

**Stellungnahme des
Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, des Bundesministeriums der Justiz,
des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz und des
Bundeskartellamts zum Weißbuch
„Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts“
der Europäischen Kommission**

1. Private Schadensersatzklagen als ergänzendes Element der Kartellrechtsdurchsetzung

Die stellungnehmenden Ressorts und das Bundeskartellamt begrüßen die Vorlage des Weißbuchs „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts“ durch die Europäische Kommission. Dieser Schritt wird - aufbauend auf den Konsultationsergebnissen zum Grünbuch - weitere Diskussionen über die private Kartellrechtsdurchsetzung anstoßen und dazu beitragen, mögliche Defizite im Rechtsrahmen der Mitgliedstaaten zu beheben und damit die Kartellrechtsdurchsetzung insgesamt zu verbessern.

Das wesentliche wettbewerbspolitische Anliegen der Kommission, Kartellverstöße so effektiv wie möglich zu bekämpfen, ist uneingeschränkt zu unterstützen. Kartellrechtswidriges Handeln ist gesamtwirtschaftlich schädlich, unerwünscht und führt regelmäßig zu Vermögensschäden bei den hiervon betroffenen Unternehmen und Verbrauchern. Die private Kartellrechtsdurchsetzung ist ein wichtiges Element, das die in Europa vorherrschende behördliche Kartellrechtsdurchsetzung wirksam ergänzt. Wirksame und geeignete rechtliche Rahmenbedingungen für private Schadensersatzklagen sind eine Grundvoraussetzung für die Kompensation der Geschädigten. Zudem mindern realistisch drohende Schadensersatzverpflichtungen den Anreiz für Kartellrechtsverstöße. Sie unterstreichen, dass es sich dabei um rechtswidrige Handlungen handelt, die von der Rechtsordnung missbilligt werden.

In Deutschland ergänzen zivilrechtliche Klagen, auch auf Schadensersatz, bereits heute die Arbeit der Kartellbehörden. Mit den deutlich verbesserten rechtlichen Voraussetzungen für Privatkläger, die in Deutschland mit der 7. GWB-Novelle in Kraft getreten sind, wurde ein weiterer wesentlicher Schritt getan. Das Grün- und das Weißbuch sind in den Mitgliedstaaten auf große Resonanz gestoßen. Das wird Veränderungen in den nationalen Rechtssystemen nach sich ziehen und bestehende Defizite bei privaten Schadensersatzklagen verringern. Weitergehender legislativer Maßnahmen auf europäischer Ebene bedarf es deshalb nicht.

2. Allgemeine Anmerkungen zu den Vorschlägen des Weißbuchs

a) Leitprinzipien des Weißbuchs

Das Weißbuch enthält drei Leitprinzipien: die zwingende Erforderlichkeit eines genuin europäischen Rechtsrahmens, die vollständige Entschädigung der Geschädigten und die Sicherstellung einer starken behördlichen Durchsetzung der Art. 81/82 EG.

Die stellungnehmenden Ressorts und das Bundeskartellamt sehen das erstgenannte Leitprinzip eines genuin europäischen Rechtsrahmens nur als eine Abgrenzung gegenüber dem US-amerikanischen Rechtsrahmen für private Schadensersatzklagen, die die europäische Rechtskultur und –tradition betont. Es ist jedoch als inhaltliche Definition ungeeignet. Der europäische Rechtsrahmen sollte sich aus der Summe der mitgliedstaatlichen Regelungen konstituieren und nicht durch einen gemeinschaftsrechtlichen Legislativakt begründet werden.

Das Weißbuch schweigt zu der Frage, auf welche Rechtsgrundlage die Kommission ihre Vorschläge für legislative Maßnahmen stützen will. Die Entscheidungen des EuGH in den Rechts-sachen *Courage* und *Manfredi* verpflichten davon abgesehen die Europäische Kommission nicht dazu, den Rechtsrahmen für Schadensersatzklagen durch eigene Legislativakte zu verändern. Sie weisen - ganz im Gegenteil - den Mitgliedstaaten hier die zentrale Rolle zu. Dies vernachlässigt die Kommission; die vorgeschlagenen legislativen Maßnahmen tragen dem für alle Maßnahmen der Gemeinschaft relevanten Subsidiaritätsprinzip, Art. 5 EG, nicht Rechnung. Die Kommission hat nicht überzeugend darlegt, dass die - unterstützenswerten - Ziele des Weißbuchs nicht ausreichend auf Ebene der Mitgliedstaaten erreicht werden können. Die steigende Zahl kartellrechtlicher Schadensersatzklagen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die jüngst ihre nationalen Rechtsordnungen überarbeitet haben, belegen, dass eine effektive private Kartellrechtsdurchsetzung auf der Ebene der Mitgliedstaaten ausreichend gewährleistet werden kann.

