



BUNDESKARTELLAMT

**Private Kartellrechtsdurchsetzung
Stand, Probleme, Perspektiven**

- Diskussionspapier -

Bundeskartellamt

Diskussionspapier

für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht

am 26. September 2005

**Private Kartellrechtsdurchsetzung
Stand, Probleme, Perspektiven**

Inhaltsverzeichnis

Überblick.....	i
A. Einleitung.....	1
B. Grundlagen.....	1
I. Was ist private Kartellrechtsdurchsetzung?.....	1
II. Funktionen der privaten Kartellrechtsdurchsetzung im Gesamtsystem der Kartellbekämpfung.....	2
1. Individuelle Rechtsdurchsetzung – Ausgleichsfunktion	2
2. Ergänzung kartellbehördlichen Handelns.....	3
a) Entlastungsfunktion.....	3
b) Beitrag zur Rechtsfortbildung	3
c) Hinweisfunktion.....	3
d) Abschreckungsfunktion.....	4
3. Stärkung der "Kartellrechtskultur".....	4
C. Stand der privaten Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland	4
I. Fallpraxis deutscher Gerichte.....	4
II. Geltendmachung von Schadensersatz- / Unterlassungsansprüchen.....	6
1. Anspruchsgrundlagen.....	6
2. Schutzbereichproblematik.....	6
3. Anspruchsberechtigung mittelbar Betroffener.....	7
4. Schadensnachweis durch Kartellabnehmer/-lieferanten.....	9
5. Weiterwälzung erhöhter Preise („passing-on“).....	10
6. Bindungswirkung behördlicher und gerichtlicher Entscheidungen.....	12
7. Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht.....	13
a) Internationale Zuständigkeit.....	13
b) Anwendbares Recht.....	14
D. Vorbild oder Gegenmodell: private Kartellrechtsdurchsetzung in den USA.....	15
I. Die Rolle privater Kartellrechtsdurchsetzung in den USA.....	15
II. Verdreifachung des Schadensersatzes (treble damages).....	15
III. Die passing-on-Problematik im U.S. amerikanischen Recht	16
IV. Regressausschluss innerhalb von Kartellen.....	18
V. Zivilprozessuale Durchsetzung der Schadensersatzansprüche.....	18
VI. Sammelklagen (class actions).....	19
VII. Anwaltskostentragung und contingency fees.....	19
VIII. Extraterritoriale Anwendung von US-Kartellrecht.....	19
IX. Begünstigung kooperationsbereiter Kartellmitglieder.....	20
E. Ökonomische Aspekte der Schadensberechnung	20
I. Wirtschaftlicher Schaden durch Kartellierung.....	21
II. Methoden zur Berechnung des Wettbewerbspreises.....	21
1. Vorbemerkungen.....	21
2. Vergleichsmarktmethode.....	22
3. Kostenmethode.....	23
4. Simulationsmethode.....	23
III. Empirische Schätzungen von kartellbedingten Schäden.....	24
F. Problemfelder und Perspektiven.....	25
I. Verhältnis behördliche / private Kartellrechtsdurchsetzung.....	26
II. Beweiserleichterungen.....	27
III. Mehrfachschaftensersatz.....	27
IV. Private Kartellrechtsdurchsetzung und more economic approach	29
V. Verbraucherverbandsklagen	30
VI. Attraktivitätsverlust der Leniency-Programme für Kartellmitglieder?.....	31
G. Fragen zur Diskussion.....	32
Literaturverzeichnis.....	i

Überblick

Private Kartellrechtsdurchsetzung spielt in Deutschland eine wichtige und wertvolle Rolle. Sie ergänzt und entlastet die behördliche Kartellbekämpfung, indem sie auch Fälle erfasst, deren Verfolgung durch die Kartellbehörden auf Grund beschränkter Ressourcen nicht erfolgen würde. So führt sie zu einer breiteren Sanktionierung von Wettbewerbsverstößen und zu einer Stärkung der allgemeinen Kartellrechtskultur.

