch die Wettbewerbshandlungen beeinträchtigt wird. Dieses Ergebnis wird durch eine Konkretisierung des Grundprinzips der *lex loci delicti* erreicht. Derzeit besteht jedoch insbesondere in den Staaten, in denen die Gerichte noch keine Gelegenheit hatten, über die Anwendung der Regel der *lex loci delicti* zu befinden, eine gewisse Unsicherheit. Betrachtet werden müssten die Auswirkungen auf den Wettbewerb an sich, nicht der bestimmten Unternehmen entstandene finanzielle Schaden.
248. Ein solcher auf die Auswirkungen abstellender Ansatz würde in den Fällen, in denen ein nationaler oder subnationaler Markt betroffen ist, zur Anwendung des Rechts eines einzigen Staates führen. Ist der betroffene Markt jedoch größer oder sind mehrere nationale Märkte betroffen, ergeben sich aus der vorgeschlagenen Kollisionsnorm besondere Probleme, da die Klage in einem solchen Fall dem Recht mehrerer verschiedener Staaten unterliegen könnte. Der Ersatz eines jeden Verlusts unterläge dem jeweils speziell anwendbaren Recht. Dies könnte Rechtsstreitigkeiten sehr aufwändig machen.

Anwendung der *lex fori*

249. Eine alternative Lösung wäre, dass stets das Recht des Staates des angerufenen Gerichts anzuwenden ist. Wie weiter oben erläutert, wird die Zuständigkeit innerhalb der Europäischen Union durch die Verordnung Nr. 44/2001 geregelt. Die Kohärenz des materiellen EU-Wettbewerbsrechts könnte es rechtfertigen, dass ein Gericht eines Mitgliedstaats in zivilrechtlichen Wettbewerbssachen immer das Recht des eigenen Staates anwenden sollte. Eine solche Politik würde Schadenersatzklagen wegen Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht erheblich vereinfachen. Allerdings würde sie dazu führen, dass je nachdem, welches Gericht sachlich zuständig ist, unterschiedliches materielles Recht angewandt wird. Dies könnte ein Anreiz für „Forum-Shopping“ sein.

Wahl des Klägers

250. Wie bereits erwähnt, bestehen bei einem auf die Auswirkungen abstellenden Ansatz in Fällen, in denen das Gericht im Rahmen seiner Zuständigkeit über die Gesamtheit der erlittenen Verluste zu befinden hat, und in Fällen, in denen die betroffenen Märkte in mehr als einem Mitgliedstaat gelegen sind, spezifische Schwierigkeiten.¹⁴⁷ Dann könnten die Gesetze mehrerer Staaten anwendbar sein, da der Ersatz eines jeden Verlusts dem jeweils speziell anwendbaren Recht unterläge. Es wäre zu überlegen, ob es in einer solchen Situation gerechtfertigt sein könnte, den Kläger entscheiden zu lassen, welches Recht von mehreren möglichen anzuwenden ist. Diese Wahl könnte dergestalt begrenzt werden, dass sich der Kläger für ein einziges anwendbares Recht aus den nach dem Grundsatz des betroffenen Marktes in Frage kommenden Rechten entscheiden müsste. Die Wahl könnte jedoch auch erweitert werden, so dass sich der Kläger für ein einziges Recht *oder* für das auf jeden einzelnen Verlust getrennt anwendbare Recht *oder* für das Recht des Gerichtsstandes entscheiden könnte.

C. POLITISCHE OPTIONEN

Option 31: Das anzuwendende Recht richtet sich nach der in Artikel 5 der vorgeschlagenen Verordnung „Rom II“ dargelegten allgemeinen Kollisionsnorm

251. Die vorgeschlagene Verordnung „Rom II“ enthält in Artikel 5 eine allgemeine Kollisionsnorm zur Bestimmung des bei Ansprüchen aus unerlaubter Handlung anzuwendenden Rechts. Diese Norm geht von dem Recht des Staates aus, in dem der Schaden eingetreten ist. Die Anwendung dieser Norm auf Schadenersatzansprüche aus Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht ist unklar.

