



FIW - Bonner Kolloquium, 9. Juli 2008

Das Weißbuch der EU-Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)
Friedrich-Schiller-Universität Jena

1. Ausgangspunkt

1. **EuGH „Courage“ (2001) und „Manfredi“ (2006):** volle praktische Wirksamkeit des Art. 81 EG wäre beeinträchtigt, wenn nicht „jedermann“ kausalen Schaden ersetzt verlangen könnte.
2. **VO 1/2003:** dezentrale Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts u.a. durch private Schadenersatzklagen
3. **Ashurst-Studie (2004):** „erstaunliche Vielfalt und totale Unterentwicklung“ der Kartell-Schadenersatzklage
4. **Impact Study (2007):** EU-weit nicht geltend gemachter Schaden zwischen 5,7 und 23,3 Mrd. Euro per anno
5. **US-Recht:** größere Bedeutung privater Klagen als in EU

2. Zielsetzung

1. vorrangiges Ziel ist **vollständige Entschädigung**
=> „Durchsetzung privater Rechte“
2. dadurch Steigerung der **Abschreckungswirkung**
und Verbesserung der Rechtsdurchsetzung
=> „private Rechtsdurchsetzung“
3. „**behördliche Durchsetzung ergänzt, nicht aber ersetzt oder gefährdet**“
=> „Vorrang behördlicher Rechtsdurchsetzung“

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Jena

3

3. Vorschläge

- 2.1. **Klagebefugnis: indirekte Abnehmer und kollektiver Rechtsschutz**
 - a) „**jedermann**“
 - Klagebefugnis indirekter Abnehmer entspricht EuGH-Rspr.
 - **in Deutschland (D)**: erfüllt durch § 33 Abs. 1 GWB (str.)
 - b) **Verbandsklagen**
 - **D**: Ansätze in §§ 33 Abs. 2, 34a GWB
 - c) **Opt in-Gruppenklagen („class actions“)**
 - **D**: nicht Gesetz, aber de facto ermöglicht durch Zulassung des **CDC**-Abtretungsmodells (OLG Düsseldorf, 14.05.08)
 - **Kritik**: Allgemein schlechte Erfahrungen mit „class actions“ in USA und „Berufsklägern“ (Aktienrecht) in Deutschland

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Jena

4

3. Vorschläge

2.2. Zugang zu Beweismitteln: Offenlegung von Beweismitteln zwischen den Parteien

a) Art. 2 VO 1/2003: Beibringungsgrundsatz

b) Weißbuch: „discovery light“

- zwar keine Offenlegung *aller* möglicherweise relevanten Dokumente (**USA**: Rules of Civil Procedure 26 - 37),
- aber auch nicht nur *ganz bestimmter*, genau bezeichneter Dokumente (**D**: vgl. z.B. §§ 142 ff., 377, 422 ZPO)
- sondern Mittelweg der Offenlegung „genau bezeichneter Kategorien von relevanten Beweismitteln“, soweit für die Klage „erheblich“, „erforderlich“ und „verhältnismäßig“

3. Vorschläge

Kritik:

1. **zu unbestimmt** (schleichender Ausbau zu echter „discovery“ nach US-Muster in der Fallpraxis droht)
2. **unzureichend wg. „more economic approach“** (vgl. USA: je mehr RoR desto weniger Privatklagen)
3. **inkompatibel** zu Zivilprozessrecht vieler Mitgliedstaaten; Konflikte mit Behördenverfahren (insb. Kronzeugenschutz)
4. **inkonsistent** (Besonderheit des Kartellrechts hinreichend?)
5. **potenziell kontraproduktiv** (USA: Erpressungspotential aufgrund entstehender Kosten; teils sogar kartellfördernd)
6. **potenziell kartellrechtswidrig** (Wettbewerbsbeschränkung durch Informationspreisgabe denkbar)

3. Vorschläge

- 2.3. Bindungswirkung von Entscheidungen nationaler Wettbewerbsbehörden**
- a) **Bindung an Entscheidungen der Kommission** (Art. 16 VO 1/2003, EuGH „Masterfoods“)
 - b) **neu: Bindung an bestands-/rechtskräftige Entscheidungen nationaler Behörden**
 - **D:** § 33 Abs. 4 GWB ähnlich
 - **Kritik:** (1) potentielle Beeinträchtigung der richterlichen Unabhängigkeit, (2) räumliche Bindungswirkung tendenziell weiter als bei § 33 Abs. 4 GWB, (3) Gefahr sich widersprechender mitgliedstaatlicher Entscheidungen

