

Bulst, Friedrich Wenzel: Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht. Zur Schadensabwälzung nach deutschem, europäischem und US-amerikanischem Recht. (Zugl.: Hamburg, Univ., Diss., 2005/06.) – (Baden-Baden:) Nomos; [München:] Beck (2006). 389 S. (Europäisches Wirtschaftsrecht. Bd. 45.)

Das Kartellrecht galt diesseits des Atlantiks lange Zeit als eine Domäne behördlicher Rechtsdurchsetzung. Während die private Durchsetzung des Kartellrechts in den USA seit jeher ein zweites Standbein neben der behördlichen Rechtsdurchsetzung bildete, fristete sie in Deutschland und den anderen EG-Mitgliedstaaten ein Schattendasein. Dies hat sich in letzter Zeit grundlegend geändert. Die Möglichkeit, private Kläger als »private attorney generals« für die Kartellrechtsdurchsetzung einzuspannen und dadurch die Prävention gegenüber Kartellrechtsverstößen zu stärken und zugleich eine Schadenskompensation zu ermöglichen, ist vom Rand in den Mittelpunkt des Interesses gerückt. Diese Entwicklung ist vor dem Hintergrund der Entscheidungen *Courage/Crehan*¹ (2001) und *Manfredi*² (2006) zu sehen, in welchen der EuGH die Bedeutung privater Schadensersatzklagen für die Durchsetzung des Kartellrechts betont hat. Sie steht zugleich in engem Zusammenhang mit der Dezentralisierung der Anwendung des EG-Kartellrechts seit Inkrafttreten der VO 1/2003³. Die Möglichkeiten privater Kartellrechtsdurchsetzung und insbesondere kartellrechtlicher Schadensersatzklagen bildete im Jahre 2005 den Gegenstand des Arbeitskreises Kartellrecht beim Bundeskartellamt und eines Grünbuchs der EG-Kommission vom 19. 12. 2005⁴, dem am 2. 4. 2008 das Weißbuch »Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts«⁵ folgte. Gesetzlicher Ausdruck im deutschen Recht ist der im Zuge der 7. GWB-Novelle 2005 in Kraft getretene § 33 GWB. Durch diese Regelung sind einige Probleme gelöst, aber auch zahlreiche neue Fragen aufgeworfen worden.

Diesen Fragen, insbesondere dem vom deutschen Gesetzgeber nicht abschließend geregelten Problem der Schadensabwälzung (*passing on*), widmet sich die von *Friedrich Wenzel Bulst* vorgelegte und von *Jürgen Basedow* betreute Arbeit »Schadenersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht«. *Bulst* hat es mit seiner Anfang 2006 abgeschlossenen Untersuchung geschafft, eine der ersten

¹ EuGH 20. 9. 2001, Rs. 453/99 (*Courage ./. Crehan*), Slg. 2001, I-6297.

² EuGH 13. 7. 2006, Rs. 295–298/04 (*Manfredi*), Slg. 2006, I-6619.

³ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. 12. 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EU 2003 L 1/1.

⁴ KOM(2005) 672 endg.

⁵ KOM(2008) 165 endg.

Dissertationen zu diesem wichtigen Themenkomplex vorzulegen. Seine Untersuchung ist rechtsvergleichend angelegt. Neben deutschem, europäischem und US-amerikanischem Recht werden auch englisches und französisches Recht einbezogen.

Einleitend legt *Bulst* die Richtung der Untersuchung fest: Vor dem Hintergrund der europäischen Kartellrechtsreform und des US-amerikanischen Rechts »als Inspirationsquelle« unternimmt er es, den kartell-, zivil- und prozessrechtlichen Rahmen für die private Kartellrechtsdurchsetzung zu skizzieren. Darauf aufbauend untersucht er insbesondere die Frage, ob Kartellmitglieder klagenden Direktabnehmern entgegenhalten können, diese hätten die infolge eines Kartells eingetretenen Schäden durch Heraufsetzung ihrer Verkaufspreise an die nächste Marktstufe (Folgeabnehmer) abgewälzt. Lässt man diese *passing-on defence* nicht zu, so ist die Anschlussfrage aufgeworfen, ob trotzdem neben den Direktabnehmern auch die Folgeabnehmer Schadensersatz geltend machen können, obwohl dies möglicherweise zu einer »Mehrfachhaftung« der Kartellrechtsverletzer führt. Beide Aspekte werden von *Bulst* umfassend diskutiert.

