

## Kartellrechtlicher Schadensersatz in neuer Versuchsanordnung

ZHR 179 (2015) 691–706

Für Klagen auf Schadensersatz wegen Kartellrechtsverstößen ist eine neue Versuchsanordnung im Praxislabor einzurichten. Die unionsrechtlichen Vorgaben liefert die Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 11. 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union<sup>1</sup> (RL). Die Einzelinstrumente sind mitgliedstaatlich bis zum 27. 12. 2016 bereitzustellen. Für das deutsche Recht stehen dadurch Änderungen der derzeitigen Lage an, von denen einige unionsrechtlich bis ins Detail determiniert sind, andere in kreativer Selbstgestaltung legislativ oder judikativ erfunden werden müssen. Den vorgegebenen Rahmen bilden das System des europäischen Kartellrechts und die Grundkategorien des Privatrechts (I.), innerhalb dessen die Richtlinie Anleitungen bereitstellt (II.), die passfähige normative Gerätschaften im mitgliedstaatlichen Zivilrecht und Zivilverfahrensrecht für das Experiment kartellrechtlicher Schadensersatzklagen erfordern (III.) und deren Evaluationserfordernis schon jetzt abzusehen ist (IV.).

I. Das Recht des Kartellschadensersatzes hat sich in das *System des europäischen Kartellrechts* und die *Grundkategorien des Privatrechts* zu fügen. Der Ausgleich von Schäden, den Marktbeteiligte durch ein kartellrechtswidriges Verhalten erleiden, ist vom primären Unionsrecht zwar nicht ausdrücklich vorgesehen, jedoch folgerichtig zum Normzweck des Kartellverbots (Art. 101 Abs. 1 AEUV) und des Verbots des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV). Beide Normen schützen nicht nur ein System unverfälschten Wettbewerbs als integralen Bestandteil des Binnenmarktes,<sup>2</sup> sondern dadurch zugleich Marktteilnehmer gegen derartige Rechtsverletzungen zu ihren Lasten.<sup>3</sup> Das aus der Auslegung dieser Vorschriften vom EuGH

---

1 RL 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26. 11. 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. 2014 L L 349/1. Nicht erfasst sind Unterlassungsklagen und vorläufiger Rechtsschutz.

2 So ausdrücklich Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb i.V.m. Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 S. 1 EUV und Art. 26 Abs. 2 AEUV.

3 Daher sind aus den unmittelbar anwendbaren Artt. 101, 102 AEUV subjektive Rechte abzuleiten; vgl. EuGH, Rs. 172/73 (*BRT/SABAM*), ECLI:EU:C:1974:51,

abgeleitete Gebot, dass solcherart kausal Geschädigten von Unionsrechts wegen ein Ausgleichsanspruch zustehen müsse,<sup>4</sup> war daher nur eine Frage der Zeit normativer Einsichtsentwicklung. Dieses Gebot ist als primärrechtsfester Kern des Effizienzgrundsatzes zu verstehen.<sup>5</sup>

Schon zuvor war in einzelnen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen anerkannt, dass ein Verstoß gegen (heute) Artt. 101, 102 AEUV nach den jeweiligen innerstaatlichen Regeln zu Schadensersatzansprüchen führen konnte,<sup>6</sup> so beispielsweise nach deutschem Recht wegen Verstoßes gegen ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB mit der Folge der Verpflichtung zum Schadensersatz (§ 249 BGB).<sup>7</sup> Die ausdrückliche spezialgesetzliche Anerkennung eines Schadensersatzanspruchs infolge Verletzung der Artt. 101, 102 AEUV nach deutschem Recht erfolgte durch § 33 Abs. 3 S. 1 i.V.m. Abs. 1 GWB. Allerdings spielten Schadensersatzklagen in der unionsweiten Praxis anders als in den Reflexionen des Schrifttums zur privatrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts<sup>8</sup> nur eine begrenzte Rolle<sup>9</sup> und gewannen erst in jüngeren Jahren als Folgeklagen nach wettbewerbsbehördlicher Verstoßfeststellung u.a. in Deutschland und England Bedeutung.<sup>10</sup>

---

Rdn. 16; EuGH, Rs. C-282/95 P (*Guérin automobiles/Kommission*), ECLI:EU:C:1997:1503, Rdn. 39.

- 4 So EuGH, Rs. C-453/99 (*Courage/Crehan*), ECLI:EU:C:2011:6297, Rdn. 26; EuGH, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04 (*Manfredi/Lloyds Adriatico Assicurazioni SpA u.a.*), ECLI:EU:C:2006:6619, Rdn. 60 und 61; EuGH, Rs. C-557/12 (*Kone u.a./ÖBB-Infrastruktur AG*), NJW 2014, 2417, Rdn. 22.
- 5 Roth, ZHR 179 (2015) 668, 684 im Unterschied zu judikativen Auslegungseinzelheiten dieses Grundsatzes im Kartellrecht mit „gesetzesvertretender“ sekundärrechtlicher „Wertigkeit“ (S. 682); siehe auch unten Fn. 91.
- 6 Hailbronner/Klein/Magiera/Müller-Graff/*ders.*, Handkommentar zum EU-Vertrag, 1994, Art. 85 EGV, Rdn. 141.
- 7 Vgl. z.B. BGHZ 190, 145 (*ORWI*), Rdn. 13; BGH WuW/E BGH 1643/1645; zum englischen Recht Steiner, 12 E.L.Rev. 102.
- 8 Zum Stand der Diskussion vor Erlass der RL 2014/104 z.B. *Möschel/Bien*, Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen?, 2010; vgl. als jüngste Terrainvermessung *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2015; als Überblick zum Schrifttum vgl. das Literaturverzeichnis von Müller-Graff/*Becker/Berg/Bulst*, Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht (EnzEuR Bd. 4), 2015, S. 567, 568f.; als Skizze der Entwicklungslinien des kartellprivatrechtlichen Integrationsrechts *Weitbrecht*, FS Müller-Graff, 2015, S. 511 ff.
- 9 Anstieg der praktischen Bedeutung privater Kartell-Schadensersatzklagen erst in den letzten zehn Jahren; vgl. *Schweitzer*, NZKart 2014, 335; *Vollrath*, NZKart 2013, 434, 435; *Heinemann*, EuZ 2015, 26, 35; *Böni*, EWS 2014, 324, 325; vgl. aber auch die empirische Untersuchung von *Rodger*, in: Rodger (ed.), *Competition Law – Comparative Private Enforcement and Collective Redress across the EU*, 2014, S. 73 ff., 121 ff.
- 10 *Mederer*, EuZW 2015, 847, 848; *Heinemann*, EuZ 2015, 26, 35; *Schweitzer*, NZKart 2014, 335.