Option 32: Denkbar wäre eine spezielle Kollisionsnorm für Schadenersatzansprüche aus Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht. Mit dieser Norm könnte klargestellt werden, dass als Recht des Staates, in dem der Schaden eingetreten ist, bei solchen Ansprüchen das Recht eines derjenigen Staaten gilt, in dessen Markt der Geschädigte von dem wettbewerbswidrigen Verhalten, das dem Anspruch zugrunde liegt, betroffen ist.

252. Ein auf die Auswirkungen abstellender Ansatz würde den Rechtsbehelf (Schadenersatzklage) mit dem durch das betreffende Verhalten beeinträchtigten Markt verknüpfen. Dies steht im Einklang mit der allgemeinen Wettbewerbspolitik, könnte allerdings dazu führen, dass das Recht mehrerer Staaten auf den in diesen Staaten eingetretenen Schaden anzuwenden ist (z. B. bei einem EU-weiten Kartell).

¹⁴⁷ Wenn sich die gerichtliche Zuständigkeit nach dem Ort bestimmt, an dem der Schaden eingetreten ist (Artikel 5 Absatz 3 der Verordnung Nr. 44/2001), und wenn sich die gerichtliche Zuständigkeit auf den Ersatz von in diesem Mitgliedstaat entstandenen Verlusten beschränkt (siehe *Shevil*, vgl. Fußnote 143), so treten diese Schwierigkeiten nicht auf und ist die hier diskutierte Option nicht zweckdienlich.

Option 33: Die spezielle Kollisionsnorm könnte so ausgestaltet sein, dass stets das Recht des Gerichtsstandes anzuwenden ist.

253. Die Anwendung des Rechts des Gerichtsstandes würde die Prozessführung erleichtern. Es ist jedoch sorgfältig zu erwägen, ob dies zu willkürlichen Ergebnissen führen und das „Forum-Shopping“ in unangebrachter Weise fördern könnte.

Option 34: Die spezielle Kollisionsnorm könnte so ausgestaltet sein, dass in Fällen, in denen die Märkte von mehr als einem Staat betroffen sind, dem Kläger die Möglichkeit gegeben werden sollte, das anzuwendende Recht zu wählen.

254. Eine solche Norm würde die Schwierigkeiten angehen, die aus der „reinen“ Anwendung des Rechts des betroffenen Marktes in Fällen resultieren würden, in denen mehrere verschiedene Rechtssysteme anwendbar wären. Der Kläger müsste die Möglichkeit der Wahl zwischen allen Rechtssystemen haben, die bei Anwendung des Grundsatzes des betroffenen Marktes in Frage kommen. Alternativ könnte die Wahlmöglichkeit des Klägers erweitert werden, so dass er drei Optionen hätte: a) Wahl des auf jeden Verlust jeweils speziell anwendbaren Rechts (allgemeine Kollisionsnorm des Artikels 5 der vorgeschlagenen Verordnung „Rom II“), b) Wahl eines beliebigen der bei Anwendung des Grundsatzes des betroffenen Marktes in Frage kommenden Rechtssysteme für den gesamten Fall oder c) Wahl des Rechts des Gerichtsstandes.

