

Die EU-Richtlinie zum kartellrechtlichen Schadenersatz

Andreas Heinemann*

Am 26. November 2014 haben das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union die Richtlinie 2014/104/EU zum kartellrechtlichen Schadenersatz verabschiedet.¹ Die Mitgliedstaaten haben sie bis zum 27. Dezember 2016 umzusetzen. Die Richtlinie stellt den (vorläufigen) Schlusspunkt einer jahrzehntelangen Diskussion dar: Ihr Anliegen besteht darin, dass die Opfer von Kartellverstössen Ersatz ihres Schadens «verlangen und erwirken» können.² Der Schadenersatzanspruch soll also nicht nur auf dem Papier stehen, sondern auch praktikabel sein. Die Richtlinie enthält deshalb nicht nur Mindestanforderungen an das materielle Recht in den EU-Mitgliedstaaten, sondern gerade auch Vorgaben zum Verfahrensrecht. Teilweise wird weit in hergebrachte Grundsätze des Zivil- und Zivilverfahrensrechts eingegriffen. Während die meisten Neuerungen überzeugen, ist bei den Ausnahmen vom Grundsatz der Solidarschuld ein grotesker Irrweg zu beobachten. Insgesamt betrachtet stellt die Richtlinie aber einen positiv zu würdigenden Meilenstein für die Entwicklung des Kartellzivilrechts in Europa dar.

«In der EU regelt nun eine Richtlinie die kartellrechtlichen Schadenersatzansprüche. Konzeptionelle Streitfragen werden entschieden und praktische Probleme gelöst. Von besonderer Bedeutung sind die Regeln über den Zugang zu Beweismitteln. Beim kollektiven Rechtsschutz setzt die Europäische Kommission vorerst auf den Grundsatz der Freiwilligkeit.»

I. Problemstellung und historische Entwicklung

1. Stellenwert des Kartellzivilrechts

Das EU-Kartellrecht ist neben dem US-amerikanischen Antitrustrecht ein internationales Referenzmodell. Während im materiellen Recht zunehmende Konvergenz zwischen europäischem und amerikanischem Recht festzustellen ist (die in nicht unerheblichem Umfang durch den *more economic approach* des europäischen Kartellrechts forciert wurde), bestehen auf dem Gebiet der Rechtsdurchsetzung erhebliche Unterschiede. Diese betreffen einerseits die strafrechtliche Verfolgung, die in den USA im Gegensatz zur EU und ihren Mitgliedstaaten

¹ 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, ABl. EU vom 5.12.2014, L 349/1 (im Folgenden «Richtlinie»). Werden in diesem Aufsatz Artikelnummern ohne weiteren Zusatz verwendet, beziehen sich die Angaben auf diese Richtlinie.

² Art. 3 Abs. 1.

* Professor an der Universität Zürich, Vizepräsident der schweizerischen Wettbewerbskommission. Der Verfasser gibt seine persönliche Meinung wieder.

von grundlegender Bedeutung ist, andererseits die privatrechtliche Durchsetzung. In den USA kommen auf ein behördliches Kartellverfahren etwa zehn privatrechtliche Schadenersatzklagen. In der EU waren kartellrechtliche Schadenersatzklagen hingegen lange Zeit die seltene Ausnahme.

– Schwächen beim *private enforcement* sind in zweierlei Hinsicht von Nachteil: Erstens werden die Opfer kartellrechtswidriger Verhaltensweisen nicht kompensiert, da öffentlich-rechtliche Geldbussen in das Staatsbudget wandern, nicht aber zur Entschädigung der Opfer verwendet werden. Und zweitens unterbleibt eine Entlastung der behördlichen Verfolgungstätigkeit: Kartellzivilrechtliche Verfahren sind nicht darauf beschränkt, nach abgeschlossenem Behördenverfahren für Schadensausgleich zu sorgen (*follow on*-Klagen), sondern können auch eine Alternative zum *public enforcement* bieten (*stand alone*-Klagen).

Auf grundsätzlicher Ebene gibt der Entwicklungsstand des Kartellzivilrechts Aufschluss über die Einschätzung der Rolle des Individuums in der Marktwirtschaft: Sollen Opfer von Rechtsverstößen auf das Tätigwerden von Behörden angewiesen sein, oder sollen sie ihr Recht selbst in die Hand nehmen können? Der Europäische Gerichtshof hatte schon 1963 im Grundlagenentscheid *Van Gend en Loos* die «Wachsamkeit der an der Wahrung ihrer Rechte interessierten Einzelnen» gewürdigt und die Individualklagen den Behördenverfahren an die Seite gestellt.³ Die neue Richtlinie setzt diese frühe Vision auf dem Gebiet des Kartellrechts um.

II.

Wichtige Wegmarken

a) Aktive und defensive Geltendmachung

Das Kartellzivilrecht hat schon früh die Aufmerksamkeit der Wissenschaft gefunden.⁴ Die tatsächliche Rechtsanwendung verlief allerdings schleppend. Primärrechtlich existiert lediglich die Vorschrift zur Nichtigkeit kartellrechtswidriger Vereinbarungen und Beschlüsse in Art. 101 Abs. 2 AEUV. Ganz in diesem Sinn stand lange Zeit die defensive Anwendung des Kartellrechts im Vordergrund, nämlich wenn vertraglichen Ansprüchen der