Diese Rechtslage unterschiedlicher mitgliedstaatlicher Bestimmungen, Verfahren und Schwierigkeiten des Schadensersatzes bei Kartellrechtswidrigkeiten erweist sich im Licht von zwei primärrechtlichen Systemgesichtspunkten erkennbar als unbefriedigend: zum einen unter dem Gesichtspunkt der effektiven Verwirklichung der unionsrechtlich gebotenen Schadensausgleichsmöglichkeit bei Kartellrechtsverstößen (Effektivitätsprinzip) und zum anderen unter dem Aspekt des Funktionierens eines Binnenmarkts ohne Wettbewerbsverzerrungen (Binnenmarktprinzip). Diese Probleme veranlassten den europäischen Gesetzgeber nach langer Vorarbeit<sup>11</sup> zum Erlass der auf die doppelte Rechtsgrundlage von Art. 103 AEUV (Effektivierung der Artt. 101, 102 AEUV) und von Art. 114 Abs. 1 AEUV (Rechtsangleichung zwecks Überwindung von Wettbewerbsverzerrungen aus unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Vorschriften<sup>12</sup>) gestützten<sup>13</sup> Richtlinie, von deren Umsetzung im mitgliedstaatlichen Recht er sich Lösungen unter beiden Gesichtspunkten erhofft.

II. Erste *Leitbestimmung* der Richtlinie ist die (die bisherige Rechtsprechung<sup>14</sup> kodifizierende) Aussage, „dass jeder, der einen durch eine Zuwiderhandlung eines Unternehmens oder eine Unternehmensvereinigung gegen das Wettbewerbsrecht verursachten Schaden erlitten hat, das Recht, den vollständigen Ersatz dieses Schadens von diesem Unternehmen oder dieser Unternehmensvereinigung zu verlangen, wirksam geltend machen kann“ (Art. 1 Abs. 1 S. 1 RL). Sie akzentuiert diese mit dem Postulat, einen „gleichwertigen Schutz“ „in der ganzen Union“ für jeden solcherart Geschädigten „zu gewährleisten“.<sup>15</sup> Da es materiellrechtlich grundsätzlich selbstverständlich sein sollte, dem Geschädigten die Ersatzmöglichkeit des ihm durch eine Kartellrechtsverletzung entstandenen Schadens vorzusehen, liegt die Stoßrichtung der Norm auf der Möglichkeit der *wirksamen Geltendmachung* i.S.d. Effektivitätsgrundsatzes (Art. 4 S. 1 RL) in den 28 mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen. In Konsequenz dieses Prinzips sollte der „Torpedo“ der negativen Feststellungsklage des Art. 29 Abs. 1 EuGVVO (1215/2012) vor der notorisch langsamen Gerichtsbarkeit einiger Mitgliedstaaten (namentlich Italien) entschärft werden. Art. 3 Abs. 1 RL bündelt das Leitziel in der Aussage, dass jeder Geschädigte den vollständigen Ersatz des Schadens „verlangen und erwirken“ können soll. Konsequenz ist die grundsätzliche Ermöglichung einer

11 So namentlich Grünbuch der Kommission, KOM(2005) 672; Weißbuch der Kommission, KOM(2008) 165.

12 Zu dieser Fallgruppe des Art. 114 AEUV: Hatje/Müller-Graff/*ders.*, Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1), 2014, S. 529 (§ 9 Rdn. 109).

13 Die Erforderlichkeit der doppelten Abstützung ist zweifelhaft. Die Heranziehung des Art. 114 AEUV ist letztlich nur durch die Einbeziehung von Zuwiderhandlungen gegen nationales Wettbewerbsrecht i.S.v. Art. 2 Nr. 3 RL i.V.m. der parallelen Anwendung zum Wettbewerbsrecht der Union auf denselben Fall begründbar.

14 Siehe oben Fn. 4.

15 Art. 1 Abs. 1 S. 2 RL.

Schadenskompensation für jeden durch einen Verstoß gegen Artt. 101 und 102 AEUV Geschädigten, sei es ein unmittelbarer oder mittelbarer Abnehmer oder Lieferant eines Kartellbeteiligten, sei es ein vom Missbrauch eines marktbeherrschenden Unternehmens betroffener Marktteilnehmer, sei es ein anderer. Folgerichtig ist daher das Gebot, die geschädigte Person durch den Schadensersatz „in die Lage (zu versetzen), in der sie sich befunden hätte, wenn die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht nicht begangen worden wäre“, darin eingeschlossen der Ersatz der Vermögenseinbuße und des entgangenen Gewinns zuzüglich der Zahlung von Zinsen,<sup>16</sup> wobei freilich naturgemäß die Wiederherstellung der fiktiv unbeeinträchtigten Wettbewerbslage und Marktposition nicht realisierbar ist.

Zugleich ziehen die Leitbestimmungen dem mitgliedstaatlich zu installierenden Regelwerk die Grenze, dass der von der Richtlinie postulierte vollständige Ersatz „nicht zu Überkompensation“ führen darf (Art. 3 Abs. 3 RL). Dies deckt sich mit dem Bereicherungsverbot<sup>17</sup> des deutschen Schadensersatzrechts. Damit entgeht die Richtlinie begrüßenswert der Gefahr, das zivilrechtliche Schadensersatzrecht unter dem schillernden Terminologiemantel der privatrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts<sup>18</sup> auch mit Sanktionszwecken zu befrachten, die nicht auf den Ausgleich zwischen Privaten beschränkt sind, sondern namentlich mit Konzepten des Strafschadensersatzes zusätzlich das öffentliche Sanktionsinteresse an der Ahndung des Verstoßes gegen die Wettbewerbsordnung verfolgen.<sup>19</sup> In diesem Maß ist der Äquivalenzgrundsatz (Art. 4 S. 2 RL) als eingeschränkt zu verstehen, falls nationales Recht derartiges bei Verletzung nationalen Kartellrechts vorsehen sollte

Mit dieser Marschrichtung erwächst eine Reihe von Folgefragen. Die Richtlinie macht insbesondere Vorgaben zur Frage der Abwälzung des Preisaufschlags<sup>20</sup> mittels einer prozessualen Stärkung der mittelbaren Abnehmer und einer Schwächung der Direktabnehmer,<sup>21</sup> zur Ermittlung des Schadensum-

---

16 Art. 3 Abs. 2 RL.

17 Vgl. im Kontext des Kartellschadensersatzes z.B. BGHZ 190, 145 (ORWI), Rdn. 58.

18 So das Wort der „zwei Säulen der Kartellrechtsdurchsetzung“ bei Böni, EWS 2014, 324, 325. Zum Verhältnis behördlicher und privatautonomer Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen im Gemeinwohlinteresse Bien, FS Müller-Graff, 2015, S. 575 ff.

19 So der Sache nach ausdrücklich Art. 3 Abs. 3 RL und ErwG 13 RL: keine Überkompensation „weder durch Strafschadensersatz noch durch Mehrfachentschädigung oder andere Arten von Schadensersatz.“ Als bedeutsam für das über das Kartellrecht hinausgehende künftige Unionsschadensersatzrecht gewertet von Geibel, FS Müller-Graff, 2015, S. 558, 564.