Die stellungnehmenden Ressorts und das Bundeskartellamt erachten in Übereinstimmung mit der Kommission die Kompensation der erlittenen Schäden und eine starke behördliche Durchsetzung der Art. 81/82 EG als wichtige Ziele. Die unterschiedlichen Zwecke von privaten Schadensersatzansprüchen und kartellbehördlichen Maßnahmen müssen angesichts der Tatsache erhalten bleiben, dass diese in einer Gesamtschau einen sich ergänzenden und erwünschten Lenkungseffekt in Richtung auf die Einhaltung des Kartellrechts bewirken. Dabei sollte das Leitprinzip einer starken behördlichen Rechtsdurchsetzung nicht in Frage gestellt werden.

Behördliche und private Instrumente sind maßvoll auszutarieren, damit sich deren Wirkungen verstärken und private Schadensersatzklagen die behördliche Durchsetzung nicht schwächen.

b) Keine sachliche Rechtfertigung von sektoralen Sonderregelungen

Aus Sicht der stellungnehmenden Ressorts und des Bundeskartellamtes sind weiterhin keine überzeugenden Gründe für zivilrechtliche und zivilprozessuale Sonderregelungen für das Kartellrecht erkennbar. Einheitliche materielle Standards für das Wettbewerbsrecht sind im Binnenmarkt notwendig und heute weitestgehend Realität. Die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen richtet sich dagegen weitgehend nach den allgemeinen, in vielfältiger Hinsicht grundlegend unterschiedlichen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten. Auch der EuGH geht in der Rechtssache *Manfredi* davon aus, dass die Modalitäten privater Schadensersatzansprüche durch das innerstaatliche Recht der Mitgliedstaaten geregelt werden. Ohne ein nachgewiesenes konkretes Bedürfnis sollte hiervon nicht abgewichen werden. Die Erforderlichkeit für spezifische kartellrechtliche Regelungen durch europäische Legislativmaßnahmen ist aus hiesiger Sicht hinsichtlich der Mehrzahl der vorgeschlagenen Maßnahmen nicht gegeben und von der Kommission nicht ausreichend belegt.

c) Differenzierung

Aus Sicht der stellungnehmenden Ressorts und des Bundeskartellamtes ist im Rahmen der Diskussion kartellrechtlicher Schadensersatzklagen außerdem eine Differenzierung geboten. Die im Weißbuch vorgeschlagenen Maßnahmen beziehen sich grundsätzlich auf alle Gruppen von Geschädigten und alle Formen von Verstößen gegen die Artikel 81 und 82 des EG-Vertrages. Sie erfassen sowohl Folgeklagen (nach bestandskräftiger Feststellung eines Verstoßes durch die Wettbewerbsbehörde) als auch eigenständige Klagen. Zum einen ist zwischen den Fällen der besonders schädlichen hardcore-Kartelle und Missbrauchsfällen zu differenzieren. Und zum anderen zwischen eigenständigen und Folgeklagen. Denn die Ausgangssituation für einen Kläger unterscheidet sich je nach Klagegrund und Klageart signifikant, was bei den vorgeschlagenen Lösungsansätzen zu berücksichtigen ist.

d) Rechtssicherheit

Die Europäische Kommission will mit ihren Vorschlägen für einheitlichere Verhältnisse bei wettbewerbsrechtlichen Schadensersatzklagen möglichst für mehr „Rechtssicherheit“ sorgen. Aus Sicht der stellungnehmenden Ressorts und des Bundeskartellamtes ist zunächst fraglich, ob in diesem Bereich tatsächlich in nennenswertem Umfang ein Rechtssicherheitsproblem besteht. Die Durchsetzung von Schadensersatzklagen ist in den Mitgliedstaaten rechtsgebietsübergreifend durch allgemeingültige Bestimmungen geregelt. Deren Bedeutungsgehalt ist durch eine breite Anwendungspraxis weitgehend geklärt; die einschlägige Rechtsprechung ist den Rechtsanwendern vertraut, die *rechtliche* Würdigung weitgehend vorhersehbar. Neue, genuin gemeinschaftsrechtliche Regeln würden hier mehr Auslegungsfragen aufwerfen denn lösen.