Einwand entgegengesetzt wird, dass der zugrundeliegende Vertrag aufgrund eines Kartellrechtsverstosses nichtig sei («Eurodefence»). Zur aktiven Geltendmachung kam es hingegen nur ausnahmsweise und nur in einzelnen Mitgliedstaaten. Dies lag auch daran, dass vom EU-Recht keine besonderen Anforderungen an die Ausgestaltung des nationalen Kartellzivilrechts ausgingen.⁵

b) *Der Courage*—Entscheid des Europäischen Gerichtshofs

Hieran änderte sich etwas durch die wegweisende *Courage*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs aus dem Jahr 2001. Der Gerichtshof stellte hierin fest, dass – im Interesse der vollen Wirksamkeit des europäischen Kartellrechts – jedermann einen Anspruch auf Ersatz desjenigen Schadens habe, der ihm durch eine verbotene Wettbewerbsbeschränkung entstanden ist.⁶ Der Anspruch wegen Verletzung europäischen Kartellrechts dürfe nicht weniger günstig sein als ein Anspruch wegen Verletzung nationalen Kartellrechts («Äquivalenzgrundsatz»). Ausserdem dürfe die Geltendmachung einschlägiger Rechte nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermässig erschwert werden («Effektivitätsgrundsatz»)⁷.

c) *Die Modernisierung des europäischen Kartellrechts*

Das zum 1. Mai 2004 in Kraft getretene Modernisierungspaket stellte im Bereich des *public enforcement* das Genehmigungssystem auf ein System der Legalausnahme um, enthielt aber auch Bezüge zum *private enforcement*: Die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 101 Abs. 3 AEUV soll die Rolle der nationalen Gerichte aufwerten und hierdurch auch die zivilrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts stärken.⁸

³ EuGH, 5.2.1963, Rs. 26/62 – *Van Gend en Loos/Administratie der Belastingen*, Slg. 1963, I (26).

⁴ Aus dem deutschsprachigen Schrifttum s. beispielsweise *Karl Peter Mailänder*, Privatrechtliche Folgen unerlaubter Kartellpraxis, 1965; *Hanns Ullrich*, Das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen des Gemeinsamen Marktes und die einzelstaatliche Zivilgerichtsbarkeit, 1971; *Richard Buxbaum*, Die private Klage als Mittel zur Durchsetzung wirtschaftspolitischer Rechtsnormen, 1972; *Karsten Schmidt*, Kartellverfahrensrecht – Kartellverwaltungsrecht – Bürgerliches Recht, 1977.

⁵ Visionär *Walter van Gerven*, Substantive Remedies for the Private Enforcement of EC Antitrust Rules Before National Courts, in: *Ehlermann/Atanasiu* (Hrsg.), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, 2003, der auf dem Florentiner *Workshop on EU Competition Law and Policy* im Jahr 2001 einen ausformulierten Verordnungsvorschlag zum *private enforcement* vorlegte.

⁶ EuGH, 20.9.2001, *Courage/Crehan*, Rs. C-453/99, Slg. 2001, I-6297 Tz. 25 ff.

⁷ EuGH, 20.9.2001, *Courage/Crehan*, Rs. C-453/99, Slg. 2001, I-6297 Tz. 29. Diese Grundsätze wurden in zahlreichen Urteilen des Europäischen Gerichtshofs bestätigt und auch in die neue Richtlinie aufgenommen (Art. 4).

⁸ S. Erwägungsgrund 7 der VO 1/2003: «Die einzelstaatlichen Gerichte erfüllen eine wesentliche Aufgabe bei der Anwendung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln. In Rechtsstreitigkeiten zwischen Privatpersonen schützen sie die sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebenden subjektiven Rechte, indem sie unter anderem den durch die Zuwiderhandlung Geschädigten Schadenersatz zuerkennen. Sie ergänzen in dieser Hinsicht die Aufgaben der einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden. Ihnen sollte daher gestattet werden, die Artikel 81 und 82 des Vertrags [heute Art. 101 und 102 AEUV] in vollem Umfang anzuwenden».

d) *Vorarbeiten*

Vor diesem Hintergrund legte die Europäische Kommission 2005 ein Grünbuch und 2008 ein Weissbuch zum kartellrechtlichen Schadenersatz vor.⁹ Die Dokumente bildeten die Grundlage für die weitere Diskussion, die im Juni 2013 zum Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission führte.¹⁰ Die Frage des kollektiven Rechtsschutzes war so umstritten, dass sie aus der Richtlinie ausgeklammert und Gegenstand einer separaten Empfehlung wurde.¹¹ Gleichzeitig legte die Kommission eine Mitteilung zur Ermittlung des Schadensumfangs samt praktischem Leitfaden vor, der den Parteien und Gerichten eine konkrete Hilfestellung bei der Berechnung des Schadens leisten soll, der durch einen Kartellrechtsverstoss entstanden ist.¹²

e) *Annahme der Richtlinie*

Rechtsgrundlage der Richtlinie ist neben der speziellen wettbewerbsrechtlichen Kompetenznorm in Art. 103 AEUV die Binnenmarktkompetenz gem. Art. 114 AEUV, sodass das ordentliche Gesetzgebungsverfahren nach Art. 294 AEUV einschlägig war, das die Zustimmung von Parlament und Rat erforderlich macht.¹³ Der Textvorschlag der Europäischen Kommission wurde erheblich modifiziert. Kontrovers diskutiert wurden insbesondere die Anforderungen an die Offenlegung von Beweismitteln, der Umfang des Schutzes von Kronzeugenerklärungen, der Beweiswert kartellbehördlicher Entscheidungen in anderen EU-Mitgliedstaaten, die Ausnahmen vom Grundsatz gesamtschuldnerischer Haftung, die Funktionsweise der *passing on*-Verteidigung, insbesondere im Hinblick auf die Verteilung der Beweislast, sowie Details der Verjährung. Nachdem in allen Punkten Kom-

⁹ Europäische Kommission, Grünbuch: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, 19.12.2005, KOM(2005) 672 endgültig; Europäische Kommission, Weissbuch: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, 2.4.2008, KOM(2008) 165 endgültig; jeweils mit Arbeitspapieren zu den Einzelheiten.