20 Art. 12 bis 16 RL.

21 Als Analyse vgl. z.B. Schweitzer, NZKart 2014, 335, 337 ff.

fangs,<sup>22</sup> zur Offenlegung von Beweismitteln,<sup>23</sup> zur gesamtschuldnerischen Haftung (mit Sonderbehandlung für Kronzeugen, kleine und mittlere Unternehmen [KMU] und sich vergleichende Rechtsverletzer<sup>24</sup>) und zur Verjährung.<sup>25</sup> Zugleich bezweckt die Richtlinie die „Koordinierung“ der behördlichen und privaten Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften,<sup>26</sup> wobei allerdings die Zieltauglichkeit der vorgesehenen Behandlung der Kronzeugenerklärung im Schrifttum umstritten ist.<sup>27</sup>

III. Die *passfähigen normativen Instrumente* zur Gewährleistung des von der Richtlinie verfolgten Modells sind vom mitgliedstaatlichen Recht bereitzustellen<sup>28</sup> bzw. judikativ zu ermöglichen.

1. Die zuallererst *tatbestandlich* festzulegende *Anspruchsgrundlage* kann im Verhältnis zwischen Privaten von der Richtlinie auch im Falle deren unterbliebener korrekter Umsetzung angesichts der Rechtsprechung des EuGH zum Ausschluss der horizontalen Direktwirkung einer Richtlinie (Art. 288 Abs. 3 AEUV)<sup>29</sup> nicht ersetzt werden. Bei einer Kartellrechtsverletzung durch die öffentliche Hand sollte dies jedoch im Einklang mit der *Marshall*-Rechtsprechung des EuGH anerkannt werden.<sup>30</sup>

a) Im deutschen Recht ist die *Anspruchsgrundlage* in Gestalt des § 33 Abs. 3 S. 1 GWB bereits vorhanden. Sie entspricht auch im Schadensbegriff einschließlich des entgangenen Gewinns<sup>31</sup> und der Verzinsungspflicht<sup>32</sup>

22 Art. 17 RL.

23 Art. 5 bis 7 RL.

24 Art. 11 und 19 Abs. 2 bis 4 RL.

25 Art. 10 RL.

26 Art. 1 Abs. 2 RL. Dies bezieht sich namentlich auf die Wirkung einer bestandskräftigen wettbewerbsbehördlichen Verstoßfeststellung (Art. 9 RL), die Möglichkeit der wettbewerbsbehördlichen Behilflichkeit bei der gerichtlichen Festlegung der Schadensersatzhöhe (Art. 17 Abs. 3 RL), den Schutz der Kronzeugenerklärungen vor Offenlegung (Art. 6 Abs. 6 Buchst. a) RL), die Kronzeugenprivilegierung in der gesamtschuldnerischen Haftung (Art. 11 Abs. 4 bis 6 RL) und die Berücksichtigung einer Schadensersatzzahlung infolge eines Vergleichs bei der wettbewerbsbehördlichen Verhängung einer Geldbuße (Art. 18 Abs. 3 RL).

27 Sehr kritisch dazu die Stellungnahme aus der Abteilung Kartellrecht-Schadensersatz bei der Deutschen Bahn AG: *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7, 9 f.

28 Für das deutsche Recht liegt ein Referentenentwurf noch nicht vor. Ein erster Umsetzungsvorschlag ist als ein für die Deutsche Bahn AG erstattetes Rechtsgutachten von *Kersting/Preuß* unter dem Titel „Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU) – Ein Gesetzgebungsvorschlag aus der Wissenschaft“ unterbreitet: vgl. <http://www.nomos-elibrary.de>.

29 So namentlich EuGH, Rs. C-91/92 (*Faccini Dori*), ECLI:EU:C:1994:3325, Rdn. 22 ff.

30 Vgl. zum Fall der unmittelbaren Wirkung einer Richtlinienbestimmung für einen öffentlichen Arbeitgeber EuGH, Rs. 152/84 (*Marshall*), ECLI:EU:C:1986, 723, Rdn. 49.

31 BGHZ 190, 145 (*ORWI*).

32 § 33 Abs. 3 S. 4 und 5 GWB.

grundsätzlich den Anforderungen der Artt. 1 und 3 RL, auch wenn der *Anspruchsinhaber* anders als von Art. 1 RL („jeder“ Geschädigte) nicht ausdrücklich genannt wird. Dazu ist im Licht der *Kone*-Rechtsprechung des EuGH<sup>33</sup> auch der Abnehmer eines unter dem Kartellschirm handelnden Kartellaußenseiters im Verhältnis zu den Kartellbeteiligten zu zählen.

b) Auch hinsichtlich der Feststellung des *Kartellrechtsverstoßes* bedarf es keiner Rechtsänderung, um der von Art. 9 Abs. 1 RL geforderten Wirkung der unwiderlegbaren Feststellung eines in einer bestandskräftigen Entscheidung der nationalen Wettbewerbsbehörde oder einer Rechtsmittelinstanz festgestellten Kartellrechtsverstoßes für das Schadensersatzverfahren vor einem mitgliedstaatlichen Gericht<sup>34</sup> nachzukommen. Dies ist geltende Rechtslage nach § 33 Abs. 4 GWB. Sie schließt auch bestandskräftige Entscheidungen der Wettbewerbsbehörde oder des als solche handelnden Gerichts in einem anderen Mitgliedstaat in die Bindungswirkung ein und geht dadurch über die von Art. 9 Abs. 2 RL geforderte Mindestbehandlung als Anscheinsbeweis hinaus. Ihrer Natur kann diese Wirkung nur im Falle einer Folgeklage (*follow-on*) im Unterschied zu einer Initiativklage (*stand alone*) greifen.

c) Als *Anspruchsgegner* bestimmt Art. 1 Abs. 1 RL das kartellrechtsverletzende „Unternehmen“ (bzw. die Unternehmensvereinigung) und nimmt damit die Begriffe der Verbotsadressaten der Artt. 101, 102 AEUV auf. Daher ist jedenfalls der sich kartellrechtswidrig verhaltende Rechtsträger Anspruchsgegner. Ob bei dessen Zugehörigkeit zu einem Konzern auch andere *Rechtsträger im Konzernverbund* haften, ist eine davon zu unterscheidende Frage.<sup>35</sup> Dafür streitet die vom EuGH bejahte Haftungserstreckung auf Konzernmitglieder für Kartellbußgelder.<sup>36</sup> Die Übertragung dieser Rechtsprechung auf die Schadenshaftung ist indes zweifelhaft, da es um die zivilrechtliche Verantwortlichkeit verschiedener Rechtsträger geht und damit um die genauer zu beleuchtende Frage der Kausalität deren jeweiligen Verhaltens. Hierbei ist die haftungsbegründende Kausalität des Verhaltens eines anderen konzernverbundenen Rechtsträgers für die Kartellrechtsverletzung zu klären. Die schadensersatzrechtlichen Anforderungen an die Kausalität mit dem (kartellrechtspolitischen) Effizienzgrundsatz pauschal zu überspielen, könnte einen Wertungswiderspruch zum Erwägungsgrund 11 RL beinhalten, der u.a. die

33 EuGH, Rs. C-557/12, NJW 2014, 2417; als systemimmanente Fortentwicklung beurteilt von *Schwarze*, FS Müller-Graff, 2015, S. 567, 569.