ABSCHNITT X: SONSTIGE ASPEKTE

A. NUTZUNG VON SACHVERSTAND IM GERICHTSVERFAHREN

1. Einführung

255. Aus den vorstehenden Abschnitten ist deutlich geworden, dass Schadenersatzklagen im Bereich des Wettbewerbsrechts aufgrund ihrer sehr komplexen Natur von den damit befassten Gerichten häufig spezifische Sachkenntnis erfordern (z. B. Nachweis der Zuwiderhandlung oder Quantifizierung des Schadens). Die zuständigen Gerichte in den einzelnen Mitgliedstaaten weisen einen höchst unterschiedlichen Grad an Sachverstand auf. Dies liegt an den unterschiedlichen Konzepten der Mitgliedstaaten. Während einige Staaten versucht haben, durch Übertragung der erstinstanzlichen Zuständigkeit für Schadenersatzklagen an höhere Gerichte oder zahlenmäßige Begrenzung der für Schadenersatzverfahren im Bereich des Wettbewerbsrechts zuständigen Gerichte einen höheren Sachverstand zu erreichen, halten sich andere Staaten an ihre allgemeinen Grundsätze für alle Arten zivilrechtlicher Klagen. Zweifelsohne ist es unwahrscheinlich, dass die Zivilrichter in den letzteren Mitgliedstaaten die gleiche Erfahrung und Sachkenntnis erlangen können wie Richter in denjenigen Staaten, in denen eine gewisse Zentralisierung vorgenommen wurde. Auf Wettbewerbssachen spezialisierte Gerichte oder Gremien könnten zur Entwicklung des Sachverstands der beteiligten Richter beitragen und der effizienten Durchsetzung des Wettbewerbsrechts dienen.
256. Gemäß Artikel 15 der Verordnung Nr. 1/2003 können die Gerichte der Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 81 oder 82 EG-Vertrag die Kommission um Stellungnahmen zu Fragen bitten, die die Anwendung der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft betreffen. Nach Artikel 15 Absatz 3 können die einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden den Gerichten ihres Mitgliedstaats von sich aus schriftliche Stellungnahmen übermitteln und mit Erlaubnis des betreffenden Gerichts auch mündlich Stellung nehmen. Die Kommission kann aus eigener Initiative den Gerichten der Mitgliedstaaten schriftliche Stellungnahmen übermitteln und mit Erlaubnis des betreffenden Gerichts auch mündlich Stellung nehmen, „[sofern] es die kohärente Anwendung der Artikel 81 oder 82 des Vertrags erfordert“. Außerdem können die Gerichte der Mitgliedstaaten nach Artikel 234 EG-Vertrag dem EuGH Fragen zur Vorabentscheidung vorlegen.
257. In allen Mitgliedstaaten können die Gerichte in irgendeiner Weise auf Sachverständigengutachten zurückgreifen.¹⁴⁸ Dennoch bestehen zwischen den Mitgliedstaaten erhebliche Unterschiede, wenn es darum geht, wer einen Sachverständigen benennen kann, wer als Sachverständiger benannt werden kann, zu welchen Fragen Sachverständige Gutachten erstellen können und welchen Beweiswert Sachverständigengutachten haben. Sachverständige können entweder vom Gericht, von einer Partei oder von den Parteien einvernehmlich bestellt werden.

¹⁴⁸ Vergleichender Bericht, S. 65.

258. Der Wert eines Sachverständigengutachtens hängt in vielen Rechtsgebieten von seinem Verfasser ab. In den meisten Mitgliedstaaten haben Gutachten von gerichtlich bestellten Sachverständigen einen höheren Beweiswert als Gutachten von Sachverständigen, die von einer der Parteien bestellt worden sind. Diese Unterscheidung kann entweder formell festgelegt sein oder einfach die Realität der richterlichen Beweiswürdigung widerspiegeln. Interessant ist, dass in Deutschland Sachverständigengutachten aus früheren Verfahren auch in späteren Verfahren mit vollem Beweiswert verwendet werden können.¹⁴⁹