3. Vorschläge

- 2.4. Verschuldenserfordernis**
- a) **verschuldensunabhängige Haftung oder**
 - b) **Haftung, außer bei „genuin entschuldbarem Irrtum“** (d.h. Nichtwissenkönnen trotz großer Sorgfalt)
 - **D:** § 33 Abs. 3 GWB: Vorsatz oder Fahrlässigkeit, ebenfalls hohe Anforderungen an Vermeidbarkeit eines Rechtsirrtums (vgl. WuW/E BGH 2341, 2345)

3. Vorschläge

2.5. Schadenersatz

- a) **vollständiger Ersatz + Zinsen + entgangener Gewinn** (ebenso EuGH „Manfredi“)
 - **D:** ebenso geregelt in §§ 33 Abs. 3 S. 4 und 5 GWB, §§ 252, 288, 289 Abs. 1 BGB
- b) **offen bzgl. Strafschadenersatz, aber für Bereicherungsverbot** (EuGH in beiden Fragen neutral)
 - **D:** Art. 40 III EGBGB; vgl. BGHZ 118, 312 (ordre public)
 - **USA:** vgl. „Exxon Shipping“ vom 25.6.08 zu Straf-SE
- c) zur **Erleichterung der Schadenberechnung** nur unverbindlicher Orientierungsrahmen geplant
 - **D:** Schätzung nach § 33 Abs. 3 S. 3 GWB, § 287 ZPO

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Jena

9

3. Vorschläge

2.6. Schadensabwälzung

- a) **USA: keine passing on defense** („Hanover Shoe“) und **keine passing on offense** („Illinois Brick“)
 - Ziel: Förderung der privaten Rechtsdurchsetzung,
 - aber keine volle Kompensation der indirekten Abnehmer und ggf. Bereicherung klagebefugter Zwischenhändler**=> nur direkte Abnehmer klagebefugt**
- b) **Weißbuch: passing on defense erlaubt** und **passing on offense erlaubt**
(sogar widerlegliche Vermutung der Schadensabwälzung zugunsten indirekter Abnehmer)
=> grds. „jedermann“ klagebefugt

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Jena

10

3. Vorschläge

Kritik in der Literatur:

Wenn doppelter Nachweis misslingt, droht **bestrafende mehrfache Haftung** der Beklagten und ggf. **ungerechtfertigte Bereicherung** der Kläger, die ihren Schaden de facto abwälzen konnten.

nicht überzeugend, denn

1. **mehrfache Haftung** ist hier kein Strafschadenersatz,
 - sondern vielmehr schlichte Folge billiger Beweislastregeln
 - echte Mehrfachhaftung ist in der Realität selten, wenn man die deutlich unter 100% liegende Wahrscheinlichkeit erfolgreicher Rechtsverfolgung durch SE-Klagen berücksichtigt.

3. Vorschläge

2. auch keine „ungerechtfertigte“ Bereicherung der direkten Abnehmer

- Zwischenhändler erleiden oft eigene, nicht abwälzbare **Schäden durch Umsatzrückgang** („deadweight loss“)
- Bereicherung ist Folge billiger Beweisregeln und als **Anreiz** und „Lohn“ **für private Rechtsdurchsetzung** durch das Ziel praktischer Wirksamkeit der Art. 81, 82 EG legitimiert.
- Die **Alternative** wäre eine evident **ungerechtfertigte Bereicherung der Kartellrechtsverletzer**.

3. Vorschläge

aber:

Kommissionsvorschlag reduziert ggf. Klageanreize für direkte Abnehmer. Dies könnte dem Ziel der praktischen Wirksamkeit der Art. 81 ff. EG abträglich sein.