¹⁰ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, COM(2013) 404 final vom 11. Juni 2013.

¹¹ Europäische Kommission, Empfehlung vom 11.6.2013, Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadenersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten, ABl. EU 2013, L 201/60.

¹² Europäische Kommission, Mitteilung zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadenersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. EU 2013, C 167/19; Europäische Kommission, Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadenersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 AEUV, SWD(2013) 205.

¹³ Ein niemals offiziell veröffentlichter Richtlinienentwurf aus dem Jahr 2009 war allein auf die wettbewerbsrechtliche Kompetenznorm abgestützt worden, sodass das Europäische Parlament nur ein Recht auf Anhörung gehabt hätte.

promise zwischen Parlament und Rat erzielt worden waren, stimmte das Europäische Parlament der Richtlinie am 17. April 2014 zu. Der Rat folgte am 10. November 2014, sodass der Text am 26. November 2014 formell von Parlament und Rat verabschiedet werden konnte.

III. Anwendungsbereich

1. Sachlicher Anwendungsbereich

a) *Verletzung europäischen und nationalen Kartellrechts*
Dem europäischen Kartellrecht ist zwar zu entnehmen, dass den Opfern einer verbotenen Wettbewerbsbeschränkung ein Schadenersatzanspruch zusteht.¹⁴ Die Einzelheiten richten sich aber nach dem nationalen Recht in den EU-Mitgliedstaaten. Ganz in diesem Sinn bezieht sich die Richtlinie auf kartellrechtliche Schadenersatzklagen nach nationalem Recht. Man hätte erwarten können, dass sich die Richtlinie auf Schadenersatzansprüche infolge der Verletzung europäischen Kartellrechts beschränken würde. Wie bereits im offiziellen Titel der Richtlinie¹⁵ zum Ausdruck kommt, werden aber auch Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten erfasst. Dies gilt nach der Begriffsbestimmung in Art. 2 Nr. 3 aber nur insoweit, als das nationale Recht parallel zum europäischen Kartellrecht angewandt wird, d.h. nur für Fälle mit grenzüberschreitendem Element. Die Mitgliedstaaten bleiben also frei in der Ausgestaltung von Schadenersatzansprüchen für Wettbewerbsbeschränkungen, die nicht den Handel zwischen Mitgliedstaaten i.S. von Art. 101 und 102 AEUV beeinträchtigen.¹⁶ Es erscheint allerdings kaum vorstellbar, dass Mitgliedstaaten von der Möglichkeit einer solchen Differenzierung Gebrauch machen werden.

b) *Ausschluss der Zusammenschlusskontrolle*

Zu ergänzen ist, dass sich die Richtlinie nur auf Zuwiderhandlungen gegen die erste und zweite Säule des Kartellrechts (wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung), nicht aber auf Verstösse gegen die Regeln über die Zu-

sammenschlusskontrolle bezieht.¹⁷ Dahinter steckt die grosse (aber nicht denknotwendige) Zurückhaltung bei der Zuerkennung kartellzivilrechtlicher Ansprüche im Bereich der Fusionskontrolle.

c) *Beschränkung auf Schadenersatzansprüche*

Das Kartellzivilrecht hat viele Facetten, die von der Nichtigkeit kartellrechtswidriger Rechtsgeschäfte bis hin zu den Ansprüchen auf Unterlassung, Beseitigung, Schadenersatz, Gewinnherausgabe und Urteilsveröffentlichung reichen. Die Richtlinie beschränkt sich auf den Aspekt des Schadenersatzes, und hier auch nur auf Teilaspekte. So befasst sich die Richtlinie beispielsweise nicht mit der näheren Ausgestaltung des Kausalitätserfordernisses. Auch sind die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, die kartellrechtliche Haftung verschuldensabhängig auszugestalten.¹⁸

Soweit die Richtlinie keine Vorgaben enthält, bleiben die Mitgliedstaaten in der Ausgestaltung ihres nationalen Rechts frei. Sie haben insoweit allerdings die allgemeinen Vorgaben, insbesondere das Äquivalenz- und das Effektivitätsprinzip zu respektieren.¹⁹ Die Regeln für die Verletzung europäischen Kartellrechts dürfen also nicht hinter dem zurückbleiben, was bei Verletzung einzelstaatlichen Kartellrechts gilt. Ferner darf die Durchsetzung europäischen Kartellrechts nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermässig erschwert werden.

2. Zeitlicher Anwendungsbereich

Die Richtlinie ist am 25. Dezember 2014 in Kraft getreten und von den Mitgliedstaaten bis zum 27. Dezember 2016 umzusetzen (Art. 23 und 21). Gem. Art. 22 Abs. 1 der Richtlinie dürfen die Mitgliedstaaten ihren Umsetzungsmassnahmen keine rückwirkende Geltung verschaffen. Diese Einschränkung ist problematisch: Das Recht auf vollständigen Schadenersatz hat bereits vor der Richtlinie bestanden, ganz besonders dann, wenn man – mit der Richtlinie – den Schadenersatzanspruch aufgrund einer Zuwiderhandlung gegen europäisches Kartellrecht als «unionsrechtlich» qualifiziert.²⁰ Das Rückwirkungsverbot wird man deshalb auf materiell- und verfahrensrechtliche Neuerungen zu reduzieren haben, die über den Effektivitätsgehalt der Art. 101 und 102 AEUV hinausgehen.