Selbst wenn aber solche Probleme bestünden, scheint es fraglich, ob die Vorschläge des Weißbuchs hier abhelfen können. Die Kommission strebt nur nach oben offene Mindeststandards an, hält also weitergehendere Vorschriften in einzelnen Mitgliedstaaten (z.B. hinsichtlich des Zugangs zu Beweismitteln, Verfügbarkeit von Strafschadensersatz) für unschädlich. Dies ist unter der Zielsetzung größerer Abschreckung nachvollziehbar. Mehr *Rechtssicherheit* ist von Mindeststandards aber nicht zu erwarten.

e) Konsistenz der europäischen Wettbewerbspolitik

Die Vorschläge der Kommission sollten sich konsistent in den Rahmen ihrer sonstigen wettbewerbspolitischen Initiativen einpassen. Etwaige Widersprüche zwischen den verschiedenen Initiativen bzw. Zielsetzungen sollten im Interesse einer effektiven Durchsetzung des Kartellrechts vermieden werden.

Die Europäische Kommission hat im Zuge ihres *more economic approach* die Anforderungen an den Nachweis einer die Konsumentenwohlfahrt beeinträchtigenden *Auswirkung* im Einzelfall deutlich erhöht. Dies könnte insbesondere im Bereich des Art. 82 EG einen dämpfenden Einfluss auf die Anzahl privater Schadensersatzklagen haben. Die dort möglicherweise notwendig werdende hoch komplexe Analyse des Kartellrechtsverstößes kann dazu führen, dass solche Prozesse als eigenständige Verfahren ohne eine Untersuchung des gesamten Marktes und ohne genaue Kenntnisse von sensiblen Daten anderer Marktbeteiligter von Privaten praktisch nicht mehr zu führen sind. Die für ökonomische Sachverständige erforderlichen Aufwendungen steigern die Komplexität und Kosten derartiger Klagen erheblich. Die Vorhersehbarkeit des Ausgangs eines kartellrechtlichen Zivilprozesses leidet. Dies sind alles Faktoren, die auf private

Kläger abschreckend wirken. Gleiches gilt für die jüngste Initiative der Europäischen Kommission, Verständigungen in Kartellfällen zu erleichtern (sog. „Direct Settlements“) und ihre Praxis, große Kartellverfahren durch Verpflichtungszusagen nach Art. 9 VO 1/2003 zu beenden. Die Chancen für die Erhebung erfolgreicher *follow-on* Klagen werden hierdurch deutlich beeinträchtigt.

3. Anmerkungen zu den spezifischen Vorschlägen des Weißbuchs

a) Klagebefugnis / kollektiver Rechtsschutz

Aus Sicht der stellungnehmenden Ressorts und des Bundeskartellamtes ist den Urteilen des EuGH in den Rechtssachen *Courage* und *Manfredi* nicht zu entnehmen, dass undifferenziert „jedermann“ im Fall eines kartellrechtlichen Schadens klagebefugt sein muss. Vielmehr hat der EuGH in der Rechtssache *Manfredi* selbst ausdrücklich klargestellt, dass die Bestimmung der Einzelheiten der Anspruchsvoraussetzungen „einschließlich derjenigen für die Anwendung des Begriffs ursächlicher Zusammenhang“ Aufgabe des innerstaatlichen Rechts sei (Rn. 64). Danach obliegt den Mitgliedstaaten - im Rahmen des Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatzes - den Kreis der Anspruchsberechtigten fein zu justieren. Einer sekundärrechtlichen Gemeinschaftsregelung bedarf es hierfür nicht.