2. Politische Option in Bezug auf Sachverständige

Option 35: Hinzuziehung externer Sachverständiger zu Gerichtsverfahren

259. Externe Sachverständige werden besonders dann gebraucht, wenn in einem Mitgliedstaat keine spezialisierten Gerichte oder Gremien bestehen. Dies führt einerseits dazu, dass dem Gericht mehr Sachkenntnis zur Verfügung steht, kann aber andererseits auch die Prozesskosten in die Höhe treiben. In den meisten Fällen hat ein gerichtlich bestellter Sachverständiger einen höheren Beweiswert. Daher könnte eine Vorschrift, nach der sich die Parteien auf einen vom Gericht zu bestellenden Sachverständigen einigen müssen, zu mehr Sachkenntnis beitragen und zudem Kosten sparen. Es würde Schadenersatzklagen möglicherweise erleichtern und den Richtern helfen, wenn in allen Rechtssystemen Sachverständige gerichtlich bestellt und hinzugezogen werden könnten.
260. Es ist zu berücksichtigen, dass die von der Kommission im Jahr 2002 eingeführten Schulungsprogramme für einzelstaatliche Richter im europäischen Wettbewerbsrecht zu einer weiteren Verbesserung des Sachverstands der Gerichte beitragen werden.¹⁵⁰ Noch mehr Fortschritte könnten erzielt werden, wenn die Gerichte der Mitgliedstaaten stärker von den bestehenden Möglichkeiten nach Artikel 15 der Verordnung Nr. 1/2003 Gebrauch machen würden (siehe weiter oben Randnummer 256).

B. EINFLUSS VON VERJÄHRUNGSFRISTEN IN DEN MITGLIEDSTAATEN

1. Einführung

261. Verjährungsfristen können die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen erheblich einschränken. Wenngleich verjährte Forderungen nicht mehr durchgesetzt werden können (und geltend gemachte Ansprüche des Geschädigten somit abgewiesen werden), sind Verjährungsfristen doch von großer Bedeutung für die

¹⁴⁹ Art. 1 Nr. 14 Erstes Gesetz zur Modernisierung der Justiz (1. Justizmodernisierungsgesetz), verabschiedet am 9. Juli 2004, Bundestagsdrucksache 15/3482, und Bericht für Deutschland, S. 16.

¹⁵⁰ Vgl. z.B. Aufforderung zur Einreichung von Vorschlägen unter:
http://europa.eu.int/comm/dgs/competition/proposals2/20040316_call/call_en.pdf.

Rechtssicherheit, da sie gewährleisten, dass die rechtliche Stellung der Parteien ab einem bestimmten Zeitpunkt unwiderruflich feststeht.

262. Die Studie legt dar, dass die Zahl der außergerichtlich beigelegten wettbewerbsrechtlichen Entschädigungsforderungen wesentlich höher ist als die Zahl der tatsächlich gerichtlich entschiedenen Fälle. Je länger eine Verjährungsfrist ist, desto stärker ist die Position des Geschädigten in Vergleichsverhandlungen, da er weniger unter dem Druck steht, zur Hemmung der Verjährung Klage erheben zu müssen.
263. Besonderer Betrachtung bedarf das Verhältnis zwischen Verjährungsfristen und Verfahren vor öffentlichen Wettbewerbsbehörden. Längere Verjährungsfristen wirken sich günstig auf Folgeklagen aus, da andere Parteien, die sich durch das betreffende wettbewerbswidrige Verhalten in ihren Rechten verletzt fühlen, eher zur Klageerhebung neigen, wenn der Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht bereits durch ein Urteil oder eine Entscheidung festgestellt ist. Sind die Verjährungsfristen zu kurz, kann ein Anspruch bereits verjährt sein, wenn ein Urteil oder eine Entscheidung ergeht, sodass potenzielle Kläger ihre Ansprüche nicht mehr einklagen können.
264. Darüber hinaus wirkt sich die in einigen Rechtsordnungen geltende Pflicht, dem Gericht bei Klageerhebung alle Beweismittel vorzulegen, nicht unerheblich auf die Rolle der Verjährungsfristen aus. Kurze Verjährungsfristen in Verbindung mit dem Zwang, Beweismittel zu sammeln, könnten demnach ein ernstes Hindernis für wettbewerbsrechtliche Schadenersatzklagen darstellen.