34 Art. 16 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1/2003 betrifft nur Entscheidungen der Kommission.

35 Für eine derartige Haftung insbesondere *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7, 8; *Kersting*, WuW 2014, 564, 565; kritisch demgegenüber *Geibel* (Fn. 19), S. 562.

36 Vgl. namentlich EuGH, Rs. C-201/09 P und C-216/09 P (*ArcelorMittal Luxembourg/Kommission*), ECLI:EU:C:2011:2239, Rdn. 98; EuGH, verb. Rs. C-231/11 P bis C-233/11 P (*Kommission/Siemens AG Österreich u.a.*), EuZW 2014, 713, Rdn. 48; für die Übertragung dieser Rechtsprechung z.B. *Vollrath*, NZKartA 2013, 434, 438; *Kersting*, WuW 2014, 564, 565; *ders./Preuß* (Fn. 28), Rdn. 17; *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7, 8.

„Zurechenbarkeit“ und „Adäquanz“ als Bedingungen nennt, die dem mitgliedstaatlichen Recht überlassen sind (wiewohl unter dem Vorbehalt ihres Einklangs mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs, mit dem Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz und mit den Bestimmungen der Richtlinie). Auch wenn diese Aussage wegen des Regelungsprogramms der Richtlinie als auf die haftungsausfüllende Kausalität begrenzt verstanden werden kann, ist doch zu erwägen, auch für die haftungsbegründende Kausalität eines Schadensersatzanspruchs grundsätzlich die zivilrechtlichen Kategorien des mitgliedstaatlichen Rechts zu beachten. Nach deutschem Recht ist hierbei auf die Gesichtspunkte der Äquivalenz und der Adäquanz des Verhaltens des in Anspruch genommenen Rechtsträgers abzustellen. Überträgt man hingegen den Gedanken der Haftung von Konzernmitgliedern für Bußgelder pauschal auf die zivilrechtliche Kartellschadensersatzhaftung (und missachtet damit, dass der Konzern sich gemäß §§ 16 f. AktG aus rechtlich selbstständigen Unternehmen zusammensetzt), ist die bei der Bußgeldhaftung nach der Konzernstruktur differenzierende Rechtsprechung des EuGH<sup>37</sup> zu berücksichtigen. Im Hinblick auf die offenen Fragen beider Wege ist es empfehlenswert, legislativ keine Regeln vorzugeben, sondern die Lösung dem normativen Entdeckungsverfahren der Rechtsprechung offenzuhalten.

d) Die Frage, ob ein Schadensersatzanspruch ein *Verschulden* voraussetzt, ist von der Richtlinie offengelassen. Zwar bekundet Erwägungsgrund 11 RL, dass die Mitgliedstaaten in ihrem nationalen Recht vorgesehene Voraussetzungen für Schadensersatz „wie etwa Zurechenbarkeit, Adäquanz oder Verschulden“ beibehalten können, stellt diese allerdings unter den genannten Vorbehalt ihres Einklangs u.a. mit dem Effektivitätsgrundsatz. Im Licht einer gewissen Tendenz des EuGH, über dieses allgemeine Prinzip auf ein Verschuldenserfordernis bei Schadensersatz in bestimmten Konstellationen zu verzichten,<sup>38</sup> mag eine derartige Entwicklung im Recht des Kartellschadensersatzes nicht gänzlich ausgeschlossen erscheinen. Rechtspolitisch ist diese Forderung bereits erhoben, falls sich das Verschuldenserfordernis für den Kläger als abschreckend erweist.<sup>39</sup> Dieses mag bei Kartellen von geringer Bedeutung sein, da diese üblicherweise wissentlich und willentlich gebildet werden, doch sind in der Spannbreite ihrer Erscheinungsformen Konstellationen denkbar, in denen es darauf ankommen kann. Da eine zivilrechtliche Kompensationspflicht ohne Verschulden nach deutschem Recht eine schwerwiegende Ausnahme von der grundsätzlichen Koppelung der Ersatzpflicht an ein

37 Vgl. dazu Kersting, WuW 2014, 1156 ff.

38 So namentlich beim Verstoß gegen Art. 1 und 3 der seinerzeitigen RL 76/207/EWG EuGH, Rs. C-180/95 (*Draempaehl/Urania Immobilienservice*), ECLI:EU:C:1997:2195, Rdn. 22; siehe auch bei der Staatshaftung EuGH, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93 (*Brasserie du Pêcheur/Deutschland*), ECLI:EU:C:1996:1029, Rdn. 79 f.; bei der Unionshaftung Streinz/*Gellermann*, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 340 AEUV, Rdn. 29.

39 Kersting/Preuß (Fn. 28), Rdn. 15.

verschuldetes Verhalten darstellt, bedarf sie privatrechtsstimmiger Begründung. Diese ist nicht ersichtlich. Zu den klassischen Tatbeständen der Gefährdungshaftung im deutschen Recht<sup>40</sup> weisen Kartellrechtsverletzungen keine erkennbaren Parallelen auf. Der davon unabhängig vorgetragene Gedanke, dass der kartellrechtliche Schadensersatz häufig auf eine Rückgängigmachung einer Vermögensverschiebung gerichtet ist,<sup>41</sup> vermengt die dogmatischen Kategorien des schadensersatzrechtlichen Ausgleichs von Schäden mit der bereicherungsrechtlichen Abschöpfung von Erlangtem.

2. Facettenreich gestaltet sich die richtlinienstimmige Umsetzung der *Rechtsfolgenseite*: die Verpflichtung zum Schadensersatz. Sie erfordert die Feststellung der haftungsausfüllenden Kausalität zwischen Verletzung und Schaden (a) und die Ermittlung des Schadensumfangs (b) unter Berücksichtigung möglicher Schadensabwälzung (c).

a) Hinsichtlich der *haftungsausfüllenden* Kausalität verpflichtet Art. 17 Abs. 2 RL die Mitgliedstaaten, für „Kartelle“ im legaldefinierten Sinne des Art. 2 Nr. 14 RL, mithin nur für horizontale Koordinationen, die widerlegliche Vermutung einzuführen, „dass Zuwiderhandlungen in Form von Kartellen einen Schaden verursachen“. Diese Schadensvermutung weicht für die erfassten Koordinationen im dogmatischen Ansatz zwar von der deutschen judikativen Rechtslage des (erschütterbaren) Anscheinsbeweises<sup>42</sup> ab und ist daher gesetzlich zu fixieren, dürfte aber für die Praxis nur einen graduellen Unterschied machen. Bei beiden Instrumenten wird der in Anspruch Genommene mit der Last der substantiierten Darlegung belegt, dass die sachverhaltlichen Eigenheiten des konkreten Falles vom zugrunde gelegten Normalfall (genauer: vom Anschein oder von der Vermutung) abweichen, erhöht allerdings tendenziell die Darlegungs- und Beweisforderungen an den in Anspruch Genommenen. Eine grundsätzliche Änderung für die Darlegungs- und Beweislast des Geschädigten zur Schadenshöhe ist damit nicht verbunden.<sup>43</sup>

b) Kartellrechtliche Schadenersatzklagen sind regelmäßig davon gekennzeichnet, dass sich der *Schadensumfang* mittels der Differenzhypothese nicht punktgenau bestimmen lässt. Inwieweit hierfür die Handreichung der Kommission in Form einer Mitteilung zur Ermittlung des Schadensumfangs<sup>44</sup> hilf-

40 Z.B.: § 1 und 2 HaftPflG; § 7 Abs. 1 StVG; § 45 LuftVG; § 25 AtomG; § 8 BDSG; § 1 UmweltHG; § 1 ProHaftG; § 84 AMG; § 32 GentechnikG.