Vorschlag (Verschärfung):

1. **passing on defense grds. ausschließen** (Ausnahme: Abwälzung ist problemlos und evident, z.B. bei cost plus-Vertrag)
=> effektive Rechtsverfolgung (wie vom EuGH verlangt)
2. **trotzdem passing on offense zulassen** (und damit Klagen indirekter Abnehmer)
=> trotzdem volle Kompensation (wie vom EuGH verlangt)

3. Vorschläge

2.7. Verjährung

- a) **Beginn nicht vor Einstellung der Zuwiderhandlung + Kenntnis/Kennenmüssen beim Opfer**
- b) **neue Verjährungsfrist von mind. zwei Jahren nach Rechtskraft einer Behördenentscheidung zur Ermöglichung von Follow on-Klagen**
 - entspricht Anforderungen von EuGH „Manfredi“
 - **D:** weitgehend erfüllt:
 - Verjährung nach §§ 195, 199 BGB,
 - zudem nach §§ 33 Abs. 5 GWB Hemmung durch laufendes Verfahren zzgl. Sechs-Monats-Frist des § 204 Abs. 2 BGB

3. Vorschläge

2.8. Kosten einer Schadenersatzklage

- a) **Grundsatz: Verlierer zahlt alles** („English Rule“)
- b) **Vorschläge (diffus):** „Ermutigung“ zur Förderung von Vergleichen, zu angemessener Reduzierung von Gerichtskosten und zu frühzeitigen Kostenentscheidungen
 - **D:** Erleichterung durch § 89a GWB + „quasi contingency fee“, wenn CDC-Modell sich durchsetzt (d.h. Kaufpreis = 1000 € + 75 – 85% des Schadenersatzes bei Erfolg)
 - **USA:** im Kartellrecht „American Rule“ eingeschränkt durch Sec 4(a) Clayton Act: **bei Obsiegen** des Klägers auch **Ersatz angemessener Anwaltskosten**

Hierzu anschaulich United States Football League v. National Football League, 887 F. 2.d 408, 412 (2d. Cir. 1989), cert. denied, 493 U.S. 1071 (1990): 3\$ (3 x 1\$) Schadenersatz, aber über 5,5 Mio. \$ Anwaltskostenersatz.

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Jena

15

3. Vorschläge

2.9. Verhältnis zwischen Kronzeugenprogrammen und Schadenersatzklagen

- a) **Schutz aller Unternehmenserklärungen** vor Offenlegung gegenüber Privatklägern
 - b) **Begrenzung des Schadenersatzrisikos erfolgreicher Kronzeugen:** nur Ansprüche direkter und indirekter Vertragspartner durchsetzbar
- => Vorrang des Kronzeugenprogramms** (und damit des Wettbewerbschutzes) **vor Individualinteressen.**

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Jena

16

3. Vorschläge

Vorrang des Kronzeugenprogramms ist begrüßenswert,
aber **Kritik im Detail:**

1. **Verhältnis Kartellverfahren zu VO 1049/2001 unklar**
vgl. *EuG, Rs. T-198/03 Bank Austria („Lombard Club“)*, Rn. 78:
„Vorrang der Interessen des Geschädigten“
=> Unsicherheit könnte Kronzeugenprogramm stören
2. **vorgeschlagene Begrenzung des SE-Anspruchs schwer mit „Jedermann-“Rspr. des EuGH vereinbar**
=> Alternative: gesamtschuldnerische Haftung begrenzen

4. Gesamtwürdigung

1. Zweifelhafte Gemeinschaftskompetenz

für erforderliche, teils tiefgreifende Eingriffe in die mitgliedstaatlichen Zivilrechtsordnungen:

- **Art. 83 EG** unzureichend (dient nur Durchführung der Art. 81, 82 EG; keine Grundlage für Angleichung nationaler Vorschriften).
- **Art. 65 (c) EG bzw. Art. 95 EG** zweifelhaft, zumal Angleichung auf kartellrechtliche Schadenersatzklagen beschränkt sein soll.
- **Art. 308 EG** als Ausnahmevorschrift eng auszulegen.
- **Praktische Wirksamkeit** (effet utile) der Art. 81, 82 EG allein ist erst recht keine hinreichende Kompetenzgrundlage;
- **übrigens auch nicht für den EuGH**, dessen Auftreten als „Ersatzgesetzgeber“ für kartellrechtliche Schadenersatzansprüche in „Courage“ und „Manfredi“ nicht unbedenklich erscheint.

4. Gesamtwürdigung

2. Verengter Blickwinkel

Ausgangspunkt und Vorschläge der Kommission sind **zu sehr auf Schadenersatzklagen fokussiert**:

Privatrechtliche Bedeutung des Kartellrechts muss vollständig erfasst werden:

- d.h. nicht nur Schadenersatz, sondern auch sonstiger **defensiver** wie **offensiver Einsatz** (auch Bedeutung für Einreden, Unterlassungs- und Lieferklagen)
- dann **relativiert** sich auch der **Befund „totaler Unterentwicklung“** der Durchsetzung privater Rechte.