Kartellrecht kann von Privaten sowohl defensiv, d.h. als Einwendung, als auch offensiv, d.h. als Anspruchsgrundlage, eingesetzt werden. In Deutschland liegt der Schwerpunkt der offensiven privaten Kartellrechtsdurchsetzung auf Klagen, die sich auf die Verletzung von Missbrauchsverboten stützen oder die im "Graubereich" liegende kartellrechtswidrige Abreden im Horizontal- oder Vertikalverhältnis zum Gegenstand haben. Oft sind die Klagen auf direkte Marktwirkungen (Unterlassung diskriminierendes Verhaltens, Weiterbelieferung etc.) gerichtet. Von eher untergeordneter Bedeutung sind dagegen Schadensersatzklagen auf Geldzahlung. Wenige, aber in ihrer Abschreckungswirkung grundsätzlich bedeutsame Klagen gab es bislang von Kartellopfern. Schwierigkeiten bereitet diesen privaten Klägern neben der Frage der persönlichen Anspruchsberechtigung oftmals der Nachweis eines Wettbewerbsverstoßes, bei Schadensersatzklagen auch der Schadensnachweis dem Grunde und der Höhe nach. Die 7. GWB-Novelle stärkt hier die Möglichkeiten einer privaten Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche: Das Schutzgesetzfordernis, das durch die Rechtsprechung mitunter sehr eng ausgelegt worden war, wurde abgeschafft. Dem Verletzer wurde die Einrede, der Schaden sei vom Opfer des wettbewerbswidrigen Verhaltens auf die nachfolgende Marktstufe abgewälzt worden, zwar nicht per Gesetz abgeschnitten, sondern der Rechtsprechung zur Klärung überlassen. Jedoch werden jedenfalls an den vom Schädiger zu erbringenden Nachweis eines solchen *passing-on* in Zukunft höhere Anforderungen gestellt. Die Position des Klägers wurde zudem insbesondere bei sog. *Follow-on*-Klagen verbessert. So besteht eine erweiterte Bindungswirkung an Entscheidungen der Kartellbehörden, und die Verjährungs- und Zinsregelungen wurden klägerfreundlich ausgestaltet. Andere Fragen, wie z.B. die der Anspruchsberechtigung von indirekt betroffenen Abnehmern auf nachgelagerten Marktstufen, blieben offen. Ungewissheiten bestehen bei grenzüberschreitenden Sachverhalten auch im Hinblick auf die internationale Zuständigkeit und das im Einzelfall anwendbare Recht.

Die Schwierigkeiten bei der privaten Kartellrechtsdurchsetzung beschränken sich nicht allein auf die juristische Ebene. In der Praxis erweist sich insbesondere die Berechnung von Schadensersatzansprüchen von Kartellopfern als kompliziert, denn dies setzt einen Vergleich der Marktverhältnisse mit und ohne wettbewerbsschädigendes Verhalten voraus. Es ist daher von zentraler Bedeutung, den hypothetischen Wettbewerbspreis in belastbarer

Weise zu ermitteln. Hierfür stehen mehrere Methoden zur Verfügung, die jeweils eine unterschiedlich anspruchsvolle Datenbasis erfordern. Welche von diesen (einzeln oder in Kombination) am besten geeignet ist, sachgerechte Ergebnisse zu liefern, muss anhand des jeweiligen Einzelfalles entschieden werden.

In der aktuellen Diskussion werden über das mit der 7. GWB-Novelle Erreichte hinaus prozess- und materiellrechtliche Neuerungen zu Gunsten privater Kläger nach US-amerikanischem Vorbild gefordert. In den USA spielen private Klagen eine herausragende Rolle für die Kartellrechtsdurchsetzung, was auf eine Vielzahl von Anreizen für private Kläger zurückzuführen ist, die eine private Kartellrechtsdurchsetzung lohnend erscheinen lassen. Unter Hinweis auf die amerikanische Rechtspraxis wird auch für Deutschland und Europa u.a. die Einführung einer *pre-trial discovery*, die Möglichkeit der Erhebung von Sammelklagen und die Zuerkennung von Mehrfachs Schadensersatz diskutiert. Entsprechende Gesetzesänderungen würden jedoch tiefgreifende Eingriffe in das nationale Schadens- und Verfahrensrecht mit sich bringen, an deren Notwendigkeit Zweifel bestehen. Erweiterte materiellrechtliche und zivilprozessuale Spielräume mögen es Privaten erleichtern, ihre Ansprüche vor Gericht durchzusetzen. Es muss jedoch gewährleistet sein, dass solche Neuerungen der im Gemeinwohlinteresse stehenden behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung nicht zuwiderlaufen. So könnten etwa Verschärfungen der zivilrechtlichen Sanktionen die Effektivität von *Leniency*-Programmen beeinträchtigen. Darüber hinaus muss jeweils äußerst sorgfältig abgewogen werden, ob die Besonderheiten des Kartellrechts tatsächlich so ausgeprägt sind, dass sie Systembrüche im allgemeinen Delikts- und Schadensrecht zu rechtfertigen vermögen.