41 Kersting/Preuß (Fn. 28), Rdn. 15.

42 Vgl. z.B. BGH NJW 2006, 163, 164 f. (*Transportbeton I*); OLG Karlsruhe NZKart 2014, 366, 367 (*Löschfahrzeuge*).

43 Makatsch/Mir, EuZW 2015, 7, 8.

44 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadenersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 und 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, KOM (2013) 3440, ABl.EU 2013 C 167, 19; dazu Praktischer Leitfaden v. 11. 6. 2013, SWD(2013) 205.

reich ist, wird sich in der Praxis zeigen.<sup>45</sup> Der bestehenden Unsicherheit trägt Art. 17 Abs. 1 S. 2 RL Rechnung, indem er den Mitgliedstaaten aufgibt, den nationalen Gerichten die Möglichkeit der Schadensschätzung zu gewährleisten, „wenn erwiesen ist, dass ein Kläger einen Schaden erlitten hat, es jedoch praktisch unmöglich oder übermäßig schwierig ist, die Höhe des erlittenen Schadens aufgrund der vorhandenen Beweismittel genau zu beziffern“. Dem entspricht der Sache nach § 287 ZPO mit der Befugnis des Gerichts, über die Schadenshöhe unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu entscheiden.<sup>46</sup> Eine textliche Konditionierung bei Kartellschäden in Anlehnung an Art. 17 Abs. 1 S. 2 RL ist nicht erforderlich, zumal dadurch das Ziel des Äquivalenzprinzips des Art. 4 S. 2 RL beeinträchtigt werden könnte.<sup>47</sup> Gespannt darf man sein, ob sich das vorgesehene Instrument der kartellbehördlichen „Behilflichkeit“ auf Antrag eines mitgliedstaatlichen Gerichts bei Festlegung der Schadenshöhe<sup>48</sup> bewähren wird.

Die Richtlinie enthält keine Konditionierung der Schätzungsbefugnis im Sinne der Annahme eines regelmäßigen Mindestschadens aus Kartellen. Dies ist angesichts der Unterschiedlichkeit horizontaler Koordinationstypen (Preiskartelle, Quotenkartelle, Gebietskartelle, Konditionenkartelle etc.) und konkreter Markt- und Wettbewerbsverhältnisse eine kluge Entscheidung. Das Problem der Uniformierung durch Pauschalschadensklauseln bei Kartellverstößen ist im Rahmen der AGB-Kontrolle<sup>49</sup> in der Rechtsprechung mittlerweile erkannt.<sup>50</sup> Studien zum durchschnittlichen Kartellschaden sind hierbei wegen ihrer notwendigen Summierung wenig hilfreich für den Einzelfall.<sup>51</sup> Der im Schrifttum vorgebrachte Vorschlag einer Ermessensleitlinie für die Schätzung der Schadenshöhe derart, dass bei Kartellen in der Regel von einem Schaden in Höhe von mindestens 10 % des Wertes der Gegenleistung der Geschädigten auszugehen ist,<sup>52</sup> vermag daher ebenso wenig zu überzeugen wie eine widerlegliche Vermutung für eine kartellbedingte 10 %-Preiserhöhung infolge von Preiskartellen wie im ungarischen Recht.<sup>53</sup> Im Gegenteil steht eine derartige Ermessensleitlinie latent im Widerspruch zum Überkompensationsverbot des Art. 3 Abs. 3 RL. Sie gäbe dem Effizienzgedanken tendenziell Vorrang vor der Kompensationsfunktion des Schadensersatzrechts und hätte

45 Kritisch zum Leitfaden schon jetzt *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7, 8.

46 Im Kartellrecht KG WuW/E DE-R 2773, 2779 (*Berliner Transportbeton*).

47 *Kersting/Preuß* (Fn. 28), Rdn. 56.

48 Art. 17 Abs. 3 RL.

49 *Müller-Graff/Kainer*, WM 2013, 2149 ff.

50 Vgl. dazu LG Potsdam WuW/E DE-R 4557 = WuW 2015, 287 (*Pauschalierter Schadensersatz*); dazu *Wilde/Anders*, WuW 2015, 246 ff.; a.A. OLG Karlsruhe NZKart 2014, 366; zur kartellrechtlichen Problematik der Pauschalierungsklauseln *Karsten Schmidt*, WuW 2015, 812, 820 f.

51 *Müller-Graff/Kainer*, WM 2013, 2149, 2150 ff.

52 *Kersting/Preuß* (Fn. 28), Rdn. 58 ff.

53 Zum ungarischen Recht *Bernhard*, NZKart 2013, 488, 494.

sogar einen zivilrechtsfremden pönalen Unterton. Die von einer derartigen Ermessensleitlinie frei gehaltene Schätzungsmöglichkeit belastet zudem nicht einseitig eine Partei in Vergleichsverhandlungen.

c) Die spezifische kartellschadensersatzrechtliche Frage der Berücksichtigung der *Abwälzung* des kartellbedingten Preisaufschlags vom Direktabnehmer auf dessen Folgeabnehmer (und des Folgeabnehmers auf dessen Folgeabnehmer) bei der Ermittlung des Schadensumfangs wird von der Richtlinie folgerichtig zu ihrem Kompensationsansatz positiv beschieden.<sup>54</sup> Dazu steht die derzeitige deutsche Rechtsprechungslage mit der Berücksichtigung der Abwälzung unter dem Aspekt der Vorteilsausgleichung im Einklang.<sup>55</sup> Zwecks beabsichtigter Vermeidung sowohl der Überkompensation eines Klägers als auch der Nichthaftung des Rechtsverletzers<sup>56</sup> verbindet die Richtlinie damit jedoch ein System von Vermutungsregeln und damit einhergehenden Beweislastverteilungen,<sup>57</sup> das von der derzeitigen deutschen Rechtsprechungslage abweicht.<sup>58</sup> Im Vergleich zu ihr stärkt es den Abwälzungseinwand und die Erfolgsaussichten der Folgeabnehmer einschließlich der Endverbraucher und schwächt zugleich diejenigen der Direktabnehmer.<sup>59</sup> Danach kann der Kartellant vom *Direktabnehmer* zum Beweis der Abwälzung anders als nach der BGH-Rechtsprechung Offenlegungen (ggfs. einschließlich vertraulicher Unterlagen) nicht nur ausnahmsweise, sondern regulär verlangen<sup>60</sup> und muss außerdem nicht nachweisen, dass dem Direktabnehmer durch die Abwälzung kein Gewinn (infolge typischerweise bei Preiserhöhung annehmbaren Nachfragerückgangs) entgangen ist.<sup>61</sup> Demgegenüber begünstigen den *mittelbaren* Abnehmer bei Nachweis des Erwerbs der kartellbefangenen Ware oder Dienstleistung leicht zu erfüllende,<sup>62</sup> weil allzu pauschalierende Voraussetzungen der Beweiserleichterung für Vorliegen und Umfang der Schadensabwälzung<sup>63</sup> im Vergleich zur derzeitigen deutschen Rechtsprechungslage; diese erfordert den Nachweis des adäquat-kausalen Zusammenhangs zwischen Kartellverstoß und Schaden, bei dem u.a. die unterschiedlichen Markt- und Wettbewerbsverhältnisse und kaufmännischen Leistungen des Weiterverkäufers zu berücksichtigen sind.<sup>64</sup> Ob mit diesem Regelwerk das genannte Ziel der Vermeidung der Nichthaftung des Rechtsverletzers trotz faktischer