2. Verjährungsfristen in den Mitgliedstaaten

265. In den Mitgliedstaaten gelten für die Verjährungsfristen sehr unterschiedliche Vorschriften. Laut der Studie hängen in einigen Mitgliedstaaten die Verjährungsfristen nicht von der Kenntnis des Klägers ab, d. h. die Frist beginnt mit der Zuwiderhandlung, während in anderen Mitgliedstaaten die Verjährungsfrist von der subjektiven Kenntnis des Klägers, also dem Zeitpunkt abhängt, zu dem der Schaden entdeckt wurde oder unter normalen Umständen hätte entdeckt werden müssen. In vielen Mitgliedstaaten (in Belgien, der Tschechischen Republik, Dänemark, Deutschland, Estland, Griechenland, den Niederlanden, Österreich, Polen, der Slowakei und Slowenien) werden beide Arten von Verjährungsfristen angewandt, d. h. es gibt eine subjektiv festgelegte Verjährungsfrist, die mit der Kenntnis des Klägers beginnt, und eine objektiv festgelegte längere Verjährungsfrist, nach deren Ablauf unabhängig von der Kenntnis des Klägers nicht mehr geklagt werden kann. Bei der Länge der Verjährungsfristen bestehen große Unterschiede: sie liegen zwischen einem und 30 Jahren.¹⁵¹
266. In Deutschland legt § 33 Absatz 5 des Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) fest, dass Verjährungsfristen gehemmt

¹⁵¹ In *Palmisani*, vgl. Fußnote 11, hat der EuGH – zwar im Zusammenhang mit einer Verjährungsfrist für Ansprüche aus gesetzgeberischen bzw. verwaltungsrechtlichen Fehlern – entschieden, dass eine Frist von einem Jahr die Einreichung einer Schadenersatzklage nicht besonders schwierig macht (Randnr. 29).

werden, sobald irgendeine europäische Wettbewerbsbehörde ein Verfahren einleitet. Diese Bestimmung gilt für Ermittlungen jeder Wettbewerbsbehörde der EU. Wie bereits erwähnt, ist eine solche Vorschrift für die Abstimmung der privaten und staatlichen Durchsetzung von besonderer Bedeutung.

267. In Spanien muss der Geschädigte innerhalb eines Jahres nach Entdeckung des Schadens oder – nach überwiegender Lehrmeinung – ab dem Datum der rechtskräftigen Feststellung der Zuwiderhandlung durch das Wettbewerbsgericht, sofern zuvor ein Verwaltungsverfahren eingeleitet wurde, auf Schadenersatz klagen.¹⁵² Nicht ganz klar ist, wie sich dieser Zeitraum bestimmt, wenn gegen ein Urteil Rechtsmittel eingelegt wird. Im Grunde könnte man sagen, dass eine Verjährungsfrist von einem Jahr für wettbewerbsrechtliche Fälle zu kurz scheint, andererseits scheint ein Jahr nach der letzten Gerichtsentscheidung angemessen, da bis zur letztinstanzlichen Entscheidung möglicherweise bereits mehrere Jahre vergangen sind.

3. Verjährungsfristen im Gemeinschaftsrecht

268. Gemäß Artikel 25 der Verordnung Nr. 1/2003 verjährt die Befugnis der Kommission nach den Artikeln 23 und 24 nach drei Jahren (Zuwiderhandlungen gegen Vorschriften über die Einholung von Auskünften oder die Vornahme von Nachprüfungen) bzw. nach fünf Jahren (alle übrigen Zuwiderhandlungen). Laut Artikel 25 Absatz 2 beginnt die Verjährungsfrist mit dem Tag, an dem die Zuwiderhandlung begangen worden ist. Bei dauernden oder fortgesetzten Zuwiderhandlungen beginnt die Verjährung jedoch erst mit dem Tag, an dem die Zuwiderhandlung beendet ist.
269. Die Artikel 10 und 11 der Richtlinie zur Produkthaftung¹⁵³ befassen sich mit Verjährungsfristen für Privatpersonen:

„Die Mitgliedstaaten sehen in ihren Rechtsvorschriften vor, dass der aufgrund dieser Richtlinie vorgesehene Ersatzanspruch nach Ablauf einer Frist von drei Jahren ab dem Tage verjährt, an dem der Kläger von dem Schaden, dem Fehler und der Identität des Herstellers Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen müssen.

Die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung werden durch diese Richtlinie nicht berührt.

Die Mitgliedstaaten sehen in ihren Rechtsvorschriften vor, dass die dem Geschädigten aus dieser Richtlinie erwachsenden Ansprüche nach Ablauf einer Frist von zehn Jahren ab dem Zeitpunkt erlöschen, zu dem der Hersteller das Produkt, welches den Schaden verursacht hat, in den Verkehr gebracht hat, es sei denn, der Geschädigte hat in der Zwischenzeit ein gerichtliches Verfahren gegen den Hersteller eingeleitet.“

¹⁵² Bericht für Spanien, S. 22.

¹⁵³ Vgl. Fußnote 74.

270. Artikel 7 des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen¹⁵⁴ sieht vor, dass Verjährungsfristen zu dem Zeitpunkt ausgesetzt werden, zu dem die Parteien die Anwendung der Mediation vereinbaren oder ein Gericht die Anwendung der Mediation anordnet oder die Pflicht zur Anwendung der Mediation nach dem innerstaatlichen Recht eines Mitgliedstaats entsteht. Diese vorgeschlagene Vorschrift ist für den hier erörterten Aspekt besonders relevant, weil sie auch die Abstimmung zwischen verschiedenartigen Verfahren betrifft und ein Beispiel dafür ist, dass der Lauf einer Verjährungsfrist von einem anderen Verfahren abhängig gemacht werden kann.

4. Politische Option in Bezug auf Verjährungsfristen

Option 35: Hemmung der Verjährungsfrist im Falle staatlicher Ermittlungen

271. Insbesondere dann, wenn überhaupt keine Form der Offenlegung vorgesehen ist, sollte ernsthaft über den in § 33 Absatz 5 GWB in der Fassung des Siebten Änderungsgesetzes enthaltenen Vorschlag nachgedacht werden. Dieser sieht eine Hemmung der Verjährungsfrist vor, sobald die Europäische Kommission oder eine Wettbewerbsbehörde der Mitgliedstaaten ein Verfahren einleitet. Diese Lösung hat den Vorteil, dass der Anspruch des Klägers bestehen bleibt, solange das Verfahren läuft, und so das mit dem fehlenden Nachweis der Zuwiderhandlung verbundene Risiko wegfällt. Doch obwohl diese Hemmung zivilrechtliche Klagen erleichtert, könnte sie auch bewirken, dass potenzielle Kläger gerade deshalb mit der Klageerhebung zögern, weil es für sie viel bequemer ist, eine endgültige Entscheidung abzuwarten, die das Risiko des Klägers und die Mühen, die er auf sich nehmen muss, verringert (da die Zuwiderhandlung selbst oder zumindest eine entsprechende widerlegbare Vermutung bereits feststeht). Im Gegensatz dazu könnte der Kläger bei einer grundsätzlichen Verlängerung von Verjährungsfristen weniger geneigt sein, seine Klage aufzuschieben, da er nicht weiß, ob eine Wettbewerbsbehörde tatsächlich ein Verfahren einleiten wird.
272. Das „spanische Modell“¹⁵⁵ wandelt diesen Gedanken etwas ab. Wenn die Verjährungsfrist nach der letztinstanzlichen Entscheidung eines Gerichts zu der Zuwiderhandlung zu laufen beginnt, bleiben zumindest alle Folgeansprüche bestehen.

C. KAUSALITÄT

273. Die Kausalität ist ein notwendiges Element jeder Schadenersatzklage. Prinzipiell wird dann auf Entschädigung erkannt, wenn eine Rechtsverletzung einen Schaden verursacht hat. Die Kausalität stellt den Zusammenhang zwischen dem Schaden

¹⁵⁴ KOM(2004)718 endg.

¹⁵⁵ Siehe oben, Randnr. 267.

und der rechtswidrigen Verhaltensweise her und gewährleistet so, dass der Beklagte nur für diejenigen Schäden haftet, die eine Folge seiner unerlaubten Handlung sind.

274. Betrachtet man die Bedeutung des Kausalitätserfordernisses für die Möglichkeit und Effizienz von Schadenersatzklagen, so ist zwischen dem Rechtsbegriff Kausalität und den Beweismitteln zu unterscheiden, mit denen in einem konkreten Fall dieses (durch den Rechtsbegriff definierte) Erfordernis erfüllt wird. Der Nachweis des Kausalzusammenhangs kann sich in Kartellsachen äußerst schwierig gestalten. Der den durch wettbewerbswidriges Verhalten Geschädigten entstandene finanzielle Schaden besteht oft darin, dass Preise gezahlt wurden, die über dem freien Marktpreis lagen. Daher muss der Kläger häufig nachweisen, dass eine Preiserhöhung die Folge von Handlungen des Beklagten war. Der Beklagte könnte dagegenhalten, dass der Preiserhöhung in Wirklichkeit andere Ursachen wie z. B. die Wirkung üblicher Marktgesetze oder Handlungen Dritter zugrunde lagen. Der Nachweis eines Kausalzusammenhangs kann eine auf einer Vielzahl von Fakten und Wirtschaftsdaten beruhende komplexe Wirtschaftsanalyse erfordern. Was den Nachweis des Kausalzusammenhangs anbelangt, verweisen wir auf Abschnitt II dieses Dokuments, der sich ausführlicher mit dem Zugang zu Beweismitteln auseinandersetzt.
275. An den Rechtsbegriff der Kausalität gehen die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten auf unterschiedliche Weise heran. Sie drücken ihn durch Begriffe wie „Vorhersehbarkeit“, „unmittelbare Ursache“ oder „adäquate Ursache“ aus. Die Anwendung dieser Begriffe wird in konkreten Fällen wohl kaum zu deutlich unterschiedlichen Ergebnissen führen, und vermutlich haben sich diese Begriffe eher aus der jeweiligen Rechtskultur der betreffenden Staaten entwickelt als aus einem unterschiedlichen Rechtsverständnis. In Anbetracht der notwendigen komplexen Beurteilungen und der Tatsache, dass die Rechtsprechung in dieser Hinsicht in allen Staaten bisher eine wichtige Rolle gespielt hat, könnte man meinen, dass diesbezüglich keine weiteren Maßnahmen zur Erleichterung von Schadenersatzklagen vonnöten sind.
276. Dennoch muss betont werden, dass die Anwendung dieses rechtlichen Erfordernisses nicht dazu führen darf, dass weite Teile von durch wettbewerbswidriges Verhalten Geschädigten vom Schadenersatz ausgeschlossen werden. Deshalb sei an die Ausführungen des Gerichtshofs im Urteil *Courage* erinnert, wonach die volle Wirksamkeit des EG-Vertrags beeinträchtigt wäre, wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch eine nach Artikel 81 und 82 EG-Vertrag verbotene Verhaltensweise entstanden ist.¹⁵⁶ In Ermangelung gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften bleiben die genauen Bedingungen für die Klageerhebung Sache des einzelstaatlichen Rechts. Dennoch muss sich das einzelstaatliche Recht in seiner Anwendung auf den doppelten Grundsatz der Äquivalenz und Effektivität stützen. Diese Grundsätze – insbesondere der letztere – können die derzeit im einzelstaatlichen Zivilrecht bestehenden Begriffe der Kausalität beeinflussen. Daher ist zu überlegen, ob eine Klarstellung des rechtlichen Erfordernisses der Kausalität zur weiteren Erleichterung von Schadenersatzklagen notwendig ist.

¹⁵⁶ *Courage*, Randnr. 26.