Weitere Reformansätze wären die Stärkung von Verbraucherverbandsklagen sowie gewisse Erleichterungen im Bereich der Beweisführung. Mit diesen Instrumenten könnte man gerade den besonders wichtigen Teil der privaten kartellrechtsbezogenen Klagen fördern, der nicht an Entscheidungen von Kartellbehörden oder Gerichten anknüpft, sondern ergänzend neben die behördliche Durchsetzung tritt.

Die Notwendigkeit einer fundierten ökonomischen Betrachtung auch im Rahmen der privaten Kartellrechtsdurchsetzung ist unbestritten. Soweit in diesem Zusammenhang Änderungen bei der Ausgestaltung des materiellen Kartellrechts erwogen werden, muss jedoch berücksichtigt werden, dass private Kläger auf handhabbare Regeln angewiesen sind.

A. Einleitung

Neben den Wettbewerbsbehörden sind private Marktteilnehmer im allgemeinen System der Kartellrechtsdurchsetzung von großer Bedeutung. Zum einen leisten sie wertvolle Beiträge durch Beschwerden oder als Beigeladene in kartellbehördlichen Verfahren. Zum anderen können Private mit Hilfe der Zivilgerichtsbarkeit die Kartellrechtsdurchsetzung auch unabhängig von Behörden vorantreiben. Diese private Kartellrechtsdurchsetzung gewinnt in der jüngsten Diskussion immer mehr an Bedeutung, sowohl national als auch auf europäischer und internationaler Ebene. So liegt ein Schwerpunkt der 7. GWB-Novelle auf der Verbesserung der Stellung Privater im System der Kartellrechtsdurchsetzung. Die Europäische Kommission hatte schon mit der Einführung der VO 1/2003 beabsichtigt, den Privaten über die Zivilgerichte mehr Gewicht einzuräumen und hat nunmehr angekündigt, gegen Ende 2005 ein Grünbuch zu Fragen des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs zu veröffentlichen. Auf internationaler Ebene befasst sich derzeit das *International Competition Network* mit der Frage des Verhältnisses von behördlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung.

Private Kartellrechtsdurchsetzung ist ein Element der Wettbewerbskultur. Sie ist Teil des Gesamtsystems Kartellrechtsdurchsetzung und muss daher im Zusammenspiel mit der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung gesehen werden. In diesem Diskussionspapier sollen die verschiedenen Facetten des Themas daher immer auch unter dem Gesichtspunkt beleuchtet werden, welche Auswirkungen der Reformprozess auf die behördliche Praxis haben könnte. Zu berücksichtigen ist darüber hinaus, ob und inwieweit sich mögliche Neuregelungen in das allgemeine Schadensrecht einfügen. Neben einer Bestandsaufnahme soll hiermit ein Beitrag zur aktuellen Diskussion zum geplanten Grünbuch der Europäischen Kommission geleistet werden.

B. Grundlagen

I. Was ist private Kartellrechtsdurchsetzung?

Kartellrechtliche Normen spielen in einer Vielzahl zivilrechtlicher Streitigkeiten eine Rolle. Grundsätzlich kann man hierbei zwischen defensiver und offensiver Durchsetzung von Kartellrechtsnormen unterscheiden. Einerseits kann Kartellrecht zivilrechtlichen, insbesondere vertraglichen Ansprüchen entgegengehalten werden. Klassisches Beispiel einer solchen defensiven Wirkung ist die Nichtigkeitssanktion bei wettbewerbsbeschränkenden Abreden. Andererseits kann Kartellrecht Ansprüche begründen und somit offensiv eingesetzt werden.

In Betracht kommen hier etwa Unterlassungs- oder Belieferungsansprüche, Ansprüche auf Aufnahme in ein Vertriebsnetz oder Schadensersatzansprüche.