54 Art. 13 RL.

55 VHZ 190, 145 (ORWI), Rdn. 57.

56 Art. 12 Abs. 1 RL.

57 Art. 13 S. 2 RL bis Art. 15 RL.

58 Im Einzelnen z.B. *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 337 ff.

59 *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 345; *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7, 11.

60 Art. 13 S. 2 RL.

61 Im Unterschied zu BGHZ 140, 195, Rdn. 69.

62 Im Einzelnen *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7, 12.

63 Voraussetzungen in Art. 14 Abs. 2 RL für die in Art. 14 Abs. 1 RL angeordnete Beweislast des Klägers.

64 BGHZ 190, 145, Rdn. 44.

Hemmnisse für Klagen mittelbarer Abnehmer (geringe Streuschäden, Substantiierung des Preisaufschlags gegenüber dem Direktabnehmer) erreicht wird, erscheint zweifelhaft.<sup>65</sup> Umgekehrt ist auch die Gefahr der Mehrfachinanspruchnahme des Kartellanten nicht ausgeschlossen.<sup>66</sup> Die angepeilte Vollkommenheit des Kompensationssystems könnte der praktischen Verwirklichbarkeit im Wege stehen.<sup>67</sup> Dies ändert indes nichts am Anpassungsbedarf des deutschen Rechts und dem Erfordernis, für die Bewertung des Modells der Richtlinie die Ergebnisse im Freilandversuch der judikativen Praxis abwarten zu müssen. Dem Problem der Mehrfachinanspruchnahme lässt sich nur begrenzt mit dem Institut der Streitverkündung (§ 72 ZPO) begegnen. Mittelfristig dürfte dem Ziel des Art. 12 Abs. 1 RL eher ein (von der Richtlinie nicht vorgesehener<sup>68</sup>) kollektiver Schadensausgleichsmechanismus näher kommen.<sup>69</sup>

3. Das Konzept der *gesamtschuldnerischen Haftung* der kartellrechtswidrig Handelnden nach Art. 11 Abs. 1 RL entspricht der Sache nach demjenigen der §§ 830, 840, 421 BGB: Jeder Gesamtschuldner ist zum vollständigen Ersatz des Schadens verpflichtet und der Geschädigte hat das Recht, von jedem Gesamtschuldner vollständigen Schadensersatz zu verlangen, bis der Schaden insgesamt ersetzt ist.<sup>70</sup>

Ob zu der von Art. 11 Abs. 5 S. 1 RL vorgesehenen Regel für den *Innenausgleich* (Betragshöhe anhand der relativen Verantwortung für den durch den wettbewerbsrechtlichen Verstoß verursachten Schaden) § 426 Abs. 1 und 2 BGB in allen Einzelheiten parallel läuft, ist offen.<sup>71</sup> Legislativ empfiehlt sich daher trotz der Zuweisung der Regelung dieser Frage an das nationale Recht durch Erwägungsgrund 37 RL eine wortwörtliche Übernahme dieses Grundsatzes, wobei bei der Anwendung der nur zugunsten des Geschädigten (also nicht des Kartellbeteiligten) geltende Äquivalenzgrundsatz des Art. 4 S. 2 RL keine Rolle spielt.

Die Richtlinie erzwingt in jedem Fall drei Änderungen des deutschen Gesamtschuldrechts: nämlich die Privilegierung von KMU (i.S.d. Empfehlung 2003/361/EG<sup>72</sup>), des Kronzeugen und des sich vergleichenden Rechtsverletzers.

65 *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7, 12.

66 *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 339.

67 *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 345: „die angestrebte Perfektion ... als Feind einer praktikablen Schadensdurchsetzung“.

68 ErwG 13 RL.

69 So auch *Böni*, EWS 2014, 324, 325; *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7, 12; ähnlich wohl auch *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 339.

70 Zum deutschen Recht BGHZ 190, 145 ff. (*ORWT*); dazu auch *Müller-Graff*, FS Roth, 2015, S. 399 ff.

71 Zur derzeitigen deutschen Rechtslage und zu rechtspolitischen Perspektiven namentlich *Krüger*, Kartellregress, 2010; zum prinzipiellen Gleichlauf zwischen RL und deutschem Recht *Karsten Schmidt*, FS Roth, 2015, S. 521, 527 f.

a) Nach Art. 11 Abs. 2 und 3 RL ist die *Außenhaftung* eines *KMU*, dessen Anteil an dem relevanten Markt in der Zeit der Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht stets weniger als 5 % betrug, auf Schäden seiner unmittelbaren und mittelbaren Abnehmer beschränkt, „wenn die Anwendung der normalen Regeln der gesamtschuldnerischen Haftung seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit unwiederbringlich gefährden und seine Aktiva jeglichen Werts berauben würde“, vorausgesetzt, dass das *KMU* die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht nicht organisiert oder andere Unternehmen gezwungen hat, sich an der Zuwiderhandlung zu beteiligen, und auch „nicht bereits früher festgestelltmaßen gegen das Wettbewerbsrecht verstoßen hatte“. Dieser im Schrifttum teils scharf kritisierten Beschränkung<sup>73</sup> ist durchaus ein positiver wettbewerbspolitischer Sinn abzugewinnen, sofern sie nicht durch gezielte Konzerngestaltung missbraucht wird. Sie kann der wettbewerblichen Marktstruktur durch Verhinderung der wegen der Gesamtschuldnerschaft möglichen Insolvenzierung von *KMU* dienen, ohne diese aber im anteilsgemäßen *Innenausgleich* zu privilegieren, und sie greift nur unter den aufgeführten Bedingungen, die allerdings überwiegend höchst auslegungsbedürftig sind.<sup>74</sup> Es empfiehlt sich daher, diese Vorgaben zur Vermeidung von Vertragsverletzungsverfahren textgetreu in das deutsche Recht zu übernehmen und ihre Handhabung der Rechtsprechung zu überlassen.