Eine Klagebefugnis für Verbände sieht das deutsche Recht bislang nur für Unterlassungsklagen durch bestimmte Verbände zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen vor (§ 33 Abs. 2 GWB); daneben besteht ein subsidiärer Anspruch auf Vorteilsabschöpfung nach § 34a GWB, wobei der wirtschaftliche Vorteil an den Bundeshaushalt fließt. Die von der Kommission vorgeschlagene Verbandsklage kann sich auch als "Opt-out-Gruppenklage" darstellen, da nach Vorstellung der Kommission bei Klageeinreichung schon die Identifizierbarkeit des Geschädigten ausreichen soll und die Möglichkeit vorgesehen ist, sich von dieser Klage zu distanzieren (vgl. Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen Rn. 52 mit Fn. 30, und Rn. 61). Eine auf Schadenersatz gerichtete Verbandsklage, die eine "Opt-out-Gruppenklage" nicht ausschließt, ist abzulehnen. Sie ist mit dem in Deutschland und den meisten übrigen Mitgliedstaaten vorherrschenden System der individuellen Klageerhebung nur schwer vereinbar. Danach ist jeder Einzelschaden individualisiert darzulegen und zu beweisen. Dies ist im Rahmen einer Opt-out-Verbandsklage, bei der auch die Identifizierbarkeit der Gruppe ausreicht, kaum möglich, da der Verband regelmäßig die individuellen Einzelschäden nicht kennt. Damit kann das Gericht den Sachverhalt in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht nicht vollständig aufklären. Zudem droht der Beklagte mehrfach wegen desselben Schadens in Anspruch genommen zu

werden, wenn bei Opt-out-Klagen neben dem Verband auch einzelne Geschädigte klagen. Im Ergebnis wird durch eine auf Schadenersatz gerichtete Opt-out-Verbandsklage keine materielle Gerechtigkeit erreicht; der Beklagte wird lediglich nach dem Vorbild der US-amerikanischen "class action" mithilfe öffentlichen Drucks zum Abschluss eines Vergleichs gezwungen. Ein solches System würde nicht der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts dienen, sondern die Erhebung unbegründeter und missbräuchlicher Klagen begünstigen.

Einzuräumen ist, dass das Missverhältnis zwischen dem Aufwand der Klageerhebung und dem Ausmaß des Schadens des Einzelnen bei Streuschäden dazu führen kann, dass der Geschädigte von der individuellen Durchsetzung seines Schadenersatzanspruchs absieht. Um zu verhindern, dass der Schädiger hiervon profitiert, unterbreitet das Weißbuch Vorschläge für eine "Opt-in-Gruppenklage". Dies ist nach deutschem Recht durch Abtretung der Schadenersatzansprüche an einen Dritten zur gesammelten Geltendmachung schon jetzt möglich. Ähnliches gilt für die Rechtsordnungen anderer Mitgliedstaaten (vgl. die französische "action en représentation conjointe" oder die auf § 227 ZPO-Ö beruhende Sammelklage nach österreichischem Recht). Im Interesse einer widerspruchsfreien Einbindung etwaiger gemeinschaftsrechtlicher Regelungen in die bestehenden Prozessrechtssysteme sollte dieser Weg anstelle der Schaffung einer Verbandsklagebefugnis mit Opt-out-Mechanismen weiter verfolgt werden. Als in ihren Wirkungen einer Sammelklage ähnlich - und damit als ein ebenfalls in die Betrachtungen künftiger effizienter Rechtsgestaltung einzubeziehendes Modell - erscheint die auf der Grundlage des geltenden Rechts bereits praktizierte Abtretung einzelner Schadenersatzansprüche an einen Dritten, der sein Geschäftsmodell auf deren kollektive Geltendmachung ausgerichtet hat.

Wie dargelegt ist es ein Wesensmerkmal des Schadensrechts, dass ein Schaden nur individualisiert für einen namentlich benannten Rechtsträger bemessen werden kann. Dies gilt insbesondere für die Geltendmachung des entgangenen Gewinns. Die Möglichkeit einer Schadensersatzklage im Namen anonymer Angehöriger einer allgemein definierten Gruppe steht hierzu in Widerspruch. Soweit die jeweils Geschädigten nicht benannt werden können, geht es letztlich nicht um die Wiedergutmachung eines individuell erlittenen Schadens, sondern um die Abschöpfung der Kartellrendite. Hierfür stellt das deutsche Recht mit der Vorteilsabschöpfung in §§ 34 und 34a GWB bereits eine geeignete Regelung zur Verfügung. Diese sieht vor, dass der Mehrerlös, soweit er nicht dem Ausgleich individuell nachgewiesener Schäden dient, dem Fiskus und damit letztlich der Allgemeinheit zugute kommt. Eine direkte und unmittelbare Finanzierung von