Art. 22 Abs. 2 der Richtlinie zieht eine weitere Rückzugslinie ein: Nationale Umsetzungsmassnahmen gelten nicht für Schadenersatzklagen, die vor dem 26. Dezember 2014 bei einem nationalen Gericht erhoben worden

¹⁴ S. den *Courage*-Entscheid des Europäischen Gerichtshofs oben Fn. 6. Den in der Literatur ausgefochtenen Meinungsstreit in der Frage, ob die zivilrechtlichen Ansprüche wegen Verletzung europäischen Kartellrechts direkt im europäischen Recht wurzeln oder sich lediglich aus nationalem Recht ergeben, das europarechtlich modifiziert wird, entscheidet die Richtlinie mit der Annahme eines «unionsrechtlichen Schadenersatzanspruchs» (Erwägungsgrund 8) zugunsten der ersten Meinung.

¹⁵ S.o. Fn. 1.

¹⁶ S. Erwägungsgrund 10.

¹⁷ S. die Begriffsbestimmungen in Art. 2 Nr. 1 und 3.

¹⁸ S. Erwägungsgrund 11.

¹⁹ S.o. vor Fn. 7 und Erwägungsgrund 11.

²⁰ S.o. Fn. 14.

sind, wenn sie nicht ohnehin aufgrund des Rückwirkungsverbots unanwendbar sind. Es ist nicht einfach zu erkennen, welche Fälle hierdurch gemeint sind, da die nationalen Umsetzungsmassnahmen ja eben nicht rückwirkend ausgestaltet werden dürfen. Vielleicht soll Differenzierungen zwischen echter und unechter Rückwirkung ein Riegel vorgeschoben werden. Jedenfalls gilt auch hier die Vorgabe, dass alle Massnahmen, die ohnehin schon durch das Gebot der effektiven Durchsetzung des europäischen Kartellrechts gedeckt sind, vom Anwendungsverbot ausgenommen bleiben müssen.

3. Räumlicher Anwendungsbereich

Die Richtlinie enthält keine Ausführungen zum räumlichen Anwendungsbereich. Es bleibt für die kartellrechtlichen Ansprüche deshalb bei Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung²¹: Das (nationale) Recht desjenigen Staates ist anzuwenden, dessen Markt beeinträchtigt ist oder wahrscheinlich beeinträchtigt wird. Für das Verfahrensrecht gilt hingegen immer die *lex fori*, die in den durch die Richtlinie erfassten Bereichen (z.B. bei den Regeln über die Offenlegung von Beweismitteln) harmonisiert wird.

IV.

Materielles Recht

Die Richtlinie grenzt ihren Anwendungsbereich im offiziellen Titel auf «Schadenersatzklagen» ein und spricht davon, dass in den Mitgliedstaaten geeignete «Verfahrensvorschriften» zur Geltendmachung kartellrechtlicher Schadenersatzansprüche bestehen müssen.²² Trotz der prozessualen Einkleidung enthält die Richtlinie aber zahlreiche Vorgaben zum materiellen Recht. Im Mittelpunkt steht das Recht auf vollständigen Schadenersatz in Art. 3. Verschiedene Aspekte dieses Anspruchs sind zu unterscheiden.

1. Aktivlegitimation

Im *Courage*-Urteil hatte der Europäische Gerichtshof entschieden, dass «jedermann» einen Anspruch auf Schadenersatz hat, wenn er Opfer eines Kartellrechtsverstosses geworden ist.²³ Engführungen der Aktivlegitimation, die in einigen Mitgliedstaaten praktiziert wurden (z.B. das Kriterium der Zielgerichtetheit im deutschen Recht), fanden hiermit ein Ende. Nach euro-

²¹ Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht («Rom II»), ABl. EU 2007, L 199/40.

²² S. z.B. Erwägungsgründe 4 und 8 der Richtlinie.

²³ Oben Fn. 6.

päischem Kartellrecht stehen auch Konsumentinnen und Konsumenten sowie mittelbaren Abnehmern kartellrechtliche Schadenersatzansprüche zu. In Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie wird dieses Recht nun kodifiziert. Im Sinne einer Klarstellung wird ausgeführt, dass es sich beim Anspruchsteller sowohl um natürliche als auch um juristische Personen handeln kann. Verbraucher, Unternehmen und Behörden sind also gleichermaßen zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen berechtigt.²⁴

2. Umfang des Schadenersatzanspruchs

Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie gibt einen Anspruch auf «vollständigen Ersatz» des zugefügten Schadens. Der Schaden ist auf der Grundlage der Differenzhypothese zu berechnen: Der Geschädigte ist in die Lage zu versetzen, in der er sich befinden würde, wenn die Zuwiderhandlung nicht stattgefunden hätte. Ersatzpflichtig sind also insbesondere der eingetretene Schaden (*damnum emergens*) und der entgangene Gewinn (*lucrum cessans*) zuzüglich der Zahlung von Zinsen, Art. 3 Abs. 2.²⁵ Überkompensation wird untersagt, Art. 3 Abs. 3; der Geschädigte soll also über den erlittenen Schaden hinaus nicht bereichert werden. Das Bereicherungsverbot schliesst Strafschadenersatz und Mehrfachentschädigung aus. Das europäische Kartellrecht wählt hier also einen anderen Weg als das US-amerikanische Antitrustrecht mit seinen *treble damages*.