b) Für den *Kronzeugen* ist die Beschränkung seiner gesamtschuldnerischen Außenhaftung anders gestaltet. Neben der Haftung gegenüber seinen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern haftet er auch gegenüber seinen unmittelbaren oder mittelbaren Lieferanten und darüber hinaus subsidiär auch gegenüber sonstigen Geschädigten, „wenn von den anderen Unternehmen, die an derselben Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht beteiligt waren, kein vollständiger Schadensersatz erlangt werden kann“.<sup>75</sup> Der Vorschlag, im deutschen Recht eine widerlegliche Vermutung einzuführen, dass letzteres der Fall ist,<sup>76</sup> entbehrt jeder Grundlage in der Empirie oder der Richtlinie. Zusätzlich wird der Kronzeuge aber auch im Innenverhältnis der Gesamtschuldner zweifach privilegiert. Zum einen darf der Ausgleichsbetrag des Rechtsverletzers, dem im Rahmen eines Kronzeugenprogramms der Erlass der Geldbuße zuerkannt wurde, nicht höher sein als der Schaden, den er seinen eigenen unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten verursacht hat.<sup>77</sup> Freilich muss er dies darlegen und nachweisen. Zum anderen

72 Abl. 2013 L 124/36.

73 Vgl. z.B. *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 344: „rechtspolitisch ... grundlegend verfehlt“; siehe auch *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7, 11; zu einer möglichen Kollision mit dem Primärrecht, falls dem Geschädigten durch die Privilegierung jeglicher Anspruch auf Schadensersatz genommen wird *Roth*, ZHR 179 (2015) 668, 687.

74 *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7, 11.

75 Art. 11 Abs. 4 RL.

76 In diese Richtung mit Beweislastverteilungsvorschlag *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7, 11.

ist im Falle von Schäden anderer Personen der Ausgleichsbetrag eines Kronzeugen gegenüber den anderen Rechtsverletzern anhand seiner relativen Verantwortung für diesen Schaden zu bestimmen.<sup>78</sup> Auch hier empfiehlt sich, die Vorgaben der Richtlinie texttreu in das deutsche Recht zu übernehmen. Dies gilt auch für die Haftungs- und Ausgleichsregeln des Art. 19 RL zugunsten des sich *vergleichenden Rechtsverletzers*.

4. Die Festlegung der Bestimmungen über die *Verjährungsfristen* (Beginn, Dauer, Unterbrechung, Hemmung) wird von Art. 10 RL grundsätzlich den Mitgliedstaaten überantwortet, doch hat dies im Einklang mit einigen Vorgaben der Richtlinie zu erfolgen, bei der lediglich die Mindestverjährungsfrist von fünf Jahren (Abs. 3) und die Hemmdauer von einem Jahr nach Beendigung eines gegenstandsbezogenen wettbewerbsbehördlichen Verfahrens (Abs. 4) nicht auslegungsbedürftig ist. Sie erfordert eine Verlängerung der derzeit im deutschen Recht geltenden Dreijahresfrist des § 199 BGB. Eine über die Richtlinievorgabe hinaus gehende Verlängerung, die im Interesse der Attraktivität des Prozessstandortes Deutschland im Wettbewerb mit anderen Prozessstandorten vorgeschlagen wird,<sup>79</sup> ist zweifelhaft, wenn dies zu einer wettbewerbsverzerrenden Kostenbelastung inlandsansässiger Unternehmen führt.

Die weiteren Vorgaben zur Verjährung sind voll von höchst auslegungsbedürftigen Begriffen: so der Verjährungsbeginn nicht vor „Beendigung“ der „Zu widerhandlung“ gegen das Wettbewerbsrecht (Problemstichwort: Dauerdelikt und Nachwirkung) und nicht vor „Kenntniserlangung“ oder „vernünftigerweise“ erwartbarer Kenntnis von „dem Verhalten und der Tatsache, dass dieses eine Zu widerhandlung gegen das Wettbewerbsrecht darstellt“ (Problemstichwort: Feststellung der Tatsache) und von „der Tatsache, dass ihm durch die Zu widerhandlung gegen das Wettbewerbsrecht ein Schaden entstanden ist“ (Problemstichwort: mittelbare Abnehmer oder Lieferanten) und von „der Identität des Rechtsverletzers“ (Problemstichwort: Rechtsträger im Konzern). Unbefriedigend ist an diesen Regelungen, dass sie den Beginn der Verjährungsfrist zum einen an für den Geschädigten unklare Begriffe knüpfen und zum anderen für den in Anspruch Genommenen zu Lasten seiner Planungssicherheit tendenziell unklar weit hinausschieben können (eine kenntnisunabhängige Verjährung wie § 199 Abs. 3 BGB sieht die Richtlinie nicht vor, schließt sie aber in den Grenzen des Erwägungsgrunds 36 RL auch nicht aus). Auch hier ist der mitgliedstaatliche Gesetzgeber gut beraten, die Formulierungen grundsätzlich texttreu zu übernehmen und die Klärung von Auslegungsfragen den mitgliedstaatlichen Gerichten und dem Auslegungsvorlageverfahren des Art. 267 AEUV zu überlassen. Eine widerlegliche Vermutung für das Kennenmüssen frühestens ab Einsicht in die vertrauliche

77 Art. 11 Abs. 5 S. 2 RL.

78 Art. 11 Abs. 6 RL.

79 Kersting/Preuß (Fn. 28), Rdn. 78.

Behördenentscheidung oder ab Veröffentlichung der rechtskräftigen Entscheidung<sup>80</sup> ist plausibel.

5. Angesichts des mit den Beweislastregeln verbundenen Bedarfs an *Beweismitteln*, die sich in der Verfügungsgewalt der Gegenseite oder Dritter einschließlich von Wettbewerbsbehörden befinden, widmet die Richtlinie deren *Offenlegung* auf Anordnung eines mitgliedstaatlichen Gerichts detaillierte (im Schrifttum bereits kritisierte<sup>81</sup>) Regeln: allgemeine mit Mindestnormcharakter<sup>82</sup> und spezielle mit Vollharmonisierungscharakter für die in den Akten einer Wettbewerbsbehörde enthaltenen Beweismittel<sup>83</sup> sowie ausfüllungsbedürftige für die judikative Sanktionierung von Verstößen gegen dieses Reglement.<sup>84</sup> Entstanden ist ein komplexes Regelwerk, mittels dessen das dreipolige Spannungsverhältnis von Offenlegungsinteresse, Vertraulichkeitschutzinteresse<sup>85</sup> und öffentlichem Verfolgungsinteresse mit höchst auslegungsbedürftigen Begriffen zu justieren gesucht wird: z.B. „substantiierte Begründung“; „mit zumutbarem Aufwand zugängliche Tatsachen und Beweismittel“; Stützung der „Plausibilität“ eines Anspruchs; „so genau und präzise wie möglich“ abgegrenzte Beweismittel oder „Kategorien von Beweismitteln“; „Verhältnismäßigkeit der angeordneten Offenlegung“; Offenlegung „vertraulicher Informationen, wenn ... sachdienlich“, „wirksame Maßnahmen für deren Schutz“.