Interessenverbänden (dies gilt auch für Verbraucherverbände) durch eine als „Schadensersatz“ bezeichnete Mehrerlösabschöpfung ist nach hiesiger Überzeugung nicht sachgerecht: anders als staatlichen Verfolgungsorgane sind die Interessenverbände nicht dem öffentlichen Interesse verpflichtet; bei einer flächendeckenden Mehrerlösabschöpfung im Eigeninteresse des Verbandes drohte eine erhebliche Beeinträchtigung der Wirksamkeit der Kronzeugenregelung zulasten der Effektivität der Kartellverfolgung insgesamt.

b) Zugang zu Beweismitteln

Das Weißbuch regt die Einführung weitreichender Offenlegungsregeln in Anlehnung an die disclosure-Regeln des angelsächsischen Rechtsraums an. Danach wären die Parteien verpflichtet, ganze Kategorien von Dokumenten, die nach dem Klägervortrag im Zusammenhang mit dem Streitgegenstand stehen, offenzulegen; der Kläger wäre von der Pflicht entbunden, die vorzulegenden Beweismittel hinreichend genau zu substantiieren. Eine solche Regelung ermöglichte die gegenseitige Ausforschung und wäre mit wesentlichen Grundgedanken der deutschen Rechtsordnung (*ordre public*) unvereinbar.

Im Übrigen besteht für eine derart weitgehende Regelung auch kein Bedarf. Das deutsche Recht verfügt mit der Anordnung der Urkundenvorlegung nach § 142 ZPO, dem Auskunftsanspruch nach § 242 BGB, dem Institut der sekundären Darlegungslast, der Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen sowie der Möglichkeit der Schadensschätzung nach § 33 Abs. 3 GWB iVm 287 ZPO – wie auch andere kontinentale Rechtsordnungen – über geeignete Instrumente, den besonderen Beweisschwierigkeiten des Klägers im Kartellzivilverfahren Rechnung zu tragen. Soweit in einzelnen Mitgliedstaaten noch Verbesserungsbedarf bestehen sollte, kann dieser im Rahmen der nationalen Verfahrensordnung umgesetzt werden. Für eine grundlegende Entscheidung wie die gemeinschaftsweite Einführung einer *discovery* in das kontinentaleuropäische Zivilverfahrensrecht besteht im Sinne des Subsidiaritätsprinzips keine Notwendigkeit.

c) Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen

Der Vorschlag des Weißbuchs, bestandskräftigen Entscheidungen der nationalen Kartellbehörden, auch für einzelstaatliche Gerichte bindende Wirkung zukommen zu lassen, begegnet inhaltlich keinen Bedenken. Einer gemeinschaftlichen Regelung bedarf es hierfür aber nicht, wie das deutsche Beispiel zeigt. Denn der Vorschlag entspricht im Wesentlichen der in Deutschland bereits geltenden Vorschrift des § 33 Abs. 4 GWB.

d) Verschuldenserfordernis und Schadenersatz

„Verschulden“ und „Schaden“ sind zentrale Begriffe der mitgliedstaatlichen Zivilrechtsordnungen und als solche den zuständigen Gerichten aus der alltäglichen Anwendungspraxis des allgemeinen Zivilrechts vertraut; ihre gemeinschaftsrechtliche Kodifikation rührte an die Kernkompetenzen der Mitgliedstaaten im Bereich des Zivilrechts und führte zu einer Sektoralisierung der allgemeinen Voraussetzungen des Deliktsrechts, ohne dass dem ein Mehrwert in der Sache gegenüberstände.

Es ist nicht ersichtlich - und auch von der Kommission bislang nicht an konkreten Einzelfällen belegt - dass die nationale Ausgestaltung des Verschuldensbegriffs die Effektivität der privaten Durchsetzung in irgendeiner Form unangemessen behindert hätte. Gleichzeitig erfüllt das Verschuldenserfordernis bei allen deliktischen Ansprüchen eine wichtige Funktion. Es wirkt, abseits der ohnehin unproblematisch schuldhaften Fälle von Hardcore-Kartellen, als Regulativ, um bei unklarer Rechtslage, vor allem im Bereich des Art. 82 EG, die Handlungsspielräume von Unternehmen nicht über Gebühr einzuschränken. Eine verschuldensunabhängige Haftung würde sich demgegenüber weit vom allgemeinen System des Schadenersatzes entfernen. Zudem stünde bei einer verschuldensunabhängigen Haftung zu befürchten, dass die wünschenswerte Risikobereitschaft von Unternehmen im Bereich des vorstoßenden Wettbewerbs sinkt, da das Risiko der Haftung steigen würde. Der differenzierende Grundgedanke des Verschuldens kommt deshalb regelmäßig auch im kartellbehördlichen Bereich bei der Entscheidung zum Tragen, ob ein Verwaltungs- oder Bußgeldverfahren eingeleitet wird. Der „genuin entschuldbarer Irrtum“, auf den die Kommission in ihrer vorgeschlagenen Klarstellung rekurriert, hilft diesen grundsätzlichen Bedenken nicht ab. Denn er führt eine neue, in den nationalen Rechtsordnungen nicht bekannte Rechtsfigur ein. Bei ihr ist trotz der Kurzdefinition nicht klar, wann ein solcher genuin entschuldbarer Irrtum vorliegt, noch, ob dadurch die Rechtswidrigkeit oder das Verschulden des Handelnden entfällt.

Hinsichtlich der ersatzfähigen Schadensposten bestehen bereits nach geltendem Recht im Grundsatz keine Unterschiede. *Damnum emergens* (Verlust), *lucrum cessans* (entgangener Gewinn) und der Anspruch auf Zinsen sind – wie auch vom EuGH in *Manfredi* als Mindeststandard des europäischen Primärrechts anerkannt – seit jeher in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen ersatzfähig. Die einzige für das level-playing-field überhaupt relevante Divergenz, nämlich die mögliche Verfügbarkeit von exemplary damages bei eigenständigen Klagen im angelsächsischen Rechtsraum, wird dagegen nicht beseitigt.

Gegen den Vorschlag der Kommission, einen pragmatischen und unverbindlichen Orientierungsrahmen für die Schadensberechnung zu erarbeiten, bestehen keine grundlegenden Bedenken. Eine substantielle Verbesserung der Situation von Klägern oder Gerichten dürfte damit aber nicht verbunden sein, da sich der vielfach sehr schwierig zu berechnende Schaden in Kartellverfahren schematischen Lösungsansätzen, die der Orientierungsrahmen allenfalls bieten kann, entzieht.

e) Abwälzung des Schadens

Nach dem Vorschlägen des Weißbuchs soll die beklagte Partei das Recht haben, im Falle einer Schadensersatzklage wegen Preisaufschlägen den Einwand der Schadensabwälzung geltend zu machen. Ein indirekter Abnehmer soll sich auf die widerlegliche Vermutung berufen können, dass der rechtswidrige Preisaufschlag in vollem Umfang auf ihn abgewälzt wurde.

Es ist nachvollziehbar, dass die Kommission die Position des indirekten Abnehmers, insbesondere, wenn es sich um den Letztabnehmer in der Absatzkette handelt, stärken will. In Fällen, in denen eine Schadensabwälzung stattgefunden hat und der direkte Abnehmer kein Interesse an der Geltendmachung eines Schadens hat, kann ansonsten das Ergebnis entstehen, dass – unabhängig von einem möglichen Vorgehen der Kartellbehörden zur Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils – keine Schadensersatzansprüche durch Geschädigte geltend gemacht werden.

Eine pauschale gesetzliche Regelung der „passing-on defence“ ist jedoch abzulehnen. Angesichts der Notwendigkeit, Besonderheiten im Einzelfall Rechnung tragen zu können und der Erforderlichkeit einer im Hinblick auf die Gesamtrechtsordnung kohärenten Lösung ist eine pauschale gesetzliche Regelung nicht sachgerecht. Den Gerichten muss die Möglichkeit einer rechtlichen Bewertung verbleiben, ob die Berücksichtigung des Vorteils dem Zweck des Schadensersatzes entspricht und den Schädiger nicht unbillig entlastet (so das Prinzip der „Vorteilsausgleichung“ im deutschen Schadensersatzrecht). Im Ergebnis wird danach die „passing-on defence“ nur im Ausnahmefall zur Anwendung kommen.