Das 1. Kapitel (S. 35–100) ist dem US-Recht gewidmet, dessen reiche Erfahrungen *Bulst* angesichts vergleichsweise geringer Praxis auf deutscher und europäischer Ebene sinnvollerweise zum Ausgangspunkt seiner Untersuchung macht. Nach einer kurzen Einführung in materielles Antitrustrecht und Kartellrechtsdurchsetzung auf Bundes- wie Staatenebene wendet sich *Bulst* den materiellen und verfahrensrechtlichen Grundlagen des kartellrechtlichen Schadensersatzprozesses in den USA zu. Darauf aufbauend werden in einem ersten inhaltlichen Schwerpunkt die Leitentscheidungen des Supreme Court zum *passing-on*-Problem – *Hanover Shoe*⁶ (1968) und *Illinois Brick*⁷ (1977) – samt ihrer Rezeption in den nachfolgenden 30 Jahren analysiert. Auf den ersten Blick wurde durch den Ausschluss der *passing-on defence* durch *Hanover Shoe* und – darauf aufbauend – durch die Verneinung von Ansprüchen der Folgeabnehmer durch *Illinois Brick* ein klares Koordinatensystem geschaffen, das Prävention und Haftungsbegrenzung Vorrang vor dem Kompensationsgedanken einräumt. Schadensersatzansprüche stehen danach, auch wenn ein Schaden infolge Schadensabwälzung tatsächlich allein bei den Folgeabnehmern eingetreten ist, grundsätzlich nur den Direktabnehmern als mutmaßlich effektiveren privaten Kartellrechtsdurchsetzern zu. *Bulst* zeigt auf, dass die Annahme einer einheitlich geltenden *Illinois Brick*-Regel auf tönernen Füßen steht. Auch 30 Jahre nach *Illinois Brick* sind viele Fragen offen. Einige Bundesstaaten haben sogar »Illinois Brick Repealer Statutes« erlassen, um den Folgeabnehmern zu Schadensersatzansprüchen zu verhelfen. Insbesondere gelingt es *Bulst*, deutlich zu machen, dass die vermeintlich klare Abgrenzung des Supreme Court zwischen ersatzberechtigten Direktabnehmern und nicht ersatzberechtigten Folgeabnehmern in der gerichtlichen Praxis schwierig durchzuhalten ist. Dieser Befund ist von erheblicher Relevanz für die spätere Diskussion um das deutsche Recht und die in Teilen der Literatur vorgeschlagene Begrenzung der Ersatzberechtigung auf Direktabnehmer.

⁶ *Hanover Shoe v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968).

⁷ *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977).

Im 2. Kapitel (101–142) wendet sich *Bulst* dem deutschen Recht und hier insbesondere dem bei Erscheinen der Dissertation neuen § 33 GWB zu. Dies geschieht vor dem Hintergrund einzelner instanzgerichtlicher Entscheidungen, die noch unter Geltung des alten Rechts ergangen waren und trotz der EuGH-Entscheidung *Courage/Crehan* an der gegenüber kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen traditionell sehr restriktiven Linie der deutschen Rechtsprechung festhielten. *Bulst* analysiert in diesem Zusammenhang ausführlich das neue Kriterium der »Betroffenheit« (108 ff.). Schwerpunkt ist aber auch hier die Problematik der Schadensabwälzung, die *Bulst* in den Kontext allgemeiner Überlegungen zu Schadensberechnung und Vorteilsausgleichung stellt. Ein im Verlauf der weiteren Arbeit wichtiger und vom US-Recht abweichender Befund ist, dass § 33 GWB gleichermaßen Kompensations- wie Präventionszwecke verfolge (126 ff.). Eher knapp gehalten sind die Ausführungen über die Ersatzberechtigung von Folgeabnehmern, die *Bulst* prinzipiell bejaht (132). In gleicher Manier werden in den folgenden Kapiteln 3 und 4 das englische Recht (143–168), in welchem die Entscheidung *Courage/Crehan* ihren Ausgang nahm, sowie das französische Recht untersucht (169–180). Der Schwerpunkt liegt insoweit auf der Frage der Schadensberechnung, da zum *passing-on*-Problem im englischen und französischen Recht kaum Fallpraxis existiert.