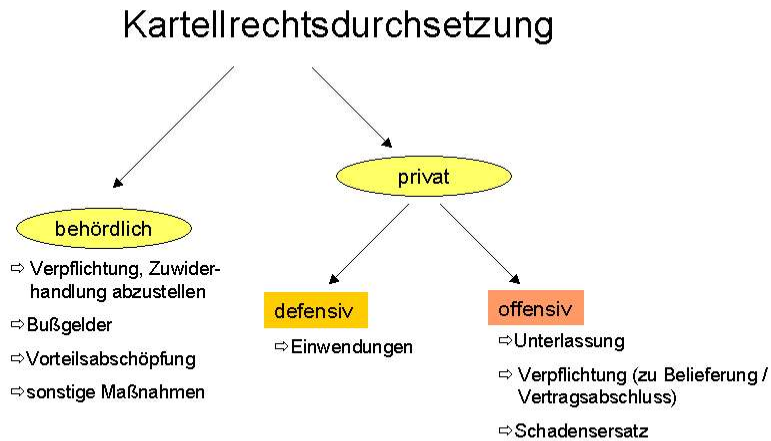


Abb.: Mittel der Kartellrechtsdurchsetzung

Im Mittelpunkt der gegenwärtigen Diskussion stehen oftmals lediglich die Schadensersatzansprüche gegen Mitglieder von Kartellen. Dies soll jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass in Deutschland der deutlich geringere Teil der Kartellzivilklagen auf Hardcore-Kartelle entfällt. Überwiegend sind Fälle von Missbrauch oder Diskriminierung Gegenstand der Verfahren¹. Bei der Geltendmachung der Rechte Privater lassen sich hier jedoch weit gehende Gemeinsamkeiten feststellen. Von einer gesonderten Darstellung nach Kartellen, Missbrauchs- bzw. Diskriminierungsfällen wird daher abgesehen. Sofern sich Aussagen nur auf Kartelle beziehen (wie etwa das Verhältnis von privater Kartellrechtsdurchsetzung und behördlichen Leniency-Programmen) wird dies durch entsprechende Formulierungen kenntlich gemacht.

II. Funktionen der privaten Kartellrechtsdurchsetzung im Gesamtsystem der Kartellbekämpfung

1. Individuelle Rechtsdurchsetzung – Ausgleichsfunktion

Der betroffene Kläger nutzt die private Kartellrechtsdurchsetzung primär, um seinen individuellen Rechten Geltung zu verleihen, die ihm von der Rechtsordnung verliehen werden. Diese kann er auf eigene Initiative und nach eigener Schwerpunktsetzung vor den Zivilgerichten verteidigen und den Ausgleich erlittener Schäden erstreiten.

¹ S. dazu unter C.I., S.4.

2. Ergänzung kartellbehördlichen Handelns

Aus Sicht der Kartellbehörde wird ihre Tätigkeit durch die private Kartellrechtsdurchsetzung in mehrfacher Hinsicht ergänzt.

a) Entlastungsfunktion

Die Kartellbehörden müssen ihre vergleichsweise knappen Ressourcen auf die Fälle konzentrieren, die von allgemeiner Bedeutung für das Wettbewerbsgeschehen sind. Insbesondere auf dem Gebiet der Vertikalvereinbarungen sowie in Fällen regional begrenzter missbräuchlicher Ausnutzung einer marktbeherrschenden oder marktstarken Stellung werden unbedeutendere Sachverhalte von den Kartellbehörden nicht aufgegriffen und die Beschwerdeführer häufig auf den ihnen offen stehenden Zivilrechtsweg verwiesen. Ist für eine Kartellbehörde beispielsweise die Frage der Belieferung eines einzelnen Möbelhauses durch einen Markenfabrikanten im Regelfall nicht prioritär, mag für das einzelne Unternehmen die Belieferung hingegen einen so hohen Stellenwert haben, dass sogar der Rechtsweg bis zum Bundesgerichtshof ausgeschöpft wird.²