3. Abwälzung des Preisauflags (*passing on*)

Während des gesamten Gesetzgebungsprozesses war eine breite Mehrheit für die Anerkennung des *passing on*-Einwands erkennbar, also für eine Lösung, die im Gegensatz zum US-Bundeskartellrecht steht.²⁶ Delinquenten sollen also mit dem Argument gehört werden, der Anspruchsteller habe den kartellbedingten Schaden auf die nächste Wirtschaftsstufe weitergereicht, so jetzt Art. 13 S. 1. Streitig war hingegen die genaue Verteilung der Beweislast zwischen Kläger und Beklagtem und zwischen den verschiedenen Vertriebsstufen.

Die Richtlinie hat sich in dieser Frage für einen Kompromiss entschieden: Der Beklagte trägt die Beweislast für die Abwälzung des Preisauflags, kann aber «in angemessener Weise Offenlegungen von dem Kläger oder von Dritten verlangen», Art. 13 S. 2.

Entsprechend haben auch mittelbare Abnehmer einen Schadenersatzanspruch,²⁷ tragen dann aber ihrerseits die Beweislast dafür, dass der Schaden auf sie abgewälzt wurde, wobei auch sie «in angemessener Weise Offenlegungen von dem Beklagten oder von Dritten verlangen» können, Art. 14 Abs. 1. Mittelbare Abnehmer kommen aber in den Genuss erheblicher Beweiserleichterungen, nämlich eines widerlegbaren Anscheinsbeweises, Art. 14 Abs. 2. Ausserdem haben die Gerichte die Möglichkeit, den Umfang der Schadensabwälzung zu schätzen, Art. 12 Abs. 5. Insgesamt legt die Richtlinie grossen Wert darauf, dass sowohl eine Überkompensation einzelner Anspruchsteller als auch eine Nichthaftung der Delinquenten vermieden wird, Art. 12. Jeder soll also genau denjenigen Schaden ersetzt bekommen, den er tatsächlich erlitten hat. Parallele Verfahren sind entsprechend zu koordinieren, auch grenzüberschreitend, Art. 15. Die Kommission soll durch Leitlinien den nationalen Gerichten darlegen, wie die Höhe des auf mittelbare Abnehmer übergewälzten Preisauflags zu schätzen ist, Art. 16.

4. Solidarhaftung

Die Richtlinie schreibt den allgemeinen Grundsatz fest, dass gemeinschaftlich handelnde Unternehmen solidarisch für den durch die Zuwiderhandlung verursachten Schaden haften, Art. 11 Abs. 1. Ein Kartellopfer ist also nicht darauf beschränkt, gegen seinen – in das Kartell involvierten – Verkäufer vorzugehen, sondern kann nach Belieben einen oder mehrere der anderen Täter in Anspruch nehmen.

Diesen Grundsatz schränkt die Richtlinie durch zwei Ausnahmen ein: Kleine und mittlere Unternehmen (KMU) sollen nur gegenüber ihren eigenen (unmittelbaren und mittelbaren) Abnehmern haften, wenn ihr Marktanteil unter fünf Prozent liegt und ihr Überleben durch die Solidarhaftung infrage gestellt wäre. Rädelsführern und Wiederholungstätern bleibt dieses Privileg versagt, Art. 11 Abs. 2 und 3. Kronzeugen haften fremden Kunden nur dann, wenn kein Ersatz von anderen Solidarschuldern zu holen ist, Art. 11 Abs. 4.²⁸

Die Haftungserleichterung für Kronzeugen ist an das US-amerikanische Vorbild angelehnt. Ins kontinental-europäische Zivilrecht fügt sich diese Regelung nur schlecht ein: Zivilrechtliche Ansprüche werden beschnitten, weil ein Schuldner mit einer Behörde zusammengearbeitet hat. Mit dem Kompensationsgedanken ist dies nicht vereinbar. Geradezu abwegig ist das an

²⁴ S. Erwägungsgrund 13.

²⁵ S. auch Erwägungsgrund 12 der Richtlinie, der den Mitgliedstaaten vorgibt, den Zins als Schadenszins (und nicht bloss als Verzugszins) auszugestalten, die Zinspflicht also bereits mit dem Zeitpunkt des Schadeneintritts beginnen zu lassen.

²⁶ In *Hanover Shoe* hatte sich der U.S. Supreme Court im Grundsatz gegen die Anerkennung des Einwands der Schadensabwälzung ausgesprochen, 392 U.S. 481 (1968).

²⁷ Auch dies im Gegensatz zum US-Bundeskartellrecht, in dem nach der *indirect purchaser rule* die Ansprüche mittelbarer Abnehmer ausgeschlossen sind, so der U.S. Supreme Court in *Illinois Brick*, 431 U.S. 720 (1977).

²⁸ Zu den Konsequenzen für den Solidarschuldnerausgleich s. Art. 11 Abs. 5 und 6.

Die EU-Richtlinie
zum kartellrechtlichen
Schadenersatz

niedrige Marktanteile geknüpfte Haftungsprivileg: Warum soll das Marktaustrittsrisiko vom Marktanteil oder der KMU-Eigenschaft abhängen? Soll es Aufgabe des Geschädigten sein, vor Erhebung der Klage trotz all seinen anderen Beweisproblemen auch noch den Marktanteil des Schädigers zu bestimmen? In einem kleinen Absatz wird viel zivilrechtliche Kompetenz verspielt.²⁹ Mit klaren Haftungsregeln hat dies nichts mehr zu tun. Man kann die entsprechenden Regeln als eine neue Art von Verwaltungsprivatrecht bezeichnen, nämlich als ein Privatrecht, das durch verwaltungsrechtliche Überlegungen überlagert wird.