Nach diesem Blick auf mitgliedstaatliche Rechtsordnungen wendet sich *Bulst* im 5. Kapitel dem Europäischen Kartellrecht zu (181–272). Mit der Frage nach Rechtsgrundlagen und Inhalt eines Schadensersatzanspruches wegen Verletzung der Artt. 81, 82 EG ist ein zweiter Untersuchungsschwerpunkt erreicht. Nach ausführlicher Diskussion lehnt *Bulst* es zu Recht ab, Schadensersatzansprüche allein aus gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen abzuleiten. Die »europäischen« Schadensersatzansprüche richten sich in den Grenzen gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben – namentlich durch Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz – nach nationalem Recht (187 ff.). Wie diese Grenzen zu bestimmen sind, d. h. welche inhaltlichen Vorgaben das Gemeinschaftsrecht dem nationalen Recht macht (und welche Freiheiten zur Pflege nationaler Begründungsmuster es ihm lässt), ist Gegenstand der nachfolgenden Erörterungen, die um die *Courage/Crehan*-Rechtsprechung des EuGH und ihre Wurzeln in der EuGH-Rechtsprechung zur Rückerstattung rechtswidrig erhobener Abgaben und zur Staatshaftung kreisen (191 ff.). *Bulst* folgert, dass das Gemeinschaftsrecht einerseits einen Schadensersatzanspruch der Direktabnehmer des Kartellrechtsverletzers und seiner Vertriebstöchter vorschreibe und eine *passing-on defence* allenfalls in sehr engen Grenzen zulasse. Andererseits seien Ansprüche der Folgeabnehmer gemeinschaftsrechtlich weder ausgeschlossen noch zwingend unbegrenzt zu gewähren (226 ff.). In diesem Zusammenhang erörtert *Bulst* ausführlich Kriterien für die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs (252 ff.). Dabei wendet er sich insbesondere gegen Versuche, den Kreis der Ersatzberechtigten auf der Basis des Schutzzwecks der verletzten Norm zu begrenzen: Dies sei angesichts der EuGH-Rechtsprechung und mit Blick auf den *effet utile*-Grundsatz nicht mehr möglich (259 ff.).

In den beiden abschließenden Kapiteln führt *Bulst* die Argumentationsfäden zusammen: Das 6. Kapitel (273–344) ist Rechtsvergleich und rechtspolitischen Überlegungen gewidmet. Im Mittelpunkt der kurzen rechtsvergleichenden Be-