b) Beitrag zur Rechtsfortbildung

Durch die Mitteilungspflicht der Gerichte in § 90 GWB wird das Bundeskartellamt über jeden in Deutschland geführten Kartellzivilrechtsstreit unterrichtet und erhält so die Möglichkeit, als *amicus curiae* auf diese Verfahren Einfluss zu nehmen. In dieser Rolle kann das Bundeskartellamt an der Fortbildung des allgemeinen Kartellrechts mitwirken, indem es regelmäßig an den mündlichen Verhandlungen in Zivilfällen vor dem Bundesgerichtshof teilnimmt und seine Rechtsauffassung mündlich, bisweilen auch in längeren schriftlichen Stellungnahmen erläutert.³

c) Hinweisfunktion

Durch die beschriebene Kooperation mit den Zivilgerichten erlangt das Bundeskartellamt Kenntnis von der Häufung wettbewerblicher Probleme in bestimmten Bereichen, was wiederum Anlass für behördliche Untersuchungen sein kann. Zwar werden nur in wenigen Fällen Zivilverfahren zur Einleitung eines Kartellbußgeldverfahrens führen⁴; jedoch können aufgrund des Erkenntnisgewinns Schwerpunkte für die allgemeine Kartellrechtsdurchsetzung gebildet werden.

² BGH, Urteil v. 9.5.2000, WRP 2000, 762-766 – *Designer-Polstermöbel*.

³ So hat das Bundeskartellamt in dem Verfahren BGH KZR 11/04 eine 52-seitige Stellungnahme abgegeben. Hierbei ging es um ein Schadensersatzbegehren gegen ein Mitglied des Vitaminkartells.

⁴ Das Bundeskartellamt hat in den letzten drei Jahren zwei solche Verfahren geführt.

d) Abschreckungsfunktion

Schließlich spielt auch die Abschreckungsfunktion der privaten Kartellrechtsdurchsetzung, welche die Abschreckung durch behördliche Maßnahmen ergänzt, eine wichtige Rolle.⁵

3. Stärkung der "Kartellrechtskultur"

Stellt man die private Kartellrechtsdurchsetzung in einen noch weiteren Zusammenhang, so kann diese auch zur Stärkung des Wettbewerbsgedankens bzw. der Wettbewerbskultur beitragen. Erfolgreiche Zivilklagen liefern einen Beitrag zur Durchsetzung des Rechts und können den Marktteilnehmern und damit auch den Verbrauchern vor Augen führen, dass Wettbewerbsregeln einzuhalten sind und Verstöße auf eigene Initiative abgestellt werden können.

C. Stand der privaten Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland

I. Fallpraxis deutscher Gerichte

Private Kartellrechtsdurchsetzung ist in Deutschland weit verbreitet. Jedes Jahr erhält das Bundeskartellamt Kenntnis von mehreren hundert neuen Zivilverfahren mit Kartellrechtsbezug. Seit 2002 sind in der Datenbank des Bundeskartellamts rund 900 solcher Entscheidungen registriert worden. Das Bundeskartellamt hat das Ausmaß der privaten Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland exemplarisch anhand des Jahres 2004 etwas näher untersucht. Allein in diesem Zeitraum wurden 240 zivilgerichtliche Entscheidungen erfasst, in deren Verfahrensverlauf die Verletzung kartellrechtlicher Normen geltend gemacht wurde. 68 davon betrafen die offensive Geltendmachung eines kartellrechtlichen Anspruchs. 56 dieser Verfahren wurden nach deutschem Recht entschieden, wobei 20 gewonnen und 36 verloren wurden. Zwölf Verfahren wurden nach europäischem Kartellrecht entschieden, davon drei gewonnen und neun verloren. Von den Urteilen hatten 38 (auch) pekuniären Schadensersatz zum Gegenstand, wobei die Klägerseite in 19 Fällen obsiegte.

Neben Vertikalvereinbarungen betrafen die Klagen ganz überwiegend Fälle von Missbrauch bzw. Diskriminierung abhängiger Unternehmen eines marktbeherrschenden oder marktstarken Unternehmens. Hardcore-Kartelle waren hingegen nur selten Gegenstand der Verfahren. Die relativ hohe Zahl von Verfahren, in denen auf Vorschriften des GWB bzw.

⁵ Woods, Sinclair, Ashton, Competition Policy Newsletter 2/2004, 31, 32.

Art. 81, 82 EG Bezug genommen wurden, zeigt, dass Kartellrecht mittlerweile einen festen Bestandteil anwaltlicher Beratungspraxis darstellt.