5. Verjährung

Die Verjährungsfrist für den kartellrechtlichen Schadenersatzanspruch beträgt nach Art. 10 Abs. 3 der Richtlinie mindestens fünf Jahre. Der Lauf der Verjährung beginnt erst mit Beendigung der Zuwiderhandlung und nach Kenntnis (bzw. Kennenmüssen) der Zuwiderhandlung, des Schadens und des Schädigers, Art. 10 Abs. 2. Durch ein kartellbehördliches Verfahren wird die Verjährung gehemmt oder unterbrochen, Art. 10 Abs. 4.³⁰ Es ist hervorzuheben, dass die fünfjährige Verjährungsfrist im EU-Vergleich relativ lang ist. Es wird hierdurch gewährleistet, dass den Geschädigten genug Zeit bleibt, ihre Klage vorzubereiten. Die Unterbrechungsregel garantiert, dass *follow on*-Klagen unabhängig von der Länge des Verwaltungsverfahrens immer möglich sind. Angemessene absolute Verjährungsfristen bleiben aber zulässig.³¹

V. Verfahrensrecht

Auch in Bezug auf das Verfahrensrecht geht die Richtlinie eklektisch vor: Wichtige Themen wie die Kosten des Rechtsstreits, die Prozessfinanzierung oder der Spielraum für Erfolgshonorare werden nicht angesprochen.³² Im Mittelpunkt stehen die Beweisschwierigkeiten im Kartellzivilprozess. Der Richtliniengeber schliesst sich der Auffassung an, dass hier aufgrund der Komplexität der wirtschaftlichen Zusammenhänge eine besondere Informationsasymmetrie besteht, die Be-

²⁹ Auffällig ist auch das Schweigen der Erwägungsgründe: Während alle Artikel der Richtlinie dort eingehend begründet und kontextualisiert werden, hat man für das «KMU-5-Privileg» nicht einmal den Versuch einer Begründung unternommen.

³⁰ Die Vorschrift ist terminologisch nicht korrekt: Nicht die Verjährungsfrist, sondern die Verjährung wird gehemmt oder unterbrochen.

³¹ S. Erwägungsgrund 36.

³² Vorgaben zu diesen Themen finden sich aber in der Empfehlung über kollektiven Rechtsschutz, oben Fn. 11.

weiserleichterungen zugunsten des Geschädigten erforderlich macht.³³

1. Wirkung nationaler Behördenentscheide

Wer einen kartellrechtlichen Schadenersatzanspruch geltend macht, muss den Kartellrechtsverstoss, einen Schaden, Kausalität und in vielen Ländern auch ein Verschulden der anderen Seite nachweisen. In Bezug auf das erste Tatbestandsmerkmal, nämlich die Zuwiderhandlung gegen das Kartellrecht, hilft die Existenz eines einschlägigen Behördenentscheids. Bereits nach geltendem Recht (nämlich Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003) sind die Gerichte in den Mitgliedstaaten an Entscheidungen der Europäischen Kommission gebunden. Der Kartellrechtsverstoss wird hierdurch also abschliessend bewiesen. Einzelne Mitgliedstaaten gehen weiter, am weitesten Deutschland, wo nicht nur den Entscheidungen der eigenen Kartellbehörde, sondern auch den bestandskräftigen Entscheidungen aller anderen mitgliedstaatlichen Kartellbehörden formelle Bindungswirkung zuerkannt wird.³⁴

Art. 9 der Richtlinie bringt nun für die gesamte EU eine solche Regel, die allerdings nach intensiven Diskussionen differenziert wurde: Die Gerichte sind nur an die bestandskräftigen Entscheidungen der Wettbewerbsbehörde des eigenen Landes formell gebunden. Die bestandskräftigen Entscheide von Wettbewerbsbehörden anderer EU-Mitgliedstaaten haben demgegenüber lediglich den Status eines Anscheinsbeweises. Hier bleibt die Möglichkeit einer Widerlegung also bestehen.

2. Ermittlung des Schadensumfangs

Zum Merkmal der Kausalität schweigt die Richtlinie sich aus. Fragen des Schadensumfangs geniessen hingegen grosse Aufmerksamkeit. Nach Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie dürfen «weder die Beweislast noch das Beweismass für die Ermittlung des Schadensumfangs die Ausübung des Rechts auf Schadenersatz praktisch unmöglich machen oder übermässig erschweren». Die nationalen Gerichte müssen die Möglichkeit haben, die Höhe des Schadens zu schätzen.³⁵ Dies setzt zwar voraus, dass erwiesen ist, dass ein Kläger einen Schaden erlitten hat. Genau hierfür besteht aber nach Art. 17 Abs. 2 für den wichtigsten Anwendungsfall eine (widerlegliche) Vermutung: «Es wird vermutet, dass Zuwiderhandlungen in Form von Kartellen einen Schaden verursachen.» Viel wird davon abhängen, inwieweit die Gerichte von der Möglichkeit der Schadensschätzung Gebrauch machen

werden. Auch wird der von der Europäischen Kommission verfasste Praktische Leitfaden³⁶ seine Tauglichkeit unter Beweis zu stellen haben.