trachtungen stehen US-amerikanisches und deutsches Recht (273 ff.). Eine ausführliche ökonomische Analyse zur Schadensbemessung auf den einzelnen Marktstufen mündet in einen rechtspolitischen Teil mit Empfehlungen für die Schadenszuordnung. Hiermit ist der dritte Schwerpunkt der Untersuchung erreicht, in dem *Bulst* die Eingangsfragen nach den Ersatzberechtigten (nur Direktabnehmer oder auch Folgeabnehmer?) und nach der Schadensbemessung beantwortet. Ausgangspunkt seiner Lösung ist der Befund, dass Regelungsziel der Schadensersatznormen eine Kombination von Prävention und Kompensation sein müsse, so dass eine Konzentration allein auf den Präventionsgedanken nach dem Muster des US-Rechts ausscheide (307 ff.). Im Ergebnis tritt *Bulst* dafür ein, Direktabnehmern grundsätzlich auch eine Schadensberechnung auf der Basis des entgangenen Gewinns zu gestatten (316 ff.). Aber auch Folgeabnehmern soll ein pauschalierter Schadensersatzanspruch zustehen (322 ff.). Hiermit greift *Bulst* dem Weißbuch der Kommission aus dem Jahre 2008 vor, das ebenfalls einen Ausgleich der Interessen von Direkt- und Folgeabnehmern anstrebt und dafür in engen Grenzen sogar eine *passing-on defence* zulassen will. In diesem Zusammenhang erörtert *Bulst* ausführlich verschiedene Ansätze für eine Schadensberechnung und tritt für weitreichende Wahlmöglichkeiten der Geschädigten ein, welche die Geltendmachung des Ersatzanspruches im Prozess erleichtern sollen. Er sieht auch die Gefahr einer Mehrfachhaftung bei Gewährung von Ansprüchen an Direkt- und Folgeabnehmer, meint aber, dass dieses Problem bisher rein akademischer Natur sei (329 ff.). Dieser Befund dürfte nach wie vor richtig sein, zumal nicht außer Acht gelassen werden sollte, dass eine mögliche Mehrfachhaftung – ebenso wie die *treble damage action* in den USA – auch den Umstand kompensieren würde, dass viele Kartellrechtsverstöße in der Rechtswirklichkeit unentdeckt bleiben. Die Erörterung alternativer Lösungen materieller wie prozessualer Art rundet die gelungenen rechtspolitischen Erwägungen ab (331 ff.).

Im Schlusskapitel (345–359) gibt *Bulst* einige Empfehlungen zur Behandlung des Abwälzungsproblems. Für das deutsche Recht sieht er grundsätzlich keinen Korrekturbedarf, da das bestehende Recht angemessene Lösungen erlaube. Für eine umfassende Harmonisierung des Kartellschadensersatzrechts auf europäischer Ebene ist die Zeit angesichts der Komplexität der Materie im Schnittfeld von Kartellrecht, allgemeinem Zivilrecht und Prozessrecht wohl noch nicht reif, auch wenn die Kommission dies in ihrem Weißbuch anders sieht. Dies hindert *Bulst* nicht daran, seine Ergebnisse in einen Normvorschlag zusammenzufassen (357 f.).

In der Summe wendet sich *Bulst* gegen die bisherige restriktive Haltung der deutschen Kartellrechtspraxis gegenüber Schadensersatzansprüchen. Ausgehend von einer weiten Auslegung sowohl der *Courage/Crehan*-Entscheidung als auch der gesetzgeberischen Vorgaben tritt er für eine vergleichsweise weite Fassung des Kreises der Schadensersatzberechtigten ein. Dabei wird deutlich, dass es schwierig sein wird, generalisierende oder gar allgemein gültige Kriterien zu entwickeln. Wie Prävention und Kompensation zu gewichten sind und ob die Grenze der Anspruchsberechtigten bereits nach den Direktabnehmern oder erst später zu ziehen ist, wird erneut, angefacht durch das Weißbuch der Kommission von 2008, Gegenstand intensiver wissenschaftlicher Diskussion bleiben.

Bulst hat mit seiner Arbeit in vielen Bereichen Neuland betreten, plausible Lösungen gefunden und wichtige Akzente gesetzt. Hervorzuheben sind die kritische Erschließung des US-Rechts und die Ausführungen zu den Rechtsgrundlagen des Schadensersatzanspruchs zwischen europäischem und nationalem Recht und zur Schadensbemessung. Die Arbeit ist insoweit in vielen Bereichen richtungweisend. Wer sich in Wissenschaft oder Praxis mit kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen befasst, wird in diesem Buch reiche Information und Inspiration finden.

Jena

TORSTEN KÖRBER