Für das deutsche Recht besteht Anpassungsbedarf, aber auch Gestaltungsspielraum mit Anknüpfungspunkten im geltenden Recht,<sup>86</sup> dem hier nicht im Einzelnen nachzugehen ist.<sup>87</sup> Auch hier sollten judikative Feinabstimmungen möglich bleiben. Unberührt bleibt die Umsetzungspflicht des von der Richtlinie angeordneten absoluten Offenlegungsverbots von Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen,<sup>88</sup> solange der EuGH dieses wegen Verstoßes gegen den Effektivitätsgrundsatz nicht als primärrechtswidrig beurteilt, aus dem er bislang das Erfordernis der Abwägung „im Einzelfall“ „unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände“ ableitet.<sup>89</sup> Eine derartige Entschei-

80 Vorschlag von *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7, 11.

81 Sehr kritisch *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7, 9.

82 Art. 5 VIII RL.

83 Art. 6 und 7 RL.

84 Art. 18 RL.

85 Dazu umsichtig *Sanner*, Informationsgewinnung und Schutz von Unternehmensgeheimnissen in der privaten Kartellrechtsdurchsetzung, 2014, S. 533 ff.

86 So §§ 142, 422, 423 ZPO; § 242 BGB.

87 Vgl. dazu etwa *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 340f.; *Kersting/Preuß* (Fn. 28), Rdn. 177 ff.; Vorschläge zur „pre-action disclosure“ und Absenkung der Zugangsschwelle bei *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7, 9 f.

88 Art. 6 Abs. 6 RL.

89 EuGH, Rs. C-536/11 (*Bundeswettbewerbsbehörde/Donau Chemie u.a.*), ECLI:EU:C:2013:366, Rdn. 11 = EuZW 2013, 586; zuvor bereits EuGH, Rs. C-360/09 (*Pfleiderer*), ECLI:EU:C:2011:389, Rdn. 30f. Zur Entwicklung *Reichert/Walther*, GPR 2015, 120, 121 f.; kritisch daher z.B. *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7,

dung ist aber weder wahrscheinlich noch geboten. Denn zum einen stehen die einschlägigen, sich an die Mitgliedstaaten richtenden Aussagen des EuGH unter der klugen Prämisse „in Ermangelung einer verbindlichen unionsrechtlichen Regelung in diesem Bereich“, <sup>90</sup> können also bereits aus Sicht des EuGH durch einen Akt der Unionsrechtssetzung obsolet werden. Und zum anderen würde die Bedeutung der judikativen (*inter partes* ausgesprochenen) Konkretisierung eines abstrakten primärrechtlichen Grundsatzes zwecks Lösung eines bestimmten, legislativ noch nicht behandelten kartellrechtlichen Problems (mithin eines nicht zur Primärrechtssetzung, sondern zur einfachen Gesetzgebung „funktional äquivalenten“ <sup>91</sup> Spruchs des EuGH) zu Lasten des nach Artt. 103, 114 AEUV legitimierten legislativen (und *erga omnes* bindenden) Regelgestalters überspannt, versagte man diesem wegen einer vorweg getroffenen judikativen Aussage seine kartellpolitische Gestaltungsaufgabe. <sup>92</sup> Der allgemeinen Grenzziehung ist hier nicht nachzugehen. Der EuGH muss ggfs. seine (jüngst für die Dokumenten-Verordnung Nr. 1049/2001 ohnehin bereits mit einer Vermutungsregel zugunsten des Schutzes der Untersuchungstätigkeit akzentuierte <sup>93</sup>) Rechtsprechung mit der Richtlinie in Einklang bringen.

IV. Es ist absehbar, dass, sobald eine erste Versuchsreihe von Schadensersatzklagen nach den neuen Regeln durchlaufen sein wird, die Regeln auf ihre Geländegängigkeit zu *evaluieren* sein werden. Hierzu sollte auch die Harmonisierungstauglichkeit des Instruments der Richtlinie zur Zielerreichung in 28 verschiedenen Rechtsordnungen zählen. Der Termin für den von der Kommission zu erstellenden Prüfbericht an das Europäische Parlament und den Rat liegt bereits fest (27. 12. 2020) ebenso wie ein Mindestkatalog bestimmter darin zu behandelnder Fragen. <sup>94</sup> Einige Problemstellen sind bereits jetzt erkennbar. Deren Lösung sollte eher durch die pfadfindende Rechtsprechung als durch einen vorausseilend allzu kleinteilig schablonisierenden mitgliedstaatlichen Gesetzgeber erfolgen. Der Unionsgesetzgeber wird dann gefordert sein, wenn sich ergeben sollte, dass das schadensersatzrechtliche und kartellpolitische Idealziel des Schadensersatzes für jeden durch einen Kartellrechts-

---

9 ff.; a.A. Roth, ZHR 179 (2015) 668, 688. Allgemein kritisch zu dem EuGH-Topos „unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls“ Roth, FS Müller-Graff, 2015, S. 1087, 1097 f.

90 EuGH, Rs. C-360/09 (*Pfleiderer*), ECLI:EU:C:2011:389, Rdn. 23; s. auch EuGH, Rs. C-536/11 (*Bundeswettbewerbsbehörde/Donau Chemie u.a.*), ECLI:EU:C:2013:366, Rdn. 25.

91 So sehr treffend Roth, ZHR 179 (2015) 668, 681 f.; siehe zu dessen Unterscheidung der einschlägigen EuGH-Aussagen nach primärrechtlicher oder gesetzestretender, also vom Unionsgesetzgeber korrigierbarer Wertigkeit auch S. 687 f.

92 Für den legislativen Gestaltungsspielraum Roth, ZHR 179 (2015) 668, 688; Schweitzer, NZKart 2014, 335, 343 (Einschränkung bei Vergleichsausführungen).

93 EuGH, Rs. C-365/12 P (*EnBW*), ECLI:EU:C:2014:112, Rdn. 93, 100 ff., 117.

94 Art. 20 RL.

verstoß Geschädigten ohne Überkompensation und ohne Nichthaftung oder Mehrfachanspruchnahme des Rechtsverletzers in der praktischen Verwirklichung nicht ohne die Schaffung eines verstoßdefinierten Gesamtmechanismus (unter Ablösung eines Systems fragmentierter Individualverfahren) auskommt. Es ist daher nicht unklug, dass die Kommission mit einer Empfehlung und einer Mitteilung aus dem Jahre 2013<sup>95</sup> die Entwicklung eines kollektiven Rechtsschutzsystems in rechtspolitischer Reserve hält.

Peter-Christian Müller-Graff

---

95 ABl.EU 2013 L 201, 60; sowie Mitteilung KOM(2013) 401 endg.; zur Diskussion aus jüngerer Zeit: *Hempel*, in: Möschel/Bien (Fn. 8), S. 71 ff.; *Bien*, NZKart 2013, 12 ff.; *Eckel*, WuW 2015, 4 ff.; *Kersting/Preuß* (Fn. 28), Rdn. 315.