3. Zugang zu Beweismitteln

Im Übrigen verankert die Richtlinie einen Anspruch des Klägers auf Zugang zu Beweismitteln in den Händen des Beklagten oder Dritter, und – zur Wahrung der Waffengleichheit – auch einen Anspruch des Beklagten zu den Beweismitteln im Besitz des Klägers oder Dritter (Art. 5). Hierdurch werden Elemente der anglo-amerikanischen *pretrial discovery* eingeführt, die dem kontinentaleuropäischen Verfahrensrecht bisher fremd waren. Voraussetzung des Offenlegungsanspruchs ist, dass der Kläger seinen Anspruch substantiiert begründet, die mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Tatsachen und Beweismittel vorlegt und hierdurch seinen Anspruch zumindest plausibel macht. Die Entscheidung über die Offenlegung der Beweismittel liegt in den Händen des Gerichts. Dieses hat einzelne Beweismittel oder relevante Kategorien von Beweismitteln so genau zu bestimmen, wie dies auf der Grundlage des substantiierten Vorbringens möglich ist. Ausserdem ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren. Die Vertraulichkeit von Informationen steht der Offenlegungspflicht nicht entgegen; es sind aber geeignete Massnahmen zum Schutz der Vertraulichkeit zu ergreifen (z.B. Verhandlung unter Ausschluss der Öffentlichkeit und Schwärzung vertraulicher Passagen).

Die hohen Anforderungen an die Offenlegung sollen der Gefahr von *fishing expeditions* entgegenwirken. In der Tat wählt die Richtlinie einen anderen Weg als die *discovery* des US-amerikanischen Rechts: *fact pleading*, wie es die Richtlinie vorsieht, schliesst im Gegensatz zu *notice pleading*, wie es dem amerikanischen Recht zugrunde liegt, exzessive Materialschlachten aus. Die Durchsetzung der Offenlegungspflichten (z.B. auch gegen die Gefahr der Vernichtung relevanter Beweismittel) ist durch wirksame Sanktionen abzusichern, die zugleich abschreckend und verhältnismässig sind, Art. 8. Hierzu kann auch die Möglichkeit gehören, nachteilige Schlussfolgerungen zu ziehen, beispielsweise den erforderlichen Beweis als geführt anzusehen, wenn die andere Seite ihren Offenlegungspflichten nicht nachgekommen ist.

4. Einvernehmliche Streitbeilegung

Die Richtlinie unterstreicht den Wert einvernehmlicher Streitbeilegung. Die Verjährung ist für die Dauer der einvernehmlichen Streitbeilegung gehemmt, Art. 18

³³ Erwägungsgründe 14 und 15.

³⁴ Zu den Einzelheiten s. § 33 Abs. 4 GWB.

³⁵ Sie können für die Bestimmung der Schadenshöhe auch die Hilfe der Wettbewerbsbehörde ihres Landes in Anspruch nehmen, «wenn die nationale Wettbewerbsbehörde dies für angebracht hält», Art. 17 Abs. 3.

³⁶ S.o. Fn. 12.

Die EU-Richtlinie
zum kartellrechtlichen
Schadenersatz

Abs. 1.³⁷ Nationale Gerichte müssen die Möglichkeit haben, das Verfahren bis zu zwei Jahre auszusetzen, Art. 18 Abs. 2. Wettbewerbsbehörden haben nach Art. 18 Abs. 3 die Möglichkeit, vergleichsweise geleistete Schadenersatzzahlungen als mildernden Umstand bei der Bussgeldberechnung zu berücksichtigen.³⁸ Auch das Verhältnis zwischen den am Vergleich beteiligten und nicht beteiligten Schädigern wird bestimmt, Art. 19.

5. Kollektiver Rechtsschutz

Die Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten nicht dazu, Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes einzuführen.³⁹ Dieser Aspekt wurde, wie bereits erwähnt, ausgeklammert und in einer separaten Empfehlung behandelt.⁴⁰ Aufgrund des Phänomens der fein fragmentierten Streuschäden besteht im Kartellrecht ein gesteigertes Bedürfnis nach kollektivem Rechtsschutz, der die rationale Apathie der einzelnen Geschädigten überwindet. Die Mitgliedstaaten werden deshalb in der Empfehlung dazu aufgerufen, entsprechend tätig zu werden. Gleichzeitig stellt die Empfehlung eine Reihe gemeinsamer europäischer Grundsätze auf, wozu auch eine Ausgestaltung nach dem *opt in*-Grundsatz gehört. Klageexzesse sollen hierdurch vermieden werden. Die Mitgliedstaaten haben zwei Jahre Zeit, um geeignete Massnahmen einzuführen. Danach wird die Europäische Kommission die Situation prüfen und entscheiden, ob weitere Massnahmen erforderlich sind.

VI. Verhältnis des Kartellzivilrechts zum Behördenverfahren

Die Pflicht zur Offenlegung von Beweismitteln bezieht sich im Grundsatz auch auf Beweismittel in den Akten der Wettbewerbsbehörden, Art. 6 Abs. 9, und zwar nach den allgemeine Vorgaben, insbesondere von Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit. Allerdings soll die Stärkung des Kartellzivilrechts die Behördenverfahren nicht schwächen. Da für den kartellbehördli-

³⁷ Auch hier bestehen dieselben terminologischen Probleme wie oben bei Fn. 30.

³⁸ Dies ist ein überzeugender Ansatz, der Anreize zur Entschädigung der Opfer schafft. Anders der Vorschlag im Rahmen der Revision des schweizerischen Kartellgesetzes: Kartellschadenersatz sollte (angemessen) auf die Geldbusse angerechnet werden, unabhängig davon, ob der Delinquent aktive Anstrengungen zur Entschädigung seiner Opfer unternommen hatte, s. hierzu *Andreas Heinemann*, Kartellzivilrecht, in: *Zäch/Weber/Heinemann* (Hrsg.), Revision des Kartellgesetzes – Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler, 2012, S. 137 (148 ff.).

³⁹ S. Erwägungsgrund 13.