Im Auftrag der Europäischen Kommission untersuchte die sog. „Ashurst-Studie“ die Bedingungen, unter denen bei Verstößen gegen die Wettbewerbsregelungen der EG vor nationalen Gerichten auf pekuniären Schadensersatz geklagt werden kann. Diese Studie ermittelte für Deutschland für den gesamten Zeitraum zwischen 1958 und Mitte 2004 lediglich 159 Kartellzivilverfahren und kommt für den Zeitraum zwischen 1958 und 2004 auf 29 Schadensersatzklagen, davon neun erfolgreiche. Die empirische Aussage der Studie ist schon aus methodischer Sicht⁶ kaum haltbar und in ihrem Ergebnis für Deutschland schlicht falsch. Die Schlussfolgerung der Untersuchung, auf Kartellrecht gestützte private Schadensersatzklagen seien (auch in Deutschland) völlig unterentwickelt⁷, ist in dieser Allgemeinheit unzutreffend. Wenig entwickelt sind lediglich Ansprüche von Hardcore-Kartell-Opfern, die bislang nur in einem Fall erfolgreich eingeklagt wurden.⁸ Eine Reihe von entsprechenden Verfahren wurde mit Vergleichen beendet.⁹ Ein Novum bildet hier die Klage der belgischen Gesellschaft *Cartel Damage Claims* (CDC) gegen *Dyckerhoff, Lafarge* und die ehemalige *Readymix*-Gruppe. CDC hatte sich die Ansprüche von rund 30 kleinen und mittelgroßen Zementkunden aus Deutschland abtreten lassen und verklagt nun die vorgenannten Kartellanten auf Schadensersatz in Höhe von insgesamt 144 Mio. Euro. Sollte dieses Beispiel Schule machen, so könnten künftig auch im Bereich der Zivilklagen gegen Mitglieder von Hardcore-Kartellen steigende Fallzahlen zu verzeichnen sein.

Private enforcement darf jedoch nicht lediglich mit Schadensersatzklagen gleichgesetzt werden. Denn dadurch würde die große Bedeutung gerade der Klagen verkannt, die keine Hardcore-Kartelle betreffen (z.B. Missbrauchsverfahren, Klagen wegen vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen).¹⁰

⁶ Die Verfasser legen im deutschen Bericht unter J (vii) dar, dass sie die deutschen Kartellgerichte nur nach Zahlen seit 1999 befragt haben und von den 42 Gerichten 12 keinerlei Angaben machten und nur sieben die Fragen ausführlich beantworteten. Für den Zeitraum seit 1999 wurden auf dieser Basis 24 Entscheidungen gezählt.

⁷ S. Seite 1-1 der Studie.

⁸ LG Dortmund, Urteil vom 1.4.2004, WuW/E DE-R 1352 – *Vitaminpreise Dortmund*

⁹ Gerade auch im Fall des „Vitaminkartells“ (Verfahren BGH KZR 11/04 bzw. OLG Düsseldorf, VI U 37/04).

¹⁰ Dazu unten F.III., S. 29.

II. Geltendmachung von Schadensersatz- / Unterlassungsansprüchen

1. Anspruchsgrundlagen

Grundlage des Unterlassungs- bzw. Schadensersatzanspruchs gegen Kartellanten bildete bislang § 33 S. 1 GWB, sofern ein Verstoß gegen Normen des GWB vorlag; bei Verletzungen von Art. 81, 82 EG musste auf § 823 Abs. 2 BGB zurückgegriffen werden. Mit der zum 1. Juli 2005 in Kraft getretenen 7. GWB-Novelle gilt nun § 33 Abs. 1 S. 1 (ggf. i.V.m. Abs. 3) GWB als einheitliche Anspruchsgrundlage sowohl bei Verstößen gegen GWB-Vorschriften als auch gegen Art. 81 und 82 EG.

Streitig ist, ob das Gemeinschaftsrecht selbst bei Verletzungen von Art. 81 EG die einschlägige Anspruchsgrundlage bildet.¹¹ Die wohl herrschende Meinung sieht die Anspruchsgrundlage bei Verstößen gegen Art. 81 EG im nationalen Recht,¹² und auch das Europäische Gericht erster Instanz hat sich in diesem Sinne geäußert.¹³ Unabhängig von der Frage, ob die konkrete Anspruchsgrundlage dem nationalen oder europäischen Recht entspringt, ist jedenