

Stellungnahme der Wirtschaftskammer Österreich

zum

WEISSBUCH

„Schadenersatzklagen wegen Verletzung des
EG-Wettbewerbsrechts“

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung	2
1.1. Zur Wirtschaftskammer - Organisation	3
1.2. Allgemeine Bemerkungen	3
2. Klagebefugnis (Kapitel 2): indirekte Abnehmer und kollektiver Rechtsschutz	4
2.1. Allgemeine Bemerkungen	4
2.2. Zum Thema „qualifizierte Verbände“	7
2.3. Zum Thema „identifizierbare Geschädigte“	8
2.4. Zum Thema „class action“	10
3. Zugang zu Beweismitteln: Offenlegung von Beweismitteln zwischen den Parteien (Kapitel 3)	15
4. Bindungswirkung von Entscheidungen nationaler Wettbewerbsbehörden (Kapitel 4)	20
5. Verschuldenserfordernis (Kapitel 5)	20
6. Schadenersatz (Kapitel 6)	22
7. Schadensabwälzung (Kapitel 7)	24
8. Verjährung (Kapitel 8)	24
9. Kosten einer Schadenersatzklage (Kapitel 9)	25
10. Verhältnis zwischen Kronzeugenprogramm und Schadenersatzklagen (Kapitel 10)	27

1. Einleitung

1.1. Zur Wirtschaftskammer - Organisation

Die Wirtschaftskammer Österreich ist die gesetzliche Interessenvertretung der gewerblichen Wirtschaft in Österreich. Die WKÖ ist eine eigene Körperschaft öffentlichen Rechts nach Wirtschaftskammergesetz und gleichzeitig der Dachverband der ca. 1000 Körperschaften öffentlichen Rechts, die mit der gesetzlichen Interessenvertretung der gewerblichen Wirtschaft in Österreich beauftragt sind. Insgesamt vertritt die WKÖ ca. 300.000 Unternehmen.

1.2. Allgemeine Bemerkungen

„Alle Bürger und Unternehmen, die aufgrund einer Zuwiderhandlung gegen die EG-Wettbewerbsvorschriften der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag einen Schaden erleiden, müssen vom Rechtsverletzer Schadenersatz fordern können.“

Dieser einleitende Satz des Weißbuchs „Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts“ wird zumindest seit dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs *Courage und Crehan*¹ inhaltlich nicht mehr zu bestreiten sein.

In Hinblick auf die bereits ausführlich geführte Diskussion betreffend das Problem einer rechtskonformen europarechtlichen Kompetenzgrundlage für das vorliegende Projekt erscheint der WKÖ vor allem das folgende Argument beachtenswert: Der Kommission kommt zur Regelung zivilrechtlicher bzw zivilprozessualer Belange jedenfalls dann keine ausreichende Legitimation zu, wenn die entsprechenden Regelungen geeignet sind, durch wahrscheinlich eintretende spill-over Effekte zu erwarten ist, dass die allgemeinen nationalen Schadenersatzregime der Mitgliedsstaaten dadurch nachhaltig beeinflusst werden. Hätten die Vertragspartner eine solche Kompetenz gewünscht, wäre diese ausdrücklich im Vertrag zu verankern gewesen; eine „Erstreckung“ bestehender Kompetenzgrundlagen sind allenfalls geeignet Annexmaterien zu erfassen. Das allgemeine Schadenersatzrecht ist jedenfalls keine Anschlussmaterie an das Wettbewerbsrecht.

Weiters sticht die allgemeine Aussage der Kommission in Auge, mit dem Weißbuch solle insbesondere das Problem angegangen werden, dass derzeit ein wirksamer Rechtsrahmen zur Durchsetzung privater Schadenersatzansprüche im Zusammenhang mit Verstößen gegen das EG-Wettbewerbsrecht fehle. Diese Annahme ist jedoch in ihrem pauschalierten Rundumschlag weitestgehend unzutreffend und kann daher, wie zu zeigen sein wird, in diesem Umfang nicht bestätigt werden.

Bestrebungen, zusätzliche Mechanismen zur „vereinfachten“ Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche einzuführen, sind sowohl auf europäischer als auch auf innerstaatlich österreichischer Ebene festzustellen.² All diesen Aktivitäten ist mehr oder minder die Behauptung gemeinsam, dass mit den derzeit gegebenen Möglichkeiten eine rechtswirksame Durchsetzung einzelner Ansprüche nicht möglich sei.

Allgemein ist auch darauf hingewiesen werden, dass allen entwickelten Zivilprozessordnungen der Grundsatz der Prozessökonomie zu Eigen ist. Daraus folgt ua, dass es nicht die Auf-

¹ Urteil vom 20. September 2001, C-453/99, Sammlung der Rechtsprechung 2001 Seite I-06297, Rn 26: „Die volle Wirksamkeit des Artikels 85 EG-Vertrag und insbesondere die praktische Wirksamkeit des in Artikel 85 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.“ Ständige Rechtsprechung, siehe auch Urteil vom 13. Juli 2006, C-295/04 bis C-298/04, Vincenzo Manfredi u.a. gegen Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA u.a., Rn 60.

² z.B. Konsultationsverfahren der Europäischen Kommission zu Gruppenklagen für Konsumenten (siehe auch Rz 62 ff des gegenständlichen Arbeitspapiers der Kommissionsdienststellen); Entwurf eines Gruppenverfahrgesetzes der Bundesministerin für Justiz.

gabe des Zivilrechts bzw. Zivilprozessrechts ist, bestimmten Geschädigten die Rechtsdurchsetzung in dem Sinn zu erleichtern, dass sie auch wenig aussichtsreiche Gerichtsverfahren ohne eigenes wirtschaftliches Risiko führen können.

Bereits an dieser Stelle sei angemerkt, dass bei der Wahl allfälliger Rechtsnormen seitens der Kommission im Bereich des kartellrechtsinduzierten Schadenersatzes der Subsidiaritätsgedanke zu beachten sein wird. Es kann nicht Ziel europäische Normsetzung sein, durch Überregulierung die Funktionsfähigkeit bestehender nationaler Schadenersatzsysteme zu Lasten der Geschädigten zu beeinflussen. Daher muss es den Mitgliedstaaten überlassen bleiben, welche allenfalls notwendigen legislatischen Anpassungsmaßnahmen ergriffen werden müssen, um auf nationaler Ebene einen effektiven Rechtsschutz zu gewähren.

Dem Aufbau des Weißbuchs hinsichtlich vorgeschlagener Maßnahmen und rechtspolitischer Optionen folgend, ist zu den einzelnen Punkten auszuführen:

2. Klagebefugnis (Kapitel 2): indirekte Abnehmer und kollektiver Rechtsschutz

2.1. Allgemeine Bemerkungen

Das Weißbuch fordert in der Zusammenfassung dieses Kapitels 2³:

Geschädigte von Wettbewerbsverstößen sollen berechtigt sein, eine opt-in Gruppenklage einzubringen oder im Rahmen eines Repräsentationsverfahrens, das durch qualifizierte Einrichtungen geführt wird, vertreten zu werden.

Diese qualifizierten Einrichtungen, die berechtigt sein sollen, für bestimmte oder in besonderen Fällen bestimmbare Geschädigte zu handeln, sollten (i) Einrichtungen, die bestimmte gesetzliche und definierten Interessen vertreten, sein, die im Vorhinein von den Mitgliedsstaaten nach ihrem nationalen Verfahrensvorschriften bestimmt werden, oder (ii) andere Einrichtungen sein, deren primäre Aufgabe die Vertretung bestimmter Interessen (jedoch nicht die Betreuung von Schadenersatzklagen ihrer Mitglieder), die im jeweiligen Fall ad hoc nach den jeweiligen nationalen Verfahrensvorschriften bezüglich der jeweiligen Verletzung bestellt werden.

Der in einem opt-in Verfahren oder in einem Repräsentationsverfahren zugesprochene Schadenersatz hat dem Schaden zu entsprechen, der jenen entstanden ist, die im Verfahren vertreten bzw. repräsentiert werden.

Seitens der Wirtschaftskammer Österreich ist ausdrücklich festzuhalten, dass die Einführung bzw. Erweiterung der Möglichkeit der (kollektiven) Geltendmachung von Ansprüchen, wie sie im vorliegenden Weißbuch gefordert wird, als nicht notwendig erachtet wird.

Hauptbetroffener derartiger Maßnahmen ist die Wirtschaft. Es ist zu befürchten, dass die Einbringung von (kollektiven) Entschädigungsklagen medial „begleitet“ wird, was zu massiven Imageschäden des betroffenen Unternehmers führt – dies auch in Fällen, in denen der Anspruch gegen den beklagten Unternehmer als nicht zu recht bestehend festgestellt wird. Nicht ganz abwegig ist die Behauptung, dass derartige Rechtsstreitigkeiten durch die Medien für den Unternehmer negativ „entschieden“ werden – und nicht mehr im Rahmen eines ordentlichen Gerichtsverfahrens. Alleine die negative Publicity führt ungeachtet der tatsächlich gegebenen Sach- und Rechtslage zu einem massiven Druck auf den Unterneh-

³ Rz 59 (Verweise auf Rz in diesem Dokument ohne weitere Angabe der Quelle sind immer Verweise auf Rz im „Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules“, auch als Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen bezeichnet).

mer, der sich dann mitunter alleine aus Marketingerwägungen zur Abwendung weiterer negativer Schlagzeilen (Reputationsverlust) zum Einlenken gezwungen sehen kann (sog. „legal blackmailing“). Unabhängig vom entsprechenden Prozessausgang – von dem mitunter, wenn überhaupt, nicht in gleicher Weise berichtet wird – ist ein derartiges Verfahren für das betroffene Unternehmen mit einem entsprechenden negativen Beigeschmack in der öffentlichen Wahrnehmung verbunden. Die Wiederherstellung des guten Rufs einer Marke bzw. eines Unternehmens erfolgt jedenfalls nicht mit einer Veröffentlichung eines klagabweisenden Urteils und bedarf einer zeit- und kostenintensiven Marktpflege. Dies ist schlussendlich mit gesamtwirtschaftlichen Wohlfahrtsverlusten verbunden.

Obwohl per se vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt, ist der Vollständigkeit halber anzumerken, dass auch Berichterstattungen über erzielte Vergleiche vom Publikum als Schuldeingeständnis angesehen werden. Dies ist wahrnehmungspsychologisch nachweisbar.

Für das amerikanische System der class action ist signifikant, dass die einschreitenden Anwälte der Kläger über die Vereinbarung von Erfolgshonoraren ihre eigenen wirtschaftlichen Interessen verfolgen, damit vergleichsweise außerordentlich hohe Verdienstsummen generieren, allerdings auch das sie betreffende Kostenrisiko tragen. Das Verbot des pactum de quota litis verhindert zwar derartige direkte Vorgehensweisen derzeit noch in Österreich; der deutsche Bundesverfassungsgerichtshof hat diesen – bislang auch in Deutschland geltenden – Grundsatz als verfassungswidrig aufgehoben⁴. Tatsache ist jedoch, dass Prozessfinanzierer an derartige Beschränkungen nicht gebunden sind und daher professionell Werbung in eigener Sache betreiben dürfen. Es kann als sicher angenommen werden, dass die Begehrlichkeiten steigen, einerseits überhaupt Prozesse anzustrengen, andererseits die Streitwerte massiv zu erhöhen.

Fällt daher für die Kläger das Klagsrisiko völlig weg (da sie unabhängig vom Verfahrensausgang jedenfalls keine Gerichts- und Anwaltskosten zu bezahlen haben), besteht die nicht unerhebliche Gefahr, dass erpresserische und querulatorische Machenschaften verstärkt auftreten, was nicht im Sinne fairer wirtschaftlicher Rahmenbedingungen ist und der Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Wirtschaft kaum zuträglich sein wird.

Beispiele derartiger Vorgehensweisen sind wohl allgemein bekannt.

Sofern sich der Beklagte nicht unmittelbar dem Klagebegehren unterwirft, wird er unmittelbar gezwungen sein, wesentliche Ressourcen zur Abwehr von unberechtigten und bei weitem überzogenen Ansprüchen einzusetzen. Er bedarf jedenfalls rechtsanwaltlicher Unterstützung, die in aller Regel in derartigen Wirtschaftsprozessen mit erheblichen Kosten verbunden ist. Diese Kosten werden auch im Falle des Obsiegens nicht zur Gänze von der Gegenseite bezahlt. Das österreichische Rechtsanwaltsstarifgesetz⁵ sieht für bestimmte Prozesshandlungen feste Tarifsätze vor (nach denen auch der Kostenbetrag des obsiegenden Gegners zu bemessen ist). Die Erfahrung zeigt jedoch, dass sich Wirtschaftsanwälte mit ihren Klienten überwiegend auf ein Honorar auf Stundenbasis einigen, das zudem zumindest zum Teil auch während des laufenden Prozesses zu bezahlen ist.

Vollkommen außer Acht gelassen wird, dass sich klagende Parteien meistens über einen relativ langen Zeitraum auf eine Einleitung eines Verfahrens vorbereiten können. Entsprechend können sie zumindest in diesem Vorverfahrensstadium den Einsatz ihrer Ressourcen steuern. Diese Möglichkeit steht dem Beklagten nicht zur Verfügung. Er muss in einer im Verhältnis zur Vorbereitungszeit für den klagsweise geltend gemachten Anspruch relativ kurzen Zeitspanne von maximal vier Wochen alle Argumente formulieren und Unterlagen zur Abwehr zusammensuchen, womit erhebliche außerordentliche Aufwendungen verbunden sind. Diese Aufwendungen sind in aller Regel jedoch nicht ersatzfähig und behindern

⁴ Urteil vom 12. Dezember 2006, 1 BvR 2576/04.

⁵ Rechtsanwaltsstarifgesetz (RATG), BGBl. 189/1969 idF BGBl. I Nr. 111/2007.

massiv die Unternehmenstätigkeit. Dies kann soweit führen, dass der Ruin der beklagten Partei damit herbeigeführt wird – und damit der Verlust von Arbeitsplätzen.

Diese Fakten führen daher in erster Linie dazu, dass der Beklagte sich nicht primär mit der Beurteilung auseinandersetzt, ob er objektiv im Recht ist, sondern dahingehend eine Entscheidung treffen muss, ob nicht unter Berücksichtigung aller zu erwartenden internen und externen Kosten der Abschluss eines Vergleichs bis hin zur Unterwerfung unter das Klagebegehren eine günstigere Alternative für ihn darstellt.

Das Wettbewerbsrecht besteht aus in Gesetzestexte gegossener Wettbewerbspolitik, die wiederum ein Eckpfeiler der staatlichen Wirtschaftspolitik darstellt. Daher sollte die Durchsetzung von Wettbewerbsvorschriften auch primär Aufgabe der Wettbewerbsbehörden sein und bleiben. Die Erfüllung hoheitlicher Aufgaben durch private Rechtsdurchsetzung würde einer Missachtung fundamentaler Rechtsgrundsätze demokratischer Rechtsstaaten gleichkommen. Die unverhältnismäßige Verletzung der Freiheits- und Eigentumsphäre des Beklagten ist somit offensichtlich.

Vor allem im Hinblick auf negative Erfahrungen mit US-amerikanischen Sammelklagen („class action“) „schrillen bei manchen der Beteiligten sämtliche Alarmglocken“. Dieses Modell führt anerkannter Maßen in den USA zu erheblichen volkswirtschaftlichen Schäden. Die ausdrückliche Aussage der Kommission, dass sie keine amerikanischen Verhältnisse schaffen möchte, wird durch die im Weißbuch enthaltenen Vorschläge nicht immer unterstützt.

Außerdem werden im Zuge der Überlegungen mitunter rein prozessuale Fragestellungen, die z.B. den Besonderheiten kollektiver Rechtsdurchsetzung Rechnung tragen sollen, mit materiell-rechtlichen „Neuerungen“ vermischt.

Eine allfällige kollektive Geltendmachung von Ansprüchen darf daher keinesfalls dazu führen, dass Ansprüche zugesprochen werden, die auf individueller Basis nicht zu Recht bestehen.

Kollektivinteressen im eigentlichen Sinne sollen jedoch offensichtlich nicht betroffen sein, da der Kreis der Betroffenen nur jene umfassen soll, die einen Entschädigungsanspruch geltend machen wollen. Nach dem Erwägungsgrund 2 der Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz von Verbraucherinteressen sind unter Kollektivinteressen jene Interessen zu verstehen, bei denen es sich nicht um eine Kumulierung von Interessen durch einen Verstoß geschädigter Personen handelt.

Internationale Erfahrungen zeigen zudem, dass vor allem klagsbefugte Verbände ihr Klage-recht nicht ausschließlich im Sinne des Gemeinwohls bzw im Interesse der von ihnen Vertretenen ausüben, sondern persönliche Partikularinteressen verfolgen (z.B. durch Abschluss von Vergleichen, aus denen ihnen nicht unwesentliche finanzielle Mittel zufließen, obwohl sie z.B. gesetzlich verpflichtet wären, unter Abwägung aller relevanten Gemeinwohlinteressen tätig zu werden).

Jedermanns Zugang zur Gerichtsbarkeit ist ein in Österreich verfassungsrechtlich garantiertes und europarechtlich eingeräumtes Grundrecht (Art 6 EMRK), weswegen keine Konstellationen denkbar sind, bei denen eine Einzelperson oder ein Unternehmer keine rechtliche Möglichkeit haben soll, ein Gericht anzurufen und seine Ansprüche angemessen zu verfolgen. Es handelt sich beim Justizgewährungsanspruch um ein subjektives öffentliches Recht des Einzelnen gegen den Staat auf Entscheidung seines Privatrechtsstreits.

Ausdrücklich ist anzumerken, dass die derzeit im österreichischen Zivilprozessrecht vorhandenen Möglichkeiten der kollektiven Geltendmachung von Ansprüchen auch nach Ansicht des zuständigen Bundesministeriums für Justiz geeignet sind, Verbraucherinteressen wirksam durchzusetzen. Vollzugsdefizite sind daher nicht erkennbar.

Ungeachtet der prinzipiellen Ablehnung der Einführung von Möglichkeiten kollektiver Rechtsdurchsetzung haben derartige Mechanismen jedenfalls eine Reihe von grundsätzlichen Voraussetzungen zu erfüllen.

Diese Verfahrensart hat grundsätzlich so gestaltet zu sein, dass sie den Ansprüchen genügt und innerhalb der verfahrensrechtlichen und materiell-rechtlichen Rahmenbedingungen der Mitgliedstaaten eingebettet werden kann.

2.2. Zum Thema „qualifizierte Verbände“

Es kann nicht Aufgabe privater Rechtsverfolgung sein, Defizite der Behörden im Bereich der Verfolgung von Wettbewerbsverstößen zu kompensieren. Es ist alleinige Aufgabe des Rechtsstaates, das öffentliche Interesse zu wahren. Es widerspricht sohin rechtsstaatlichen Prinzipien, die Verfolgung dieses Gemeinwohls Partikularverbänden auch nur ergänzungsweise zu überlassen. Eine Ergänzung („complement“) ist jedenfalls dort nicht gegeben, wo damit jene Fälle abgedeckt werden, in denen öffentliche Behörden aus Gründen mangelnder Ressourcen und öffentlicher Prioritäten überhaupt keine Zwangsmaßnahmen setzen.⁶

Gerade dieser Fall demonstriert, dass es sich dabei nicht lediglich um eine „Ergänzung“ handeln kann.

Zudem ist diese Überlassung jedenfalls dort entbehrlich, wo die Wahrung und Durchsetzung dieses Gemeinwohls durch ein funktionierendes Staatswesen sichergestellt ist. Auch bei intensiver Betrachtung aller Umstände kann keine Rechtfertigung dafür erkannt werden, dass öffentliche Interessen durch kollektive Klagsformen wahrgenommen werden müssen.

Die Ziele der hoheitlichen Aufsicht einerseits und der privatrechtlichen Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen andererseits sind unterschiedlich. Eine Ergänzung kann auch nicht darin erblickt werden, dass die privatrechtliche Verfolgung der Ansprüche jedenfalls eines eigenen aktiven Handelns bedarf - unabhängig davon, ob seitens der Behörden und behandelndenfalls in welchem Umfang im konkreten Fall Maßnahmen gesetzt wurden.

Verfahrensbefugte qualifizierte Verbände sind jedoch jedenfalls im Vorhinein durch den innerstaatlichen Gesetzgeber festzulegen. Dieser hat allenfalls mit objektiven Kriterien ein Zulassungsverfahren festzulegen und allfälligen Missbräuchen der eingeräumten bevorzugten Position zu entgegnen.

Ein ad hoc Zulassungsverfahren erscheint auch im Hinblick auf die notwendige Erfahrung, Infrastruktur und vor allem die Notwendigkeit eines raschen Einschreitens für ein konkretes Verfahren zu umständlich zu sein. Die Prüfung der Einzelumstände würde zu wesentlichen Verfahrensverzögerungen führen. Einmal zugelassen, ist jedoch kein Umstand erkennbar, weswegen dieser für das spezifische Verfahren zugelassene qualifizierte Verband andere Rechte und Pflichten haben sollte, als Verbände, die unabhängig von einem speziellen Verfahren vorweg die entsprechende Berechtigung zur Vertretung erhalten haben.

Die qualifizierten Verbände sind jedenfalls zu verpflichten, ausschließlich und bestmöglich die Interessen der einzelnen Geschädigten wahrzunehmen und zu vertreten. Aufgrund der vielfältigen negativen internationalen Erfahrungen ist ihnen die auch nur ansatzweise Ver-

⁶ „Firstly it covers those cases where the public authorities, for reason of limited resources and public priorities, do not take any enforcement action, ...“ Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen, Rz 21.

folgung eigener (wirtschaftlicher) Interessen zu untersagen. Sie haben sich nicht mit dem Vehikel der Verfolgung von Einzelinteressen zum Schaden sowohl der Betroffenen als auch des Beklagten persönliche Vorteile aus derartigen Prozessen zu generieren. Ihre bevorrechtete Stellung auch im öffentlichen Interesse hat unmittelbar auch zu erhöhten Pflichten zu führen – ähnlich wie den Pflichten eines Rechtsanwalts. Es ist ihnen daher in jeder Form zu verbieten, dass ihnen der im Obsiegensfalls zugesprochene Schaden teilweise oder vollständig, direkt oder indirekt zufließt.

2.3. Zum Thema „identifizierbare Geschädigte“

Ordnungspolitische Grundlage eines Zivilrechts, das auf den allen Privatrechtssubjekten in gleicher Weise zuerkannten subjektiven Rechten beruht, ist die Freiheit der Privatrechtssubjekte, selber autonom über den Schutz ihrer individuellen Rechte und über die Durchsetzung dieser Recht im Prozess zu entscheiden. Selbst bei Verletzung fundamentaler Rechtsgüter kennt das Zivilrecht keine Legitimierung privater Verbände zur Wahrnehmung der Rechte des Einzelnen ohne Mandatierung durch den Berechtigten.⁷

Altruistische Rechtsdurchsetzung in der Prozesslandschaft für Private ohne vorherige Abtretung der individuellen Ansprüche ist dem Privatrecht fremd. Voraussetzung für Schadenersatzansprüche ist immer eine Rechtsverletzung im Sinne individueller Betroffenheit.⁸

Unabhängig davon, ob potentiell Geschädigte ihre Ansprüche durch einen Dritten geltend machen lassen (wodurch sie selber nicht Partei des Verfahrens werden) (Repräsentationsverfahren), oder potentiell Geschädigte selber ihre Ansprüche in einem sog. opt-in Verfahren verfolgen wollen, ist sicherzustellen, dass lediglich über geltend gemachte Ansprüche im Verfahren indirekt oder direkt beteiligter Personen verhandelt wird.

Nur in diesem Umfang lässt sich über die Berechtigung eines geltend gemachten Anspruchs sowohl dem Grunde als der Höhe nach entscheiden. Jene Verbandsklagen, die es ermöglichen sollen, (auch) in eher begrenzten Fällen für „lediglich“ identifizierbare Einzelpersonen (statt einer Gruppe bezeichneter Einzelpersonen) Ansprüche geltend zu machen, sind mit den kontinentaleuropäischen Rechtsgrundsätzen nicht zu vereinbaren und schon aus grundsätzlichen Erwägungen abzulehnen.

Das österreichische Zivilprozessrecht lässt nur ein bestimmt formuliertes Klagebegehren zu. Fehlt es an der Bestimmtheit des Klagebegehrens, ist die Klage gar nicht ordnungsgemäß erhoben und muss, sofern der Mangel nicht behoben wird, mit Beschluss zurückgewiesen werden.⁹ Ganz allgemein muss bei Leistungsklagen die Art und der Umfang¹⁰ ebenso eindeutig erkennbar sein, wie der Zeitpunkt der geschuldeten Leistung.¹¹ Bei Klagen auf Zahlung ist daher der geforderte Geldbetrag ziffernmäßig genau zu bestimmen.

Ausführungen im Weißbuch über das rechtliche Verhältnis zwischen einer qualifizierten Einrichtung und demjenigen, für den diese einen Anspruch geltend macht, fehlen. Es sind

⁷ Franz J. Säcker, Zur kollektiven Durchsetzung von Interessen in der deutschen Rechtsordnung – Rechtspolitische Würdigung der Verbandsklage und ihre Einordnung in das Privatrecht, in Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (Hrsg.), Kollektive Rechtsdurchsetzung – Chancen und Risiken, Internationales Symposium Bamberg 20. bis 21. Februar 2006, 227, http://www.bmelv.de/cln_044/nn_1097004/SharedDocs/downloads/02-Verbraucher-schutz/Markt/Verbraucherrechtstage/Tagungsband,templateld=raw,property=publicationFile.pdf/Tagungsband.pdf.

⁸ Franz J. Säcker, Die Einordnung der Verbandsklage in das System des Privatrechts, Rechtsgutachten erstellt dem Bundesverband der deutschen Industrie e.V. (BDI), 46, http://www.bdi-online.de/Dokumente/Verkehrspolitik/Gutachten_Verbandsklage-einseitig.pdf.

⁹ Rechberger/Klicka in Rechberger (Hrsg.), Kommentar zur ZPO³ [2006], Rz 7 zu § 226 ZPO.

¹⁰ Rechberger/Klicka in Rechberger (Hrsg.), Kommentar zur ZPO³ [2006], Rz 5 zu § 226 ZPO.

¹¹ Rechberger, Importware Class Action? in Krejci-FS II, 1845.

daher verschiedene Konstellationen denkbar. Dies kann vom reinen Auftragsverhältnis, bei dem der materiell-rechtliche Anspruch bei der Einzelperson bleibt (keine Änderung der Rechtszuständigkeit) über die Inkassoession (die Forderung bleibt „wirtschaftlich“ bei der Einzelperson) bis zur Zession i.e.S. reichen.

Wird von einem Auftragsverhältnis ausgegangen, liegt hinsichtlich einer lediglich „identifizierbaren Person“ ein Verstoß gegen das Zweiparteiensystem¹² vor und führt dies nach österreichischem Zivilprozessrecht zur Nichtigerklärung des Verfahrens und zur Zurückweisung der Klage.¹³ Klagen gegen „unbekannte Täter“ müssen mangels Parteifähigkeit des Beklagten zurückgewiesen werden.¹⁴

Die Anspruchssammlung mittels Inkassoession und Bündelung in einer Klage nach § 227 ZPO¹⁵ ist nach österreichischem Recht zulässig und wird auch als „Sammelklage österreichischer Prägung“ bezeichnet. Die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen aufgrund von Wettbewerbsverstößen ist mit diesem Instrument bereits heute zulässig.

Voraussetzung auch dieser Vorgehensweise ist jedoch, dass der geltend gemachte Anspruch tatsächlich zur gerichtlichen Geltendmachung und Einhebung abgetreten wurde, d.h., dass eine bestimmte Person mit der qualifizierte Einrichtung eine entsprechende Vereinbarung schließt. Es erfolgt die Geltendmachung der Ansprüche namentlich bekannter Personen, die auch vor Einleitung des Verfahrens durch Abtretung ihrer Ansprüche selbst initiativ werden müssen. Die Identität des rechtserzeugenden Sachverhalts muss nicht gegeben sein, wohl aber ein im Wesentlichen gleichartiger Anspruchsgrund (maßgebliche gemeinsame Grundlage). Darüber hinaus müssen im Wesentlichen gleiche Fragen tatsächlicher oder rechtlicher Natur, die die Hauptfrage oder eine ganz maßgebliche Vorfrage aller Ansprüche betreffen, zu beurteilen sein.¹⁶

Anzumerken ist, dass eine derartige Klagebefugnis nicht auf bestimmte qualifizierte Einrichtungen beschränkt ist; die in § 29 des Konsumentenschutzgesetzes¹⁷ genannten Verbände¹⁸, von denen vor allem die Bundesarbeitskammer und der Verein für Konsumenteninformation von der Klagebefugnis Gebrauch machen, sind insofern bevorzugt, als sie nach § 502 ZPO keiner Beschränkung in Rechtsmittelverfahren an den Obersten Gerichtshof in Verfahren unterliegen, in denen sie ihnen abgetretene Ansprüche geltend machen.

Der Vorschlag der Kommission, qualifizierten Einrichtungen die Möglichkeit zu eröffnen, auch für „identifizierbare“ Einzelpersonen Ansprüche geltend zu machen, führt jedoch unmittelbar zur Zulässigkeit einer opt out Verbandsklage - die Nähe zur US-amerikanischen class action ist unverkennbar.¹⁹ Die Exzesse der amerikanischen class ac-

¹² Partei des Zivilprozesses ist der, in dessen Namen (Kläger; können auch mehrere Personen sein), und der, gegen den (Beklagter; können auch mehrere Personen sein) der Rechtsschutzantrag eingebracht wird.

¹³ Fucik in Rechberger (Hrsg.), Kommentar zur ZPO³ [2006], Vor § 1, Rz 7.

¹⁴ Schubert in Fasching/Konecny², Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen II/1 [2002], Vor § 1 ZPO Rz 17.

¹⁵ Gesetz vom 1. August 1895, über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung - ZPO), RGBl. Nr. 113/1895 i.d.F. BGBl. I Nr. 7/2006.

¹⁶ OGH 4 Ob116/05w.

¹⁷ KSchG, BGBl. 140/1979 i.d.F. BGBl. I Nr. 21/2008.

¹⁸ Wirtschaftskammer Österreich, Bundesarbeitskammer, Österreichische Landarbeiterkammertag, Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Verein für Konsumenteninformation und Österreichischer Seniorenrat.

¹⁹ So auch Weidenbach/Saller, Das Weißbuch der Europäischen Kommission zu kartellrechtlichen Schadenersatzklagen, Betriebs-Berater 2008, 1022.

tions mit Streitwerten teilweise über 400 Mrd. Dollar und/oder absurden Vorwürfen werden immer wieder medial berichtet.²⁰

2.4. Zum Thema „class action“

Im Rahmen einer class action führen ein oder mehrere Betroffene auch im Namen aller potentiell Betroffenen, die im Einzelnen nicht bekannt, sondern lediglich bestimmbar sein müssen, das Verfahren. Dies führt dazu, dass die Gerichtsentscheidung für sämtliche dieser nach abstrakten Kriterien bestimmbaren Personen (z.B. für alle Konsumenten) bindend ist, dies auch dann, wenn sie sich nicht am Verfahren beteiligt haben, und sogar dann, wenn sie von dem Verfahren selbst überhaupt keine Kenntnis hatten. Einzige Möglichkeit, diesen Konsequenzen zu entkommen, ist es, sich aktiv (!) aus dem Verfahren auszuschließen.

Auch in den USA mehren sich die Stimmen, dass die Ausnutzung dieses US-Klagesystems zur Erlangung unangemessener wirtschaftlicher Vorteile führt, die bei weitem nichts mehr mit dem grundsätzlichen Aspekt eines Schadenersatzes zu tun hat. Das US-System ist missbrauchsanfällig. Im Bertelsmann/Napster-Beschluss hat auch das deutsche Bundesverfassungsgericht diesen Aspekt ausdrücklich angesprochen. Er hat – jedenfalls im Eilverfahren – schon in die Zustellung eingegriffen, weil der Beklagte durch die Anwendung publizistischen Drucks zu einem sachlich nicht gerechtfertigten Vergleich außerhalb eines rechtsstaatlich geordneten Verfahrens gezwungen werden sollte.²¹

Bei einer class action ist es i.d.R. schlicht unmöglich, das Klagebegehren (von vornherein) bestimmt zu formulieren, weil in der Klage meist nur einige wenige Kläger namentlich genannt sind und zum Zeitpunkt der Klaseinbringung keineswegs feststellbar ist, wie viele Personen und welche Personen konkret sich mit dem Klagebegehren tatsächlich identifizieren werden (was auch noch für den Entscheidungszeitpunkt gilt) bzw. welche ausdrücklich aus dem Verfahren ausscheiden. Auch wenn in class actions überhaupt eingeklagte Summen angegeben werden, findet sich daher regelmäßig der Satz: „The precise amount to be determined at trial.“²²

Da sich bei der class action die Parteistellung nicht aus der Klage zweifelsfrei ergeben muss, wäre eine Klage, bei der nicht von vornherein genau feststeht, wer aller Partei ist, nach österreichischem Zivilprozessrecht mangels Bestimmtheit als unzulässig zurückzuweisen.

Das Grundrecht auf ein faires gerichtliches Verfahren²³ erfasst auch die Gewährung des Rechts auf Gehör und gibt jedem durch eine gerichtliche Entscheidung in seinen Rechten Betroffenen (Parteien und Nebenintervenienten) das prozessuale Grundrecht, in dem zu dieser Entscheidung führenden Verfahren Gelegenheit zur Äußerung zu erhalten. Die Verfahrensbeteiligung und damit die Gewährung vollen rechtlichen Gehörs ist unabdingbare Voraussetzung dafür, dass eine Person von Entscheidungswirkungen, vor allem also von der materiellen Rechtskraft, erfasst werden kann. „Der Geltungsgrund der materiellen Rechts-

²⁰ Die Presse (13.05.2008): USA: Apartheid-Opfer lehnen 50 Großkonzerne das Fürchten – Das Oberste US-Gericht macht den Weg frei für Sammelklagen zehntausender Opfer der Rassentrennung in Südafrika. Der Streitwert über 400 Mrd. Dollar, <http://diepresse.com/home/politik/aussenpolitik/383437/index.do?from=suche.intern.portal>. ORF: Vorwurf der Verschwörung – Mit neuer Taktik wollen Umweltschützer Ölgiganten in die Knie zwingen (Vorwurf ist, dass der globale Klimawandel für die Erosion an einer Küste verantwortlich sei, weswegen die Klage gegen 24 US-Konzerne eingereicht wurde), http://orf.at/080516-25128/25131txt_story.html.

²¹ Bellinghausen/Paheenthararajah, Gegenangriff: Schadenersatzklage gegen US-Klägeranwälte wegen der Erhebung offenkundig missbräuchlicher US-Sammelklagen gegen deutsche Unternehmen, in ZIP 11/2008, 492, mit Verweis auf BVerfGE 108, 238 ff. = ZIP 2003, 1625, 1627 f.

²² Rechberger, Importware Class Action? in Krejci-FS II, 1845.

²³ Art 6 EMRK, Art 2 7. ZProtEMRK, Art 90 Abs. 2 B-VG.

kraft liegt nämlich - so die heute einhellige Meinung der österreichischen Prozessrechtslehre - gerade in der erfolgten Gehörgewährung.“²⁴

Die mitunter vorgebrachte Begründung, dass im Falle einer class action das rechtliche Gehör der Kläger nicht in dem für die Beklagtenseite (bei der die Gehörgewährung stets zuerst im Blickfeld steht) notwendigen Umfang erforderlich sei, kann keine ausreichende Rechtfertigung darstellen. Bei der Frage des Geltungsrundes der materiellen Rechtskraft ist nicht danach zu differenzieren, ob sich eine Wirkung für eine Partei positiv oder negativ darstellt.

Ganz offensichtlich wird dies in Fällen, in denen der geltend gemachte Anspruch ganz oder auch nur teilweise rechtskräftig abgewiesen wird. Ein class action Urteil entfaltet volle Rechtskraft, das ergehende Urteil bindet sämtliche Gruppenmitglieder unabhängig davon, ob sie Kenntnis von dem Verfahren hatten.²⁵

Damit erweist sich aber die Bindung von „Klassemitgliedern“, die sich nicht am Verfahren über eine class action beteiligt haben, in diesem unbekannt oder unbenannt geblieben sind und/oder niemals Kenntnis von demselben erlangt haben, an das Verfahrensergebnis aus der Sicht des österreichischen Prozessrechts als unakzeptabel.²⁶

Dieser Punkt führt jedoch auch unmittelbar in ein weiteres Kernproblem: Das Recht des Einzelnen, individuelle Schadenersatzmöglichkeiten auszuschöpfen, hat unberührt zu bleiben. Dies wird wohl auch Verfahren zu betreffen haben, in denen sich einzelnen Kläger ausdrücklich zusammenschließen (opt-in Gruppenklagen). Es ist offensichtlich, dass es eine Reihe von gerichtlichen und außergerichtlichen Möglichkeiten gibt, einen Schadenersatzanspruch zu verfolgen. Da einerseits nur derjenige einen Schadenersatz erhalten soll, der tatsächlich geschädigt wurde, und andererseits alles zu vermeiden ist, was dazu führen würde, dass der Schädiger mehrfachen Schadenersatz zu leisten verpflichtet wird, ist die Einräumung von Verfolgungsbefugnissen hinsichtlich Ansprüchen lediglich identifizierbarer Einzelpersonen auch aus diesem Grund abzulehnen.

In der allgemeinen Wahrnehmung bleiben vor allem die für kontinentaleuropäische Verhältnisse unvorstellbar hohen kolportierten Schadenersatzsummen im Gedächtnis.²⁷ Das Erpressungspotential der US-Sammelklage ist hoch, schon die bloße Klageerhebung kann irreparable Schäden auslösen. Neben den immensen Rechtsverteidigungskosten, die gemäß der American rule of costs auch im Falle des Obsiegens grundsätzlich nicht erstattungsfähig sind, wird ein immenser Vergleichsdruck aufgebaut, so dass die Erfolgsaussichten der Sammelklage völlig irrelevant sind. Man kann dies als Entrechtlichung des Verfahrens bezeichnen.²⁸

Dies betrifft vor allem über den reinen Schadenersatz hinaus „Ansprüche mit Strafcharakter“.

²⁴ Rechberger, Importware Class Action? in Krejci-FS II, 1847, mit Verweis auf etwa W. Kralik, Die Vorrage im Verfahrensrecht (1953), 124 ff; Rechberger/Oberhammer, Das Recht auf Mitwirkung im österreichischen Zivilverfahren im Lichte von Art 6 EMRK, ZJP 106 (1993), 347; Oberhammer, Richterliche Rechtsgestaltung und rechtliches Gehör (1994), 85 f; Rechberger/Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts - Erkenntnisverfahren⁶ [2003], Rz 695.

²⁵ Micklitz/Stadler, Gruppenklagen in den Mitgliedstaaten der EU und der USA, in Gabriel/Pirker-Hörmann, Massenverfahren - Reformbedarf für die ZPO?, 217 mwN.

²⁶ Rechberger, Importware Class Action? in Krejci-FS II, 1847.

²⁷ Siehe FN 20.

²⁸ Bellinghausen/Paheenthararajah, Gegenangriff: Schadenersatzklage gegen US-Klägeranwälte wegen der Erhebung offenkundig missbräuchlicher US-Sammelklagen gegen deutsche Unternehmen, in ZIP 11/2008, 493.

Der Gedanke, dass der gesetz- und/oder vertragswidrig Handelnde im zivilrechtlichen Bereich mehr zu erstatten habe, als den durch seine Handlungsweise entstandenen Schaden („punitive damages“), wird mit Blick auf das US-amerikanische Rechtssystem vermehrt in die europäische Diskussion getragen.

Seit dem Beginn des 20. Jahrhunderts galt die Überwindung des Strafgedankens im Zivilrecht als kultureller Fortschritt. Es war *communis opinio*, dass pönale Erwägungen im Privatrecht keinen Platz haben, weil sie ungerecht sind und in einem Recht unter Gleichen systemfremd, weil sie die Funktionsteilung zum Strafrecht nicht beachten und vor allem zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Geschädigten führen. Die Renaissance von Strafe oder Prävention im Privatrecht ist kein Zeichen von Rechtskultur, denn sie hat etwas Willkürliches, ja Irrationales, verletzt die Privatautonomie, insbesondere den Ausgleichsgedanken und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der ein elementares Prinzip unserer Rechtsordnung ist.²⁹

Nach § 1311 Satz 1 ABGB³⁰ trifft ein Schaden an sich denjenigen, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet.³¹ Das Schadenersatzrecht beantwortet die Frage nach der Überwälzbarkeit des Schadens, es regelt die Schadenstragung.³² Das Schadensrisiko wird dem „Täter“, also typischerweise dem unsorgfältig Handelnden, zugewiesen. Der Ausgleichsgedanke enthält zugleich ein einschränkendes Element: Die Ersatzleistung darf nicht zu einer Bereicherung des Geschädigten führen.³³ Für eine Bereicherung steht das Schadenersatzrecht nicht zur Verfügung.³⁴

Nach in Österreich herrschender und richtiger Auffassung hat der Strafgedanke im Zivilrecht keinen Platz. Der Sühnegedanke führt auf frühere und überwundene Entwicklungsstufen des Rechts zurück. Zutreffend hat man von einem „juristischen und kulturellen Atavismus“ gesprochen.³⁵

Der deutsche Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 4. Juni 1992 festgehalten, dass Amerikanische punitive damages Urteile gegen den deutschen *ordre public* verstoßen.³⁶

Bestrafung - und nichts anderes als Bestrafungen sind Zusprüche von punitive damages - ist ausschließlich Aufgabe des Staates. Er besitzt das Gewaltmonopol. Mit dem dichten Netz gesetzlicher Vorgaben, behördlicher Kontrollen und staatlicher Organe, die mit der Wahrnehmung der Allgemeininteressen betraut sind, ist weder eine Grundlage im Hinblick auf die tragenden Rechtsgrundsätze noch eine Notwendigkeit gegeben, ein wesensfremdes System derart einzuführen, dass der Einzelne zwangsweise und ohne dessen Einwilligung eine über den Schaden des Einzelnen hinausgehenden Profit gegenüber einer privaten Person zugesprochen erhält.

Die im Rahmen eines Strafverfahrens verfassungsrechtlich garantierten Rechte des Beschuldigten schützen diesen weitestgehend vor einer ungerechtfertigten strafrechtlichen Verurteilung. Dieser Schutz des Beschuldigten ist aufgrund der besonderen Verfahrensform des Strafverfahrens teilweise anders als in einem Zivilprozess, ist aber jedenfalls wesentlich umfangreicher als der des Beklagten im Zivilprozess (so kann der Richter im Strafverfahren von sich aus Beweismittel herbeischaffen lassen [§ 254 Abs. 2 StPO]) (die Liste ließe

²⁹ Honsell, Die Erosion des Privatrechts durch das Europarecht, ZIP 1472008, 626 f.

³⁰ Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, JGS Nr. 946/1811, i.d.F. BGBl. I Nr. 113/2006.

³¹ „Der bloße Zufall trifft denjenigen, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet.“

³² Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 299

³³ Harrer in Schwimann, Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch Bd 6³ [2006], Vor §§ 1293 ff Rz 4.

³⁴ OGH 14. Jänner 1999, 2 Ob 343/98z = NZ 2000, 366.

³⁵ Harrer, aaO, mwN.

³⁶ BGH 4. Juni 1992, IX ZR 149/91, A V.

sich noch wesentlich erweitern). Dieser Grundsatz der Objektivität, zu dem sowohl die Staatsanwaltschaft als auch der Richter im Strafprozess zugunsten des Beschuldigten verpflichtet sind, fehlt z.B. dem Beklagten im Zivilprozess.

Das österreichische Schadenersatzrecht sieht vor, dass bei grobem Verschulden (Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit) der Schädiger volle Genugtuung zu leisten hat, er hat also nicht nur die erlittene Beschädigung, sondern auch den entgangenen Gewinn zu ersetzen. Dabei wird das Vermögen des Geschädigten, wie es jetzt ist und wie es ohne das schädigende Ereignis wäre, betrachtet. Eine darüber hinausgehende „Genugtuung“ würde wiederum dazu führen, dass der Geschädigte mehr erhält als den tatsächlich bei ihm eingetretenen Schaden.

Die Gewinnabschöpfung kann nicht als Schadenersatzanspruch angesehen werden. Fließt der abgeschöpfte Gewinn an den Kläger, würde dieser daher mehr erhalten, als sein Schaden ausmacht. Da die Gewinnabschöpfung eindeutig Strafcharakter hat, hat diese ausschließlich zugunsten des Staates zu erfolgen. Daran mag auch der vollkommen verfehlt Ansatz nichts zu ändern, dass hinsichtlich mancher dieser Instrumente ausdrücklich festgehalten wird, dass sie keine Strafen seien. Falsa demonstratio non nocet. Es kommt nicht auf die Bezeichnung an, sondern auf die wahre Rechtsnatur. Die ausdrückliche Normierung, dass es sich nicht um eine Strafe handeln solle, ist vielmehr die normative Feststellung des Gegenteils.

In diesem Zusammenhang wird in der Literatur die Meinung vertreten, dass durch die Einführung der Möglichkeit zur Geltendmachung von punitive damages ein Anreiz zur Verfahrensführung gegeben werden soll, der bei „normalem“ Schaden nicht vorliege. Ganz abgesehen davon, dass das Schadenersatzrecht per se eine generalpräventive Wirkung hat, und die Bereitschaft, einen Schaden geltend zu machen, von unterschiedlichsten Faktoren abhängen kann, ist es im Lichte des Grundsatzes der Waffengleichheit im Zivilprozessrecht abzulehnen, dem Kläger Instrumente in die Hand zu geben, die der Beklagte nicht zur Verfügung hat.

Im Urteil Manfredi³⁷ hat der EuGH angeführt, dass die Bestimmung der Kriterien für die Ermittlung des Umfangs des Schadenersatzes in Ermangelung einschlägiger Gemeinschaftsvorschriften Aufgabe des innerstaatlichen Rechts des einzelnen Mitgliedstaats sei, wobei der Äquivalenz- und der Effektivitätsgrundsatz zu beachten seien.³⁸

Der Gerichtshof verweist weiters darauf, dass ein besonderer Schadenersatz (wie der exemplarische oder Strafschadenersatz) gewährt werden könne, wenn er im Rahmen vergleichbarer, auf das innerstaatliche Recht gegründeter Klagen zugesprochen werden könne. Nach ständiger Rechtsprechung hindere das Gemeinschaftsrecht die innerstaatlichen Gerichte jedoch nicht daran, dafür Sorge zu tragen, dass der Schutz der gemeinschaftsrechtlich gewährleisteten Rechte nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Anspruchsberechtigten führe.³⁹

Die Geldbuße nach § 29 des öst. Kartellgesetzes⁴⁰ dient nicht nur als Beugemittel der Erzwingung gebotener Handlungen, sondern verfolgt nach der Lehre auch den Zweck, begangenes Unrecht zu ahnden (Repression) und der Begehung weiterer Zuwiderhandlungen vor-

³⁷ Siehe FN 1.

³⁸ Rz 92 des Urteils.

³⁹ Rn 94 des Urteils mit Verweis u.a. auf Urteile vom 4. Oktober 1979 in der Rechtssache 238/78, Ireks-Arkady/Rat und Kommission, Slg. 1979, 2955, Rn 14, vom 21. September 2000 in den Rechtssachen C-441/98 und C-442/98, Michailidis, Slg. 2000, I-7145, Rn 31, und in der Rechtssache Courage und Crehan, Rn 30.

⁴⁰ Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz 2005 - KartG 2005), BGBl. I Nr. 61/2005 i.d.F. BGBl. I Nr. 2/2008.

zubeugen (Prävention). Damit weist sie die typischen Merkmale einer Strafe auf.⁴¹ Die Geldbuße fließt dem Bund zu und ist nach den Bestimmungen über die Eintreibung von gerichtlichen Geldstrafen einzubringen (§ 32 KartG). Nach § 30 KartG ist bei der Bemessung der Geldbuße insbesondere auf die durch die Rechtsverletzung erzielte Bereicherung Bedacht zu nehmen.

Auch im Hinblick auf die massiv gestiegenen Höhen der in Kartellangelegenheiten verhängten Geldstrafen, die - wie ausgeführt - auch den Zweck der Gewinnabschöpfung verfolgen, in Zusammenschau mit den vom Schädiger (neben dem Schadenersatz zzgl. Zinsen und Verfahrenskosten) zu tragenden internen und externen eigenen Verfahrenskosten ist die Einführung zusätzlicher Ansprüche abzulehnen. Dem Effektivitätsgrundsatz kann mit den vorhandenen rechtlichen Mitteln jedenfalls ausreichend genüge getan werden.

Am Rande ist zudem anzumerken, dass die Einführung weiterer Anspruchsmöglichkeiten zu einer massiven Steigerung der Rechtsverfolgungskosten aufgrund der höheren Streitwerte führen würde.

Die allfällige Einführung von Mechanismen kollektiven Rechtsschutzes sollte zudem - wenn überhaupt - lediglich Änderungen im Prozessrecht nach sich ziehen. Es wäre sachlich nicht gerechtfertigt, die Durchsetzung bestimmter Arten materiell-rechtlicher Ansprüche lediglich davon abhängig zu machen, dass diese in einer bestimmten Verfahrensart geltend gemacht werden, ohne dass dafür eine materiell-rechtliche Begründung ersichtlich ist. Es ist auf den ersten Blick klar ersichtlich, dass der Zuspruch bestimmter, in ihrer Wurzel individuell begründeter Ansprüche lediglich in einem Kollektivverfahren und die Zurückweisung gleichartiger Ansprüche in einem Individualverfahren sowohl innerstaatlich als auch europarechtlich jedenfalls unzulässig ist.

Ein Gruppenverfahren nach dem amerikanischen class action Modell wäre daher mit dem österreichischen (und wohl auch mit den Rechtssystemen anderer Mitgliedstaaten) nicht vereinbar.

Zu befürchten ist zudem, dass die fortgesetzte Schaffung von Sammelklagen zu einer Steigerung der Erfolgserwartungen der einzelnen Rechtsunterworfenen führt. Stellt sich so dann heraus, dass diesen Erwartungen nicht entsprochen werden kann, wird der politische Druck noch größer, Instrumente zu schaffen, um diesen künstlich geschaffenen Erwartungen doch zu entsprechen und der Teufelskreis beginnt wieder von vorne.

Sollten jedoch kollektive Rechtsschutzmechanismen eingeführt werden, haben diese einerseits sicherzustellen, dass materiell-rechtlich keine Besserstellung gegenüber der individuellen Verfolgung von Ansprüchen erfolgt, andererseits ist zu gewährleisten, dass mit angemessenen prozessrechtlichen Mitteln die verursachten Belastungen für die beklagte Partei minimiert und Missbräuche ausgeschlossen werden.

Es sind daher gewisse Mindeststandards für die Einleitung eines Gruppenverfahrens festzulegen. Die zu verhandelnden Ansprüche müssen auf dieselben Tat- und Rechtsfragen abstellen, hinsichtlich derer ein im wesentlichen gleichartiger Anspruchsgrund (maßgebliche gemeinsame Grundlage) vorliegt. Konkret wird dies wohl der Schaden aus einem bestimmten behaupteten Wettbewerbsverstoß sein.

Es haben weiters in einem opt-in Verfahren zumindest 50 Personen aktiv ihre Ansprüche zu verfolgen (= als Kläger aufzutreten). In allen Varianten haben zumindest 300 Ansprüche verfolgt zu werden. Um eine exzessive Inanspruchnahme zu verhindern, ist eine Bagatellgrenze von zumindest 500 Euro pro Anspruch einzuführen. Da es dem obsiegenden Beklag-

⁴¹ J. P. Gruber, Österreichisches Kartellrecht [2008], E 4 zu § 29 KartG 2005.

ten nicht zugemutet werden kann, einer Unzahl von Klägern gegenüber seine Kostensatzansprüche zu verfolgen, ist eine ausreichende Prozesskostensicherstellung vorzunehmen.

Bis zu einem bestimmten Verfahrenspunkt sind Beitritte zu dem Verfahren sinnvoller Weise zuzulassen. Weiter Beitritte, die insb. dazu führen können, dass hinsichtlich eines laufenden Verfahrens die Prozessaussichten beurteilt werden („Trittbrettfahrer“), sind jedoch abzulehnen.

Auch für das Gruppenverfahren selbst sind wirksame Bestimmungen über die Organisation und Vertretung der Einzelpersonen zu normieren, um eine zügige Durchführung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung der Stellung der beklagten Partei sicherzustellen.

3. Zugang zu Beweismitteln: Offenlegung von Beweismitteln zwischen den Parteien (Kapitel 3)

Nach Ansicht der Kommission sind Wettbewerbsfälle in Bezug auf die Sachverhaltsfeststellung, die Bestimmung des Schadens und die Feststellung aller kausalen Verbindungen außergewöhnlich schwierig. Viele der zentralen Beweismittel, die für die Begründung eines wettbewerbsrechtlichen Schadenersatzanspruches erforderlich seien, werden häufig geheim gehalten und seien, da sie sich in der Sphäre der Beklagten oder Dritter befänden, den Klägern nicht hinreichend bekannt.

Der allenfalls mangelnde Zugang zu Beweismitteln ist nach allgemeiner einschlägiger Erfahrung keine Eigentümlichkeit von Schadenersatzverfahren wegen Wettbewerbsverletzungen. Es ist generell davon auszugehen, dass derjenige, demgegenüber ein Anspruch geltend gemacht wird, in aller Regel die meisten und qualitativ besten Beweismittel in Händen hält. Erfahrungsgemäß ist es in aller Regel immer einfacher, einen Anspruch zu bestreiten, als einen Anspruch nachzuweisen. Dies resultiert auch aus den jeweiligen Beweislastregeln. Die Kommission stützt ihre Forderung im wesentlichen lediglich auf die Behauptung, dass die Beweislage in Wettbewerbsverfahren außergewöhnlich schwierig sei. Eine nachvollziehbare und detaillierte Begründung dieser Behauptung ist jedoch weitgehend zu vermissen.

Nach österreichischem Recht sind für die Beurteilung eines Schadenersatzanspruches allgemein die folgenden Elemente nachzuweisen: Schaden, Kausalität, Verschulden und Rechtswidrigkeit. In der gängigen Literatur herrscht kein Zweifel daran, dass bereits nach bestehender Rechtslage, deliktischer Schadenersatz zusteht, wenn ein Schaden durch eine gegen das nationale Kartellgesetz oder Art. 81 ff EGV Wettbewerbsbeschränkung hervorgerufen wird. Es handelt sich dabei um eine sogenannte Schutzgesetzverletzung gemäß § 1311 ABGB. In solchen Fällen ist der Schädiger dafür beweispflichtig, dass die subjektiven Verschuldungskomponenten allenfalls nicht vorliegen (Beweislastumkehr gemäß § 1298 ABGB). Insoweit der vermutliche Schädiger aufgrund des nationalen Schadenersatzrechtes ohnehin selber beweispflichtig ist, sind Neuerungen im österreichischen Beweisverfahren jedenfalls nicht sinnvoll.

Die Frage des Zugangs zu Beweismitteln ist auch dahingehend zu differenzieren, ob es sich bei dem Verfahren um ein „stand alone“ Verfahren - ohne vorhergehende Entscheidung einer Wettbewerbsbehörde - handelt oder um ein „follow on“ Verfahren, wo jedenfalls eine publizierte rechtskräftige Behördenentscheidung im nachfolgenden Schadenersatzprozess nutzbar gemacht werden kann. Beim „follow on“ Verfahren kann es bereits ausreichend sein, allfälligen Geschädigten eine nicht anonymisierte Fassung der rechtskräftigen Entscheidung zur Verfügung zu stellen; zu den weiteren Details verweisen wir auf unsere Ausführungen weiter unten. Vor allem bei Schadenersatzklagen, die ohne rechtskräftige Feststellungen einer Wettbewerbsbehörde eingeleitet werden, ergibt sich möglicherweise die Notwendigkeit, aufwendige Beweiszwischenverfahren zu erfinden, um den Klägern un-

bekannte aber für ihre Antragstellung hilfreiche Dokumente zur Verfügung zu stellen. Aus Sicht der österreichischen Wirtschaft wäre es daher sinnvoll in einem ersten Schritt die leichter zu lösenden Fragen um die Notwendigkeit von „follow on“ Verfahren zu klären. Sollte dann noch ein sinnvoller Restbedarf an Schadenersatz gegeben sein, könnten effektive und verhältnismäßige Methoden für „stand alone“ Verfahren entwickelt werden.

Spezielle Regelungen in Bezug auf die Offenlegung von Beweismitteln in diesen Schadenersatzverfahren sind, wenn überhaupt, nur in sehr engem Umfang sachlich gerechtfertigt.

Zu Recht wird betont, dass mit einer derartigen Vorgehensweise die Gefahr weitreichender externer Effekte droht, wie unerlaubter „Beweisfischzug“ (Ausforschung), Erpressung durch uferlose Herausgabeforderungen, prozessualer Missbräuche und exzessiver Kosten. De facto wird mit derartigen Maßnahmen die beklagte Partei konfrontiert werden. Die prozessrechtliche Bevorzugung gegenüber sonstigen Ansprüchen müsste zudem aus sachlichen Erwägungen wohl auch in Einzelverfahren gelten, wodurch das Ungleichgewicht zwischen Geltendmachung und Abwehr eines potentiellen Anspruchs sowie zwischen klagender und beklagter Partei massiv verschärft wird.

Die von der Kommission vorgeschlagene Vorgehensweise erscheint grundsätzlich nicht geeignet, noch nicht aufgedeckte Wettbewerbsverstöße derart aufzudecken, dass die inhaltlichen Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Auskunftsbegehrens erfüllt werden können. Im Rahmen von Schadenersatzklagen in Folge behördlich festgestellter Wettbewerbsverstöße („follow on“ Verfahren) ist die vorgeschlagene Vorgehensweise nicht angebracht, da der Kläger aufgrund des behördlichen Verfahrens alle notwendigen Informationen damit anderweitig besorgen können soll. Zudem verbleibt die Formulierung „similar cases based on the infringement of national law“ unklar.

Die Übernahme entsprechender US-amerikanischer Verfahrensvorschriften durch die Kommission ist auch in diesem Punkt unverkennbar (System der discovery). Dieses Prozessrecht räumt den Parteien das Recht ein, sowohl vom Gegner als auch von Dritten die Herausgabe sämtlicher Beweismittel zu verlangen. Einerseits drohen damit Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse offengelegt zu werden, die allenfalls sogar mit dem Verfahren selbst oft überhaupt keinen Zusammenhang haben und allenfalls sogar als Grundlage weiterer Verfahren dienen. Andererseits sind damit erhebliche Kosten für den Herausgabepflichtigen verbunden, ohne dass dieser die Möglichkeit hat, die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der angeforderten Beweismittel für den Aufforderer zu relevieren. Zur Illustration ist anzumerken, dass derartige Verfahren häufig Ausmaße annehmen, die über die Erstellung und den Betrieb eines Datenraums im Rahmen einer legal due diligence hinausgehen. Dadurch wird möglicherweise der Betrieb des Unternehmens über einen beachtlichen Zeitraum schwer beeinträchtigt. Allein das kann schon den Ruin eines Unternehmens bedeuten. Mitunter werden derartige Vorgehensweisen auch dazu verwendet, Unternehmen Vergleiche abzunötigen („discovery blackmail“).

Wenn daher die Vorschläge der Kommission weiter verfolgt werden, ist jedenfalls

- Verhältnismäßigkeit zu wahren,
- Missbrauch gerichtlich abzustellen,
- die Geheimhaltung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen sowie die Einhaltung sonstiger beruflichen Verschwiegenheitspflichten sicherzustellen und
- der Beweisführer im Falle des Unterliegens zu verpflichten, die angemessenen Kosten der Auskunftserteilung und Urkundenvorlage zu ersetzen.
- Der Missbrauch erlangter Dokument hat überdies Schadenersatzpflichten auszulösen.

Die Offenlegung von Beweismitteln hat auch inhaltlich beschränkt zu werden und der Verhältnismäßigkeit zu entsprechen. Z.B. haben Beweismittelausfolgungen über verbindlich zugestandene Tatsachen ebenso zu unterbleiben, wie über sog. negative Tatsachen („negativa non sunt probanda“). In Zweifelsfällen ist dem Gericht Einsicht zu gewähren, das über die Prozessrelevanz ohne Hinzuziehung der den Beweis führenden Partei endgültig zu entscheiden hat.

Anzumerken ist, dass die österreichische ZPO in den §§ 303 bis 307 entsprechende Vorschriften über die Vorlegung von Urkunden durch den Gegner enthält. Aufgrund des weiten Urkundenbegriffs der ZPO ist damit schon jetzt dieser Ansatz vollkommen umgesetzt. Die österreichische Rechtsprechung hat darüber hinaus generell anerkannt, dass einstweilige Verfügungen auch zur Sicherung von Beweismitteln erlassen werden können.⁴²

Eine Bevorzugung dahingehend, dass Kronzeugen besondern Schutz genießen sollen, ist nicht gerechtfertigt. Das hoheitliche Interesse an einer Sachverhaltsaufdeckung, das mitunter durch eine Gegenleistung erkaufte wird, hat keinerlei negative Auswirkungen auf das auf privater Ebene angesiedelte Schadenersatzrecht zu haben. Problematisch wäre es jedenfalls, wenn ein Kronzeuge vor Schadenersatzansprüchen geschützt würde, wenn gerade dieser den größten Schaden aus dem Wettbewerbsverstoß zu verantworten hätte. Eine „öffentliche“ Bevorzugung zu Lasten der privatrechtlich Geschädigten widerspricht der Privatrechtsordnung als Grundordnung der Gesellschaft.

Die Verpflichtung zur Offenlegung von Beweismitteln durch Dritte ist abzulehnen, insofern und insoweit diese nicht auf freiwilliger Basis oder aufgrund einschlägiger materiellrechtlicher Verpflichtungen vorgenommen wird. Eine derartig weitreichende Befugnis würde einen sachlich nicht gerechtfertigten Eingriff in das Grundrecht auf Unverletzlichkeit des Eigentums darstellen. Schon die Offenlegung zwischen den Prozessparteien ist an strenge Voraussetzungen geknüpft, der Dritte ist wesentlich schutzwürdiger. Das ausufernde Bestreben, Informationen zu erhalten, darf nicht dazu führen, in das freie Verfügungsrecht des Inhabers von Urkunden einzugreifen.

Der Dritte ist nicht Verfahrenspartei, daher haben alle Überlegungen dahingehend, dass der Richter bei der Entscheidung über einen Offenlegungsauftrag vorweg die Wahrscheinlichkeit zu berücksichtigen habe, dass dieser Dritte jener ist, der den Wettbewerbsverstoß begangen hat, vollkommen zu unterbleiben. Wir befinden uns in einem derartigen Verfahren weder in einem Strafverfahren, noch in einem Inquisitionsprozess.

Sollte jedoch an der Verpflichtung zur Offenlegung festgehalten werden, dann hat der Dritte jedenfalls das Recht zu erhalten,

- die Vorlage aus Gründen der Unzumutbarkeit zu verweigern, insb.
- die Vorlage aus den selben Gründen zu verweigern, aus denen es unzulässig ist, ihn als Zeugen zu befragen,
- die Vorlage aus den selben Gründen zu verweigern, aus denen er berechtigt ist, sich als Zeuge der Aussage zu entschlagen, und
- einen angemessenen Ersatz für seinen Aufwand zu erhalten.

Über diese Rechte ist der Dritte vorweg zu belehren.

Hinsichtlich der Beweismittellage bei Vorliegen einer behördlichen Entscheidung und der auf dieser aufbauenden Zivilklage erstaunen die Ausführungen der Kommission. Pauschal wird die Behauptung aufgestellt, dass die Beweisstücke der Verfahren der Wettbewerbsbe-

⁴² Kodek, in Angst (Hrsg.), Kommentar zur Exekutionsordnung [2000], Rz 6 zu § 381 EO mwN.

hörden keine äquivalente Alternative darstellen können, die geeignet seien, die strukturellen Defizite hinsichtlich des Beweismittelzugangs zu beheben.⁴³

Ganz abgesehen davon, dass dies in der behaupteten Bandbreite wohl offensichtlich nicht zutreffend ist, wird wohl die Offenlegung der Beweismittel nicht vollkommen einseitig zu verstehen sein. Voraussetzung der Offenlegung soll unter anderem auch der Nachweis des Beweisführers sein, dass er nach Überzeugung des Gerichts nachgewiesen hat, dass es ihm unter vernünftigerweise zumutbaren Anstrengungen nicht möglich (gewesen) ist, die für eine Begründetheit der Klage weiterhin erforderlichen Beweise anderweitig beizubringen. Dazu zählen auch die Akteneinsichtsrechte gegenüber den nationalen und europäischen Behörden.

Einseitigkeit ist der Kommission insoweit vorzuwerfen, als sie sogar ausdrücklich ausführt, dass es wichtig sei, zu betonen, dass nach Ansicht der Kommission Art 255 EG und die Richtlinie 1049/2001 keine angemessene Rechtsgrundlage für den Zugang zu Beweismitteln für die Verfolgung der Ansprüche darstelle.⁴⁴

Entsprechende Rechte sind jedenfalls - soweit nicht ohnedies normiert - sicherzustellen.⁴⁵ Denn es kann wohl nicht gerechtfertigt sein, einerseits maßgeblich in die Rechte Einzelner einzugreifen, andererseits Beweismittel, die in öffentlicher Hand liegen und durch Steuer-gelder erarbeitet und zusammengetragen wurden, von der weiteren Verwendung im Rahmen eines Nachfolgeprozesses auszunehmen. Nach § 301 ZPO hat das Gericht über Antrag einer Partei die Beischaffung einer Urkunde zu veranlassen, die sich bei einer öffentlichen Behörde befindet.

Die Verbesserung der Rechtsverfolgung und -verteidigung (!) im Rahmen der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen für Wettbewerbsverstöße hat auch alle verfahrensrelevanten Behördendokumente zu umfassen. Gegenteilige - nach unserer Auffassung jedenfalls unrichtige - Meinungen würden - spitz formuliert - dazu führen, dass die sog. follow-on Klagen zu unrecht diese Bezeichnung führen, da keinerlei Grundlage vorhanden ist, auf welcher „follow-on“ betrieben werden kann. Der Spruch im Verfahren wird wohl selten ausreichen. Vor der Einräumung der Einsichtnahme in Akten der Wettbewerbsbehörden ist aber zu prüfen, ob eine Offenlegung der vollen rechtskräftigen Entscheidung dh mit nicht-anonymisierter Begründung für den Folgeprozess nicht regelmäßig ausreichen könnte.

Stellt der Spruch im Vorverfahren fest, dass der Wettbewerbsverstoß nicht oder hinsichtlich bestimmter Vorwürfe nicht vorliegt, ist zu überlegen, die allfällige Beischaffung dieses Akts bzw. der entsprechenden Aktenteile nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Betroffenen zuzulassen. Ein rechtliches Interesse in einem Nachfolgeprozess an einer derartigen Aktenvorlage ist nicht erblickbar.

Voraussetzungen für die Verpflichtung des Prozessgegners, über Antrag des jeweiligen Beweisführers (unabhängig davon, ob er Kläger oder Beklagter ist) Beweismittel offenzulegen, müssen im Gegensatz zu den einseitigen Ausführungen der Kommission im Weißbuch⁴⁶ sein:

- das Vorbringen aller Tatsachen und die Darlegung aller Beweismittel, die dem Beweisführer zugänglich sind;

⁴³ Rz 90.

⁴⁴ Rz 104.

⁴⁵ Allenfalls auch im Rahmen des soeben von der Kommission vorgelegten Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission.

⁴⁶ S 5.

- diese haben unter Berücksichtigung des Vorbringens des Prozessgegners plausible Gründe für den jeweiligen Prozessstandpunkt zu enthalten;
- der nach Überzeugung des Gerichts geführte Nachweis des Beweisführers, dass es ihm unter vernünftigerweise zumutbaren Anstrengungen nicht möglich (gewesen) ist, die für eine Begründetheit seines Vorbringens weiterhin erforderlichen Beweise anderweitig beizubringen;
- die möglichst genaue und vollständige Angabe der konkreten Beweismittel, für die die Offenlegung beantragt wird;
- die Überzeugung des Gerichts, dass die beantragte Offenlegung für den konkreten Rechtsstandpunkt des Beweisführers erheblich, erforderlich und die Offenlegung auch in Bezug auf das Vorbringen des Prozessgegners verhältnismäßig ist.

Die Auffassung der Kommission, dass die Bezeichnung der verschiedenen Kategorien von Beweismitteln (dritter Unterpunkt), für die eine Offenlegung beantragt werde, reiche, ist abzulehnen. Nach der österreichischen Prozessordnung sind als Kategorien von Beweismitteln anerkannt: Urkunden, Zeugen, Sachverständige, Augenschein und Vernehmung der Parteien.⁴⁷ Es ist daher leicht nachvollziehbar, dass es jedenfalls nicht verhältnismäßig sein kann, wenn es für den Beweisführer reichen darf, lediglich die Offenlegung der Beweiskategorie „Urkunden“ zu verlangen. Es ist auch den Ausführungen der Kommission zu unterstellen, dass diese Tragweite des Ausdrucks „Kategorie von Beweismitteln“ nicht gemeint wurde. Dies wird auch durch die weiteren Erläuterungen der Kommission dargestellt.

Entgegen der Ansicht der Kommission⁴⁸ ist davon auszugehen, dass generell nur Urkunden (im weiten Sinne verstanden, inkludiert z.B. auch Bild-, Ton- und Datenträger⁴⁹) einer Offenlegung zugänglich sein werden. Eine Offenlegung eines Zeugen, einer Partei etc. ist denkbarmöglich.

Das Gericht selbst ist nach allgemeinen prozessrechtlichen Prinzipien grundsätzlich an das Vorbringen und die Beweisanbote der Parteien gebunden. Da im Schadenersatzprozess über privatrechtliche Ansprüche gestritten wird, über die die Parteien privatautonom disponieren können, herrscht im österreichischen Prozess weitgehend der Dispositionsgrundsatz: Die Parteien können über den Streitgegenstand frei verfügen. Dies äußert sich unter anderem darin, dass sie durch ihre Sachanträge den Gegenstand der gerichtlichen Verhandlung und Entscheidung bestimmen (ne eat iudex ultra petita partium), und dahin, dass sie über den Streitgegenstand durch Klage, Anerkenntnis, Verzicht, Klagszurücknahme und Vergleich disponieren können.⁵⁰ Da die Parteien allfälligen Anregungen und Anleitungen des Gerichts nicht folgen müssen, bleiben letztendlich sie die „Herren“ der Stoffsammlung.⁵¹

Die oben genannten Voraussetzungen zur Offenlegung sollen daher nicht dadurch umgangen werden, dass das Gericht aus eigenem die Offenlegung verfügt. Eine derartige Verfügung hat daher nur dann zulässigerweise zu erfolgen, wenn die oben genannten Voraussetzung allesamt erfüllt sind.

Zusammenfassend ist daher anzumerken, dass die Verpflichtung zur Offenlegung von Beweismitteln durch den Prozessgegner lediglich das letzte Mittel darstellen darf. Eine Änderung der Behauptungs- und Beweislast sowie eine Abschwächung des Beweismaßes dürfen jedoch weder mit diesen noch mit anderen Maßnahmen verbunden sein.

⁴⁷ Rechberger/Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts - Erkenntnisverfahren⁶ [2003], Rz 616.

⁴⁸ Rz 110 ff.

⁴⁹ Rechberger/Simotta, aaO, Rz 617.

⁵⁰ Rechberger/Simotta, aaO, Rz 267.

⁵¹ Fasching in Fasching/Konecny², II/1, Einl 16.

Eine allfälliges (temporäres) Recht einer Prozesspartei oder sonstiger beteiligter Dritter, einer Offenlegungsverpflichtung nicht nachkommen zu müssen, da Untersuchungsfortschritte der Behörden mit einer derartigen Offenlegung gefährdet werden würden, führt gezwungenermaßen zur Frage der Abwägung der jeweiligen Interessen. Die praktische Relevanz einer derartigen Konstellation ist fraglich, da in aller Regel die öffentlich-rechtlichen Verfahren hinsichtlich des Vorwurfs von Wettbewerbsverstößen vor Einleitung eines Schadenersatzprozesses abgeschlossen sein dürften.

Hinsichtlich eines zum Zeitpunkt der Aufforderung als eigenständig zu bezeichnenden Zivilverfahrens wird allenfalls mit einer Prozessunterbrechung das Auslangen gefunden werden können, was schon aus prozessökonomischen Gründen auch aufgrund der noch darzulegenden Bindungswirkung derartiger Entscheidungen sinnvoll erscheint. Fragwürdig ist allerdings eine allfällige Bindung des Gerichts an eine Mitteilung einer Ermittlungsbehörde.

4. Bindungswirkung von Entscheidungen nationaler Wettbewerbsbehörden (Kapitel 4)
Die einschlägige kartellrechtliche Literatur in Österreich⁵² geht bereits jetzt von einer Bindungswirkung innerstaatlicher kartellgerichtlicher Entscheidungen, sowie solcher der Europäischen Kommission - in gewissen Grenzen - aus; im Gegensatz dazu gestaltet sich die Bindung an die verwaltungsrechtlichen Entscheidungen ausländischer Wettbewerbsbehörden als schwierig, wenn sie in der Praxis jedoch de-facto Bedeutung für die Zivilgerichte haben werden.

5. Verschuldenserfordernis (Kapitel 5)

Dass eine rechtswidrige Handlung oder Unterlassung die Verpflichtung zum Ersatz des verursachten Schadens nach sich zieht, ist in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten als allgemein geltender Grundsatz verankert. Das Schadenersatzrecht regelt, unter welchen Voraussetzungen ein Geschädigter für einen Schaden von jemandem anderen Ersatz verlangen kann.

Der Standpunkt der Kommission jedoch, dass die Haftung aufgrund eines Wettbewerbsverstoßes an kein Verschuldenserfordernis geknüpft sein sollte⁵³, mutet jedoch etwas seltsam konstruiert an. Er legt jedoch den Verdacht nahe, dass die Kommission die im innerösterreichischen Recht gegebene strenge Unterscheidung zwischen Rechtswidrigkeit und Verschulden nicht in der gebotenen Schärfe als beachtenswert ansieht.

Einerseits wird die Rechtswidrigkeit des Verhaltens gegeben sein, wenn es gegen Gebote oder Verbote der Rechtsordnung, im speziellen des Wettbewerbsrechts, verstößt. Für die Haftung aus Vertrag ist vertragswidriges Verhalten rechtswidrig (§ 1295 ABGB). Da - wie bereits ausgeführt - die Wettbewerbsvorschriften Schutzgesetze im Sinne des § 1311 ABGB darstellen, besteht zudem ein besonderer Schutz der betroffenen Personengruppen. In der Praxis wird daher in der Regel davon auszugehen sein, dass bei Vorliegen der Rechtswidrigkeit aufgrund eines Gesetzesverstoßes auch ein Verschulden gegeben ist. Die praktische Relevanz der Diskussion ist aus österreichischer Sicht daher eher theoretischer Natur. Sie sollte jedoch im Hinblick auf die bestmögliche Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsordnung nicht außer Acht gelassen werden.

Ein Abgehen vom Erfordernis des Verschuldens würde zu einer sog. Nichtverschuldenshaftung führen. Diese verzichtet grundsätzlich auf das Kriterium des Verschuldens als Haftungsvoraussetzung. Aber auch die Rechtswidrigkeit entfällt dabei als Haftungsvoraussetzung, denn der „gefährliche Betrieb“ und eine daraus erfolgende Schädigung wird nicht

⁵² Primus/Solé, Zur Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen, Festschrift Eckhard Hermann, OZK Sonderheft 2008, S.15 ff.

⁵³ Nur bei einem genuin entschuldabaren Irrtum soll die Haftung ausgeschlossen sein.

rechtswidrig zugefügt.⁵⁴ Dieses Fehlen eines Verschuldenserfordernisses führt jedenfalls dort zu einer unangemessenen Bevorzugung des Klägers, wo kein „gefährlicher Betrieb“ gegeben ist.

Andererseits interpretiert die Kommission die Urteile des EuGH *Brasserie du Pêcheur*⁵⁵ und *Manfredi*⁵⁶ in einer recht einseitigen Art und Weise. Im Urteil *Manfredi* wird ausdrücklich darauf abgestellt, dass der Schaden aus einem wettbewerbswidrigen Vertrag oder Verhalten resultiert - sohin eine Rechtswidrigkeit vorliegt. Das Nichtabstellen auf ein Verschuldenserfordernis in diesem Urteil sagt noch bei weitem nichts darüber aus, dass auf ein derartiges innerstaatliches Erfordernis nach Ansicht der EuGH keinerlei Rücksicht zu nehmen ist. Auch die Tatsache, dass ein rechtswidriges Verhalten vorliegen muss, um Schadenersatzpflichten auszulösen, wird - als offensichtlich selbstverständlich - unerwähnt vorausgesetzt.

Schäden aus Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht weisen im Vergleich zu anderen Schäden aus Gesetzes- oder Vertragsverletzungen keinerlei Besonderheiten auf, die eine bevorzugte „Behandlung“ in dem von der Kommission vertretenen Ausmaß rechtfertigen vermögen.

Das Abgehen von allgemeinen Prinzipien des österreichischen Schadenersatzrechts, zu dem auch die grundsätzliche Notwendigkeit des Verschuldens als Voraussetzung für die Pflicht zur Leistung eines Schadenersatzes zählt, ist abzulehnen.

Gerade auch die gesetzliche Regelung der Beweislastumkehr des § 1298 ABGB, nach der eine Partei, die eine Vertragsverletzung objektiv zu vertreten hat, den Beweis erbringen muss, dass sie an der Vertragsverletzung kein Verschulden trifft, illustriert die Tatsache, dass eine Änderung der geltenden Rechtslage nicht notwendig ist, um geschädigte Personen besser zu schützen. Auch bei der Verletzung eines Schutzgesetzes trägt der Schädiger die Beweislast dafür, dass ihn an der Übertretung des Schutzgesetzes kein Verschulden trifft.⁵⁷ Der Schädiger wird jedoch in aller Regel keine Möglichkeit besitzen, zu beweisen, dass er an der Gesetzes- und/oder Vertragsverletzung kein Verschulden hat.

Aus der irrigen Annahme, dass eine verschuldensunabhängige Haftung für Schäden aus Wettbewerbsverstößen gegeben sein soll, würde folgen, dass inhaltlich eine Gefährdungshaftung vorliegt. Kern derselben ist jedoch eine Haftung für eine Tätigkeit, die das Gesetz erlaubt, die jedoch mit besonderen Gefahren verbunden ist. Grundgedanke dieser Art der Haftung ist der Umstand, dass derjenige, der sich zu seinem Nutzen einer gefährlichen Sache bedient, zum Ausgleich dafür auch die durch die Verwirklichung der Gefahr entstehenden Schäden tragen soll.⁵⁸

Es darf davon ausgegangen werden, dass auch die Kommission davon ausgeht, dass unternehmerisches Handeln per se keine systemimmanente Gefährlichkeit - vergleichbar mit dem Betrieb eines Kraftfahrzeugs oder eines Atomkraftwerks - darstellt.

Auch die von der European Group on Tort Law erarbeiteten Grundsätze eines Europäischen Deliktsrechts⁵⁹ umfassen verschiedene Grundlagen der Haftung. Diese sind die Haftung we-

⁵⁴ Barta (Hrsg.), *Zivilrecht - Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken*, Kapitel 9, B, I, 1, http://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/kap9_0.xml?section-view=false.

⁵⁵ EuGH 5. März 1996, *Brasserie du Pêcheur SA gegen Bundesrepublik Deutschland und The Queen gegen Secretary of State for Transport*, ex parte: *Factortame Ltd u.a.*, C-46/93 und C-48/93.

⁵⁶ Siehe FN 1.

⁵⁷ Harrer in Schwimann, *Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch Bd 6³* [2006], Rz 22 zu § 1298.

⁵⁸ Koziol/Welser, *Grundriss des bürgerlichen Rechts II*¹³ [2007], 300.

⁵⁹ <http://www.egtl.org/>

gen Verschuldens („Wer vorsätzlich oder fahrlässig den erforderlichen Sorgfaltsmaßstab verletzt, haftet wegen Verschuldens“ [Art. 4:101]), die Gefährdungshaftung sowie die Haftung für andere. Eine verschuldensunabhängige Haftung wird nur für (außergewöhnlich) gefährliche Aktivitäten formuliert. Eine verschuldensunabhängige Haftung für gewöhnliches Handeln ist sohin auch im europäischen Kontext gesehen wesensfremd.

Die aufgezeigten Punkte weisen nach, dass das innerösterreichische Rechtssystem auch ohne Aufgabe des Verschuldensanfordernisses verlässlich dazu geeignet ist, die Verfolgung berechtigter Schadenersatzansprüche von Geschädigten aufgrund von Wettbewerbsverstößen sicherzustellen. Dem Effizienzgebot wird vollinhaltlich Genüge getan.

6. Schadenersatz (Kapitel 6)

Wichtigstes Leitprinzip des Weißbuchs sei das Ziel einer vollständigen Entschädigung. Nach Ansicht der Kommission sei zudem Leitprinzip, dass für eine wirksamere Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen ein genuin europäischer Rechtsrahmen erforderlich sei.^{60, 61}

„Der Anspruch auf vollständige Entschädigung erstreckt sich somit nicht nur auf die Verluste (damnum emergens) aufgrund wettbewerbswidriger Preisaufschläge, sondern auch auf den entgangenen Gewinn (lucrum cessans) aufgrund von Umsatzeinbußen und beinhaltet auch den Anspruch auf Zinsen.“⁶²

In erstaunlicher Schlichtheit führt die Kommission in diesem Punkt dann weiter aus, dass sie vorschläge, den derzeitigen gemeinschaftlichen Besitzstand (acquis communautaire) zum Umfang des Schadenersatzanspruchs zu kodifizieren.

Entgegen den zitierten Ausführungen des Weißbuchs („vollständige Entschädigung“, damnum emergens, lucrum cessans und Zinsen) wird im Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen als *acquis communautaire* (!) festgehalten, dass Opfer von Verstößen gegen das EU Wettbewerbsrecht das Recht auf besonderen Schadenersatz haben, wie z.B. verschärften oder Strafschadenersatz, wenn und insoweit ein derartiger Schadenersatz nach dem nationalen Wettbewerbsrecht zugesprochen werden kann.⁶³

Unter Verweis auf das Urteil Manfredi⁶⁴ wird als wichtig herausgestrichen („... it is important to note that ...“), dass das Gericht Strafschadenersatz nicht als Verstoß gegen den Europäischen *ordre public* betrachtet habe.

Es mag zwar verständlich sein, dass die Kommission diese Behauptung zur Stützung ihrer Ausführungen aufstellt. Diese Behauptung ist jedoch weder richtig, noch macht der Verweis der Kommission auf das Gerichtsurteil diese Behauptung richtiger - sie ist und bleibt schlicht und einfach unrichtig.

Tatsächlich hat das Gericht in diesem Urteil festgehalten, dass die Bestimmung der Kriterien für die Ermittlung des Umfangs des Schadenersatzes in Ermangelung einschlägiger Gemeinschaftsvorschriften Aufgabe des innerstaatlichen Rechts des einzelnen Mitgliedstaats sei, wobei der Äquivalenz- und der Effektivitätsgrundsatz zu beachten seien. Ein besonderer Schadenersatz wie der exemplarische oder Strafschadenersatz müsse gewährt werden können, wenn er im Rahmen vergleichbarer, auf das innerstaatliche Recht gegründeter

⁶⁰ Punkt 1.2.

⁶¹ Angemerkt werden darf jedoch in diesem Zusammenhang, dass die Kompetenz der EU zum Erlass der vorgeschlagenen materiellen und prozessualen Regelungen für Schadenersatzklagen auf dem Gebiet des Privatrechts wiederholt bestritten wird (so vom Centrum für Europäische Politik [CEP], siehe <http://www.cep.eu/610.html>).

⁶² Weißbuch, Punkt 2.5.

⁶³ Rz 190.

⁶⁴ Siehe FN 1.

Klagen zugesprochen werden könne. Nach ständiger Rechtsprechung hindere das Gemeinschaftsrecht die innerstaatlichen Gerichte jedoch nicht daran, dafür Sorge zu tragen, dass der Schutz der gemeinschaftsrechtlich gewährleisteten Rechte nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Anspruchsberechtigten führe.⁶⁵

Der Europäische Gerichtshof hat jedoch keine dezidierte Aussage über das Verhältnis des Strafschadenersatzes zum *ordre public* getroffen.

Bereits in den Ausführungen zu Kapitel 2 wurde ausführlich zu der Thematik des Strafschadenersatzes Stellung genommen.

Da offensichtlich das *acquis communautaire* einen Strafschadenersatz ermöglichen soll, ist jeder Ansatz einer Kodifikation in diesem Umfang abzulehnen. Das Argument des Verweises auf einzelstaatliches Recht aufgrund der Absenz von Regelungen durch das EU-Recht ist dort verfehlt, wo eben dieses EU-Recht geschaffen werden soll.

Der Schadenersatz aufgrund von Verstößen gegen das EU-Wettbewerbsrecht hat sich ausschließlich auf die Verluste (*damnum emergens*) aufgrund wettbewerbswidriger Preisaufschläge, auf den entgangenen Gewinn (*lucrum cessans*) aufgrund von Umsatzeinbußen und den Anspruch auf Zinsen zu erstrecken.

Alles darüber hinaus wäre mehr als Schaden, alles darüber hinaus wäre eine bleibend rechtswidrige Bereicherung. Die Aufgabe der Bestrafung für wettbewerbsrechtswidrige Handlungen und Verhaltensweisen ist und bleibt Aufgabe der Wettbewerbsbehörden und allenfalls der Strafgerichte.

Schadenersatzrecht ist immer noch anerkannter Maßen ein Teilbereich des Schuldrechts und somit des Privatrechts. „Belohnungen“⁶⁶ aller Art, um Opfer zur Klagseinbringung zu ermutigen, sind dem Privatrecht wesensfremd und würden im Prozessrecht zu einer nicht mehr wettzumachenden Verzerrung der Waffengleichheit der Parteien führen. Wie stellt sich die Kommission eine ähnliche „Belohnung“ vor, wenn der festgestellte Maßen zu unrecht Beklagte auch eine derartige „Belohnung“ erwartet? Zweifelsohne sind auch in diesem Punkt Anleihen an der *class action* genommen worden. Allfällige Überlegungen weiterer Erleichterungen prozessualer Art haben jedenfalls nichts mit der Definition des Schadens zu tun zu haben!

Erst nach der exakten Definition des Schadens⁶⁷ (mit der Konsequenz, dass damit ein Element der Prüfung eines allfälligen Anspruchs dem Grunde nach definiert wird) kann vernünftigerweise der Problemkreis der Berechnung des Schadens der Höhe nach angegangen werden.

Auffallend ist jedoch in diesem Punkt, dass hinsichtlich der Berechnung der Schadenshöhe die Kommission selbst nicht auf einzelstaatliche Mechanismen zurückgreifen will. Den Vorwurf des Ungleichgewichts – auf der einen Seite im Hinblick auf die Definition des Schadens das Abstellen auf einzelstaatliche Aspekte, auf der anderen, wesentlich weniger wichtigen Seite im Hinblick auf die Berechnungsmethode der Höhe des Schadens das Erstellen von (tatsächlich keineswegs nicht verbindlichen) Berechnungsregeln – wird sich die Kommission wohl gefallen lassen müssen.

Schwierigkeiten in der exakten Berechnung der Schadenshöhe sind allgemein und nicht unbedingt nur im Bereich des Wettbewerbsrechts gegeben. Im österreichischen Zivilpro-

⁶⁵ Urteil Manfredi (siehe FN 1), Rn 92 ff.

⁶⁶ „incentives“, siehe Rz 195.

⁶⁷ So normiert § 1293 ABGB ausdrücklich, dass der entgangene Gewinn vom Schaden zu unterscheiden sei.

zessrecht besitzt der Richter freies Ermessen zur Festlegung der Höhe des zu ersetzenden Betrages, wenn die Höhe „...nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu erbringen ist“ (§ 273 ZPO). Daher besteht hier keine Regelungsnotwendigkeit.

7. Schadensabwälzung (Kapitel 7)

Die Schwierigkeiten, innerhalb einer Vertragskette weitergereichte Sach- und/oder Rechtsmängel des Vertragsgegenstands geltend zu machen, sind bekannt, jedoch keineswegs auf den Bereich von Schäden wegen wettbewerbswidrigen Verhaltens beschränkt noch in diesem im Vergleich außerordentlich problematisch.

Kennzeichnend ist, dass der Schaden resultierend aus einem Wettbewerbsverstoß meist nicht vom unmittelbaren Vertragspartner des Schädigers getragen wird. Jener Vertragspartner (z.B. Händler), der für die Leistung des Schädigers einen aufgrund des Wettbewerbsverstoßes zu hohen Preis bezahlt, wird diese Leistung mit einem aus dem Wettbewerbsverstoß resultierenden zu hohen Preis wiederum an seinen Abnehmer weiterreichen. Dieser Vertragspartner wird daher keinen Schaden erlitten haben.

Die Abwicklung von Ansprüchen aus derartigen „weitergereichten“ Schäden hat richtigerweise derart zu erfolgen, dass einerseits der tatsächlich Geschädigte den ihn tatsächlich treffenden Schaden ersetzt erhält und andererseits weder eine ungerechtfertigte Bereicherung noch eine Mehrfachbelastung eintritt.

Die inhaltlichen Widersprüche im System bestehen fort. Möchte z.B. ein Händler einen Schadenersatz gegenüber demjenigen geltend machen, von dem er die Leistung bezogen hat, wird er beweisen müssen, dass ihm tatsächlich ein Schaden entstanden ist, den er nicht weitergegeben hat. Wird er selber jedoch auf Schadenersatz geklagt, wird er beweisen müssen, dass dem Kläger kein Schaden entstanden ist, da dieser den Schaden abgewälzt hat.

Die Einzelheiten der konkreten gerichtlichen Geltendmachung derartiger Ansprüche bleiben im wesentlichen unklar, weswegen davon ausgegangen wird, dass derartige Konstruktionen nach den einzelstaatlichen Normen zu lösen sein werden.

8. Verjährung (Kapitel 8)

Wesentlich für Verjährungsregeln sind einerseits Festlegungen hinsichtlich des Beginns der Verjährung, andererseits Festlegungen über die Dauer der Verjährungsfrist. Diese sollen den Erfordernissen der Rechtssicherheit, der Praktikabilität und der wirtschaftlichen Effektivität dienen, müssen aber auch so ausgestaltet sein, dass der Berechtigte sein Recht auch wirksam durchsetzen kann. Im Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen werden im wesentlichen Ausführungen zu dem Beginn der Verjährungsfrist getätigt, hinsichtlich der Dauer der Verjährungsfrist wird - mit Ausnahme einer neuen zweijährigen - kein Handlungsbedarf gesehen.

Nach österreichischem Recht beginnt die grundsätzliche dreijährige Verjährungsfrist mit dem Zeitpunkt, in dem dem Geschädigten der Schaden und die Person des Schädigers bekannt geworden sind (§ 1489 ABGB). Dem Ersatzberechtigten müssen Schaden und Schädiger soweit bekannt sein, dass er eine Klage mit Aussicht auf Erfolg erheben kann.⁶⁸ „Kenntnis“ bedeutet objektives Bekanntsein aller Tatumstände.⁶⁹

Ist jedoch der Schaden und die Person des Schädigers bekannt - und damit der konkrete Wettbewerbsverstoß gegen die geschädigte Person vollendet - liegt kein gerechtfertigter

⁶⁸ Kletečka in Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts I³, 228 f mwN.

⁶⁹ Mader/Janisch in Schwimann, Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch Bd 6³ [2006], Rz 9 zu § 1489.

Grund vor, den Beginn der Verjährungsfrist erst mit der generellen Beendigung des wettbewerbswidrigen Verhaltens anzusetzen.

Die Ansicht der Kommission, eine neue Verjährungsfrist von zwei Jahren nach bestandskräftiger Entscheidung der zuständigen Wettbewerbsbehörde ist als systemfremd abzulehnen; sie widerspricht der europäischen Rechtskultur und Rechtstradition. Die Verjährungsfristen konkret für die Verfolgung von Schadenersatzansprüchen aufgrund von Wettbewerbsverstößen sind Angelegenheiten des Privatrechts. Öffentlich-rechtliche Verquickungen sind daher tunlichst zu vermeiden, ganz abgesehen davon, dass - wie noch zu zeigen sein wird - auch gar nicht notwendig sind, um die von der Kommission erwünschten Effekte zu erzielen.

Verfahren vor den Wettbewerbsbehörden sind hoheitlicher Natur. Der Beginn derartiger Verfahren ist in aller Regel von den Parteien eines Zivilverfahrens nicht beeinflussbar, ähnlich verhält es sich mit dem Verfahrensablauf und insb. mit der Verfahrensdauer selber. Die Möglichkeiten, die Behörden zu einer raschen und zügigen Durchführung der Verfahren zu drängen, sind gering. Eine formelle Entscheidungspflicht der Wettbewerbsbehörden besteht ebenso wenig. Zudem haben Geschädigte in aller Regel in derartigen Verfahren keine hinreichende Möglichkeit, zu zweckdienlichen Informationen zu gelangen (die Kommission will diese offensichtlich auch nicht zur Verfügung stellen⁷⁰), und werden Entscheidungen der Behörden, wenn diese überhaupt getroffen werden, und/oder der Gerichte nicht lückenlos derart veröffentlicht, dass diese den Betroffenen zur Kenntnis gelangen und mit diesen alle für die weitere Verfolgung notwendigen und zweckdienlichen Informationen vorliegen. Selbst die Kommission räumt im Weißbuch ein, dass nicht immer öffentliche bekannt sei, wann eine Wettbewerbsbehörde ein Verfahren einleitet bzw. abschließt. Auch im Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen werden manche dieser Punkte erwähnt,⁷¹ erstaunlicherweise jedoch im Zusammenhang mit der Alternative der Unterbrechung eines Verfahrens, nicht berücksichtigend, dass diese Argumente auch für den Beginn der Verjährungsfrist zutreffen. Diese sind daher nicht sinnvoll heranzuziehen, um den Standpunkt der Kommission hinreichend zu begründen.

All diese Imponderabilien sind daher nicht geeignet, in der notwendigen Klarheit den Beginn einer Verjährungsfrist festzulegen - und damit z.B. gegenüber eine Hemmungsbestimmung eine erhöhte Rechtssicherheit zu erlangen.

Die mitunter beachtliche faktische Länge derartiger Wettbewerbsverfahren würde in Kombination mit einer Verjährungsfrist, die erst mit rechtswirksamer Beendigung dieses Verfahrens zu laufen beginnt, zu einer außergewöhnlich langen Verjährungsfrist führen, die damit mit den Grunderfordernissen der Verjährung in Kollision gerät.

Inhaltlich ist zu beobachten, dass die angerufenen Gerichte in aller Regel bei Kenntnis vom Bestehen eines behördlichen Wettbewerbsverfahrens das Gerichtsverfahren unterbrechen, um die rechtswirksame Entscheidung abzuwarten. Auch aus diesem Grund ist die Einführung einer neuen Verjährungsfrist abzulehnen, ganz abgesehen davon, dass sie für den Anwendungsbereich von follow-on Klagen jedenfalls zu lang ist.

9. Kosten einer Schadenersatzklage (Kapitel 9)

Auch dieses Kapitel des Weißbuchs wird mit der von der Kommission nicht näher begründeten Behauptung eingeleitet, dass eine Klage wegen eines Wettbewerbsverstößes in der Regel komplexer und zeitaufwändiger sei als andere zivilrechtliche Klagen.

Ganz abgesehen davon, dass nicht die Klage selber, sondern das mit dieser Klage eingeleitete Verfahren gemeint ist, ist die Komplexität und der Zeitaufwand, wenn sie hoch ist,

⁷⁰ Siehe Kapitel 3.

⁷¹ Rz 238.

sowohl für den Kläger als auch für den Beklagten hoch - und damit auch die damit direkt und indirekt verbundenen Kosten.

Die möglichst rasche Beilegung von Rechtsstreitigkeiten kann innerhalb und außerhalb von Gerichtsverfahren erfolgen, alle derartige Mechanismen müssen jedoch jedenfalls den durch die Europäische Menschenrechtskonvention verbürgten Prinzipien entsprechen.

Die Ermöglichung von Klagen finanziell Schwächerer kann auf vielfältige Weise durchgeführt werden. Als Beispiele seien die Steuerungsmöglichkeiten im Hinblick auf die Gerichtsgebühren, die Gewährung für Verfahrenshilfe, die Unterstützung durch externe Institutionen und die Möglichkeit einer Rechtsschutzversicherung genannt.

Das österreichische Prozesskostenersatzsystem hat sich bewährt. Es ist auch in diesem Punkt keine Begründung dafür erkennbar, weswegen in Schadenersatzprozessen wegen Wettbewerbsverstößen eine Sonderregelung zu Lasten des Beklagten eintreten sollte.

Liegen alle Voraussetzungen vor, wird der Beklagte schuldig erkannt, den Schaden zu ersetzen - dies inklusive entgangenem Gewinn, Zinsen und (!) Kosten. Wird allerdings festgestellt, dass das Klagebegehren nicht zu recht erhoben wurde, ist das Klagebegehren abzuweisen.

Es ist unverständlich, wenn die Kommission offensichtlich ausschließlich demjenigen, der im Recht ist, die Kosten seiner zweckentsprechenden Rechtsverteidigung aufbürden will. Ganz abgesehen davon, dass diese zugesprochenen Kosten in aller Regel sowieso nicht den tatsächlichen Kosten des rechtsanwaltlichen Vertreters des Beklagten entsprechen (das Rechtsanwaltsstarifgesetz sieht Tarife für Leistungen vor, in aller Regel wird das Honorar auf Stundenbasis vereinbart) und somit ungenügend sind, werden die unternehmensinternen Kosten überhaupt nicht berücksichtigt, geschweige denn erstattet.

Fällt für den Kläger das Klagsrisiko völlig weg (da er unabhängig vom Verfahrensausgang jedenfalls keine Gerichts- und Anwaltskosten zu bezahlen hat), besteht zudem die nicht unerhebliche Gefahr, dass erpresserische und querulatorische Machenschaften verstärkt auftreten, was nicht im Sinne fairer wirtschaftlicher Rahmenbedingungen ist. Zudem ist zu befürchten, dass mit derartigen Regelungen die Streitwertbemessungen risikolos unrealistisch in die Höhe getrieben werden.

Die im nationalen Recht geltenden Prozesskostenregelungen stellen daher einen wirksamen Filter dar. Die aus der europäischen Rechtstradition als nicht wünschenswert zu bezeichnenden Auswirkungen des Wegfalls der Erstattungspflicht werden uns im amerikanischen Rechtssystem vor Augen geführt. Faktisch gesehen würde der Wegfall der Kostentragungspflicht zu einer Strafe für rechtskonformes Verhalten führen!

Die geltenden österreichischen Kostenersatzregeln stellen sowieso sicher, dass der Unterlegene nicht uferlos die Kosten des Siegers zu erstatten hat. Dessen ersatzfähige Kosten sind nur die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung bzw. -verteidigung notwendigen Kosten.

Dass gerade in schwierigen und umfangreichen Verfahren von enormer wirtschaftlicher Bedeutung dem Beklagten kein Kostenersatzanspruch zustehen soll, wäre wohl unter dem Aspekt des Gleichheitssatzes nicht zu rechtfertigen. Der Ausschluss würde einen eklatanten Wertungswiderspruch darstellen,⁷² der auch dadurch illustriert wird, dass (selbstverständlicher Weise) eine Erhöhung der zu zahlenden Verfahrenskosten in umgekehrt gelagerten Fällen wohlweislich nicht „angeregt“ wird.

⁷² Kodek, Möglichkeiten zur gesetzlichen Regelung von Masseverfahren, in Gabriel/Pirker-Hörmann, Massenverfahren - Reformbedarf für die ZPO, 408 f.

Gerade die Berücksichtigung des Prinzips der Fairness ist unvereinbar mit einer massiven Abweichung bis hin zur Außer-Kraft-Setzung des „Verlierer zahlt“-Prinzips. Eine Kostenentscheidung des Gerichts möglichst früh im Verfahren kommt inhaltlich sehr schnell einer Vorverurteilung gleich und zerstört damit die absolut notwendige Unparteilichkeit des Gerichts.

Auch die Kommission kommt nicht umhin, zuzugestehen, dass generell die „Verlierer zahlt“-Regel in den Mitgliedstaaten und in den Rechtsvorschriften der Union selbst gilt. Dieses Prinzip stützt sich voll auf die europäische Rechtskultur und -tradition.

10. Verhältnis zwischen Kronzeugenprogramm und Schadenersatzklagen (Kapitel 10)
Die Beantwortung der in diesem Kapitel angerissenen Problemlage kann den Wettbewerbsbehörden und zuständigen staatlichen Stellen überlassen werden. Es ist aber unbestritten, dass die im Weißbuch vorgeschlagenen Neuerungen vor allem in Hinblick auf die Fragen von Beweisvorlage und Akteneinsicht jedenfalls negative Incentive-Wirkungen auf künftige Kronzeugenmeldungen entfalten kann. Andererseits ist es Sinn und Zweck von Kronzeugenprogrammen kooperierende Unternehmen einen Incentive für ihre Mitarbeit an der Aufklärung rechtswidriger Sachverhalte zu gewähren. Dieser Bonus kann aber immer nur Leistungen umfassen, welche die staatseigene Sphäre betreffen (Minderung oder Erlass der zu verhängenden Geldbuße; Einstellen eines Strafprozesse). Geschädigte haben aber auch gegenüber einem Unternehmen mit Kronzeugenbehandlung weiterhin zivilrechtliche Ansprüche; ein Erlass des Schadenersatzes käme daher einer Enteignung gleich.

Dieses Spannungsverhältnis zwischen dem Interesse an einem funktionierenden Kronzeugenprogramm und den zivilrechtlichen Ansprüchen Geschädigter wird nicht leicht auflösbar sein und rundet die übrigen Kritikpunkte an den Vorschlägen des Weißbuches ab.

Wien, am 31.07.2008