⁴⁰ S.o. Fn. 11.

chen Erfolg die Kronzeugenregelung von grosser Bedeutung geworden ist, schirmt die Richtlinie in einer schwarzen Liste Kronzeugenerklärungen (und Vergleichsausführungen) von der Offenlegungspflicht ab, Art. 6 Abs. 6. Es bleibt abzuwarten, wie der Europäische Gerichtshof diesen kategorischen Ausschluss beurteilen wird, hatte er doch in mehreren Urteilen eine Interessenabwägung im Einzelfall gefordert und diese Anforderung primärrechtlich, nämlich auf Art. 101 AEUV abgestützt.⁴¹

Die Offenlegung weiterer Kategorien von Dokumenten darf erst dann angeordnet werden, wenn die Wettbewerbsbehörde ihr Verfahren beendet hat. Hier geht es um Informationen, die von den Parteien eigens für das wettbewerbsbehördliche Verfahren erstellt wurden (z.B. Antworten auf Auskunftsverlangen), Informationen, welche die Wettbewerbsbehörde im Laufe des Verfahrens erstellt und den Parteien übermittelt hat (z.B. die Mitteilung der Beschwerdepunkte), und Vergleichsausführungen, die zurückgezogen wurden, Art. 6 Abs. 5 («graue Liste»). Diese Vorgaben werden durch Beweisverwertungsverbote ergänzt, Art. 7.

VII. Ausblick

1. *Entwicklungspotential des Kartellzivilrechts in der EU*
Im Jahr 2004 stellte die Ashurst-Studie noch eine völlige Unterentwicklung («total underdevelopment») der kartellrechtlichen Schadenersatzklagen in Europa fest.⁴² Zehn Jahre später stellt sich die Situation deutlich anders dar: In einigen EU-Mitgliedstaaten (insbesondere in Deutschland, Grossbritannien und den Niederlanden) ist es zu zahlreichen Verfahren gekommen. Einige Länder haben die einschlägigen Regeln reformiert bzw. sind im Begriff, dies zu tun (s. die 7. GWB-Novelle aus dem Jahr 2005 in Deutschland, die Loi Hamon aus dem Jahr 2014 in Frankreich und die hängige Consumer Rights Bill in Grossbritannien).

Insgesamt bleibt es aber dennoch die Ausnahme, dass Opfer von Wettbewerbsverstössen Schadenersatz geltend machen. Die neue Richtlinie bringt deutliche Verbesserungen: Störende Stolpersteine werden entfernt, und das Verhältnis von privater und öffentlicher Rechtsdurchsetzung wird geordnet. Auch wenn die Richtlinie naturgemäss Kompromisscharakter hat und die wichtige Frage des kollektiven Rechtsschutzes ausgeklammert wurde, ist ein deutlicher Aufschwung kartellzivilrechtlicher Aktivität zu erwarten. Aufgrund des ausbalancierten Ansatzes der Richtlinie sind unerwünschte Klageexzesse ausgeschlossen.

2. *Situation in der Schweiz*

Im Gegensatz hierzu steht die Situation in der Schweiz: Nachdem die Revision des schweizerischen Kartellgesetzes im September 2014 im Nationalrat gescheitert ist, bleibt es beim *status quo*, d.h. den grösstenteils überholten Vorschriften in Art. 12 und 13 des schweizerischen Kartellgesetzes. Während die Geschädigten in der EU künftig fünf Jahre Zeit haben, ihre Ansprüche geltend zu machen, wobei die Dauer des kartellbehördlichen Verfahrens nicht einberechnet wird, beträgt die Verjährungsfrist in der Schweiz ein Jahr⁴³, wobei das Verfahren vor der Wettbewerbskommission die Verjährung nicht tangiert. Dies ist nur ein Beispiel für die Schwächen des schweizerischen Kartellzivilrechts.⁴⁴ Leidtragende sind die Opfer von Kartellverstössen, und Schaden nimmt die Effektivität des Kartellrechts insgesamt. Die Verabschiedung der EU-Richtlinie zum kartellrechtlichen Schadenersatz wäre ein geeigneter Anlass, um die Bemühungen um eine sachgerechte Revision des schweizerischen Kartellgesetzes wieder aufzunehmen.

⁴³ Art. 12 Abs. 1 lit. b KG i.V. mit Art. 60 Abs. 1 OR.

⁴⁴ Bestandesaufnahme der übrigen Mängel bei Heinemann (oben Fn. 38).

⁴¹ EuGH, 14.6.2011, Rs. C-360/09 – *Pfleiderer*, Slg. 2011, I-5161; EuGH, Tz. 30 ff.; EuGH, 6.6.2013, Rs. C-536/11 – *Donau Chemie u.a.*, Tz. 30 ff., insbesondere 31: «Die Notwendigkeit einer solchen Abwägung ergibt sich daraus, dass insbesondere im Wettbewerbsrecht jede starre Regel – sei es im Sinne einer völligen Verweigerung eines Zugangs zu den betreffenden Dokumenten oder im Sinne eines allgemein gewährten Zugangs zu diesen – die wirksame Anwendung insbesondere des Art. 101 AEUV und der Rechte, die diese Bestimmung den Einzelnen verleiht, beeinträchtigen kann». Allerdings hatte der Gerichtshof im *Pfleiderer*-Urteil diese Grundsteine nur «in Ermangelung einer verbindlichen unionsrechtlichen Regelung» (Tz. 23) aufgestellt, woran sich durch die Richtlinie nun ja etwas geändert hat.

⁴² *Ashurst* (prepared by Denis Waelbroeck, Donald Slater and Gil Even-Shoshan), Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules – Comparative Report, 2004, S. 1 (<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>).