Zudem ist eine gesetzliche Vermutung, dass der gesamte Mehrpreis bis an die letzte Marktstufe weitergereicht wurde, nicht unproblematisch. Eine Erleichterung der Darlegungs- und Beweislast durch eine widerlegliche Vermutung kommt nur ausnahmsweise in Betracht. Die Weiterwälzung entspricht keinem allgemeingültigen wirtschaftlichen Erfahrungssatz. Ob und inwieweit eine

Weiterwälzung stattfindet, hängt u.a. vom Wettbewerbsdruck auf der Zwischenstufe, Elastizität der Nachfrage auf den nachgelagerten Marktstufen, Reaktion der Mitbewerber ab. Vor allem aber liegen die für den Gegenbeweis maßgeblichen Informationen über die Preisbildung auf den Zwischenstufen gerade nicht in der Sphäre der Kartellbeteiligten, sondern in der Hand unbeteiligter Dritter. In dieser Situation ist eine Vermutung der Weiterwälzung (die letztlich nichts anderes ist als die für das Zivilrecht einzigartige Vermutung des Schadens selbst) nicht unproblematisch. Der Beklagte wird hier regelmäßig keine realistische Chance haben, die Vermutung zu widerlegen (dies gilt um so mehr, als die Abnehmer auf der Zwischenstufe ein schutzwürdiges Interesse daran haben, Einzelheiten ihrer Preiskalkulation gegenüber dem kartellbeteiligten Lieferanten geheim zu halten).

Durch eine generelle Vermutung der Schadensabwälzung entstehen zudem Probleme bei der Aufteilung des überhöhten Kaufpreises zwischen allen Klageberechtigten. Außerdem besteht das Risiko einer mehrfachen Inanspruchnahme des Kartellanten. Der bloße Aufruf der Kommission zur „Ermutigung“ der einzelstaatlichen Gerichte, im Falle von gemeinsamen, parallelen oder aufeinander folgenden Klagen von Abnehmern, die auf verschiedenen Vertriebsstufen tätig sind, alle ihnen nach einzelstaatlichem gemeinschaftlichem und internationalen Recht zur Verfügung stehenden rechtlichen Mittel auszuschöpfen, um eine zu niedrige oder zu hohe Entschädigung für den aufgrund eines Wettbewerbsverstoßes erlittenen Schaden zu vermeiden, löst diese Problematik nicht. Vor diesem Hintergrund dürfte die geltende Regelung des § 33 Abs. 3 Satz 2 GWB jedenfalls den effektivsten Weg zur Durchsetzung der wettbewerbsrechtlichen Regelungen darstellen, da sie die prozessuale Situation der unmittelbar und primär durch den Wettbewerbsverstoß betroffenen Direktabnehmer stärkt und damit die Wahrscheinlichkeit einer erfolgreichen Inanspruchnahme des Verletzers maximiert. Jedenfalls sollten die praktischen Erfahrungen mit der vom deutschen Gesetzgeber statuierten Lösung zunächst abgewartet werden.

f) Verjährung

Für kartellrechtliche Schadenersatzansprüche gelten die allgemeinen Verjährungsregelungen nach den §§ 195 ff. BGB. Diese Regelungen ermöglichen die wirksame Durchsetzung der Schadenersatzansprüche. Insbesondere gewährleisten sie, dass die Verjährung nicht während der Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften durch die zuständige Wettbewerbsbehörde eintritt. Sie sind so ausgestaltet, dass nach Beendigung des behördlichen Verfahrens ausreichend Zeit besteht, um eine Schadenersatzklage vorzubereiten. Dies wird erreicht, ohne dass der

vorgeschlagene Neubeginn der Verjährungsfrist nach Abschluss des Verfahrens vor der Kartellbehörde vorgesehen wird.

In Deutschland wird die Verjährung von Schadensersatzansprüchen gehemmt, wenn eine Kartellbehörde wegen eines Verstoßes ein Verfahren eingeleitet hat. Die Hemmung endet sechs Monate nach Beendigung dieses Verfahrens. Dem Verfahren vor der Kartellbehörde wird so die gleiche verjährungsrechtliche Wirkung beigelegt wie den Maßnahmen des Geschädigten zur Durchsetzung des Anspruchs. Damit ist sichergestellt, dass individuell Geschädigte die ebenfalls im deutschen Recht vorgesehene Bindungswirkung in Anspruch nehmen können, ohne die Verjährung ihrer Ansprüche befürchten zu müssen. Nach Beendigung des Verfahrens vor der Kartellbehörde haben sie immer einen Zeitraum von sechs Monate, während dessen die Verjährung des Schadensersatzanspruchs weiter gehemmt ist, und die noch laufende Verjährungsfrist, um die Schadensersatzklage vorzubereiten. Dies ist ausreichend Zeit für eine wirksame Geltendmachung des Anspruchs. Eines Neubeginns der Verjährung anstelle einer Hemmung bedarf es nicht.

g) Kosten

Die Anregung der Kommission an die Mitgliedstaaten im Weißbuch, ihre Kostenregeln für kartellrechtliche Schadensersatzklage klägerfreundlicher auszugestalten, sind zum Teil in Deutschland bereits geltendes Recht.

Eine Abkehr vom Prinzip, dass die unterliegende Partei grundsätzlich die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat, lehnen die stellungnehmenden Ressorts und das Bundeskartellamt ab. Dieses Prinzip stellt bei kartellrechtlichen wie sonstigen zivilrechtlichen Klagen sicher, dass aussichtslose und missbräuchliche Klagen unterbleiben und Unternehmen nicht durch das Kostenrisiko de facto zu Vergleichen gezwungen werden. Dem Vorschlag des Weißbuchs ist nicht zu entnehmen, wer bei dessen Umsetzung die Kosten des Unterliegenden tragen sollte. Aus hiesiger Sicht ist dies weder dem Obsiegenden noch der Allgemeinheit zuzumuten. Denn sie müssten für Kosten aufkommen, die sie weder veranlasst haben noch hieraus einen Vorteil ziehen können.

Vergleiche werden bereits heute durch die bestehenden deutschen Kostentragungsregelungen begünstigt. Im deutschen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen besteht zudem bei kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen die Möglichkeit einer Streitwertanpassung, sofern die

betreffende Partei glaubhaft macht, dass die Belastung mit den Prozesskosten nach dem vollen Streitwert ihre wirtschaftliche Lage erheblich gefährden würde (§ 89a GWB).

h) Verhältnis zwischen privaten Schadensersatzklagen und Kronzeugenprogrammen

Nach Auffassung der stellungnehmenden Ressorts und des Bundeskartellamts sind die Kronzeugenprogramme für die gesamte Kartellrechtsdurchsetzung von überragender Bedeutung. Aus diesem Grund ist bei der Ausgestaltung der privaten Rechtsdurchsetzung des Kartellrechts darauf zu achten, dass sie die Wirksamkeit von Kronzeugenprogrammen der Mitgliedstaaten so wenig wie möglich beeinträchtigt.

Dementsprechend muss der Schutz der vertraulichen Angaben von Kronzeugen gewährleistet bleiben. Gleichzeitig ist zu bedenken, dass jede über den Status Quo hinausgehende Erleichterung von privaten Schadensersatzklagen unweigerlich die Attraktivität der Kronzeugenregelung beeinträchtigt. Kritisch in diesem Zusammenhang sind deshalb insbesondere die im Weißbuch vorgeschlagenen Regelungen, nach denen der Schädiger mehrfach in Anspruch genommen werden kann, sowie die weit reichenden zivilprozessrechtlichen Beweisbeibringungspflichten und die Möglichkeit einer opt-out Verbandsklage.

Die Frage, inwiefern der Schutz von „Kronzeugen“ zu Lasten der anderen Schädiger und der Geschädigten gerechtfertigt ist, ist letztlich von den nationalen Rechtsordnungen zu lösen. Derzeit besteht in Deutschland keine Möglichkeit, in die privatrechtlichen Ansprüche der Geschädigten einzugreifen, da die Kronzeugenregelung lediglich auf Verwaltungsgrundsätzen des Bundeskartellamtes beruht.

Berlin/Bonn, den 14. Juli 2008