4. Gesamtwürdigung

3. Ungelöste Zielkonflikte

Die angestrebte Rechtsangleichung muss in sich stimmig sein. Es existieren aber ungelöste Zielkonflikte:

- a) Wirksame private Rechtsdurchsetzung contra Durchsetzung privater Rechte (Kompensation)
- b) Private contra behördliche Rechtsdurchsetzung
- c) Private Rechtsdurchsetzung contra „more economic approach“

4. Gesamtwürdigung

a) Wirksame private Rechtsdurchsetzung contra Durchsetzung privater Rechte (Kompensation)

- vgl. Klagebefugnis und passing on-Problematik
- EuGH („Courage“): Kompensation soll praktische Wirksamkeit des Art. 81 EG sicherstellen,
- Weißbuch: Kompensation als eigenständiges und sogar vorrangiges Ziel

=> Schutz des Wettbewerbs durch Förderung der Rechtsdurchsetzung muss **Vorrang vor dem Ziel vollständiger Kompensation haben.**

4. Gesamtwürdigung

b) Private contra behördliche Rechtsdurchsetzung

- vgl. Zugang zu Beweismitteln vs Kronzeugenprogramme
- insbesondere Relevanz der VO 1049/2001 unklar

Wirksame Kronzeugenprogramme dürfen nicht durch Förderung von Privatklagen beeinträchtigt werden.

=> Behördliche Rechtsdurchsetzung muss Vorrang haben,

- weil Private nicht als „private attorney generals“, sondern aus rein **eigennützigen Motiven** handeln und
- weil deshalb **„private Rechtsdurchsetzung“** nur ein **Reflex** ist.

4. Gesamtwürdigung

c) Private Rechtsdurchsetzung contra „more economic approach“

Unter Geltung des „more economic approach“ droht eine für Private kaum bezahlbare „**Schlacht der Ökonomen**“.

Eine „**discovery light**“ bringt hier keine Abhilfe, sondern verschärft eher noch Kostenrisiko und damit Demotivierung.

Folge:

- **Selbständige „private Rechtsdurchsetzung“** durch Schadenersatzklagen wird i.d.R. „Fata Morgana“ bleiben.
- **„Durchsetzung privater Rechte“** wird auch in Zukunft in aller Regel durch Follow on-Klagen erfolgen.

4. Gesamtwürdigung

4. Unzureichende Folgenanalyse

Die Vorschläge führen zu Eingriffen in das mitgliedstaatliche Haftungs- und Zivilprozessrecht, deren Bedeutung weit über das Kartellrecht hinausreicht.

Daher sollte genauer geprüft werden,

- inwieweit eine **Abstimmung mit anderen Politiken der Gemeinschaft** (insbesondere Privatrechtsangleichung durch GD Justiz und GD Binnenmarkt) erforderlich ist,
- inwieweit die Vorschläge zu einer **Desintegration des nationalen Zivilrechts** führen und diesbezüglich auch,
- ob überhaupt eine **Sonderregelung nur für kartellrechtliche Schadenersatzansprüche** legitimiert werden kann.

5. Fazit

Seit Inkrafttreten der VO 1/2003 sind **gerade einmal vier Jahre** vergangen.

- Es ist daher **normal, dass** die **Rechtsordnungen** der Mitgliedstaaten **erhebliche Unterschiede** aufweisen.
- Zudem ist die **Durchsetzung privater Rechte** jedenfalls heute **nicht** mehr „völlig unterentwickelt“.
- Es existiert eine unbestritten **wirksame behördliche Rechtsdurchsetzung** und Abschreckung.

Daher besteht **kein Anlass zu übertriebener Eile.**

5. Fazit

Die Kommission täte vielmehr gut daran,

- erst einmal dem **Wettbewerb der Rechtsordnungen Raum zu lassen**,
- weitere **Erfahrungen** mit den neuen Regeln in vielen Mitgliedstaaten (u.a. Deutschland) zu **sammeln**
- und **aus diesen praktischen Erfahrungen** (statt nur aus primär theoretisch fundierten Prognosen) **die wirksamsten Lösungen abzuleiten.**



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

**Quellen abrufbar unter:
www.kartellverfahren.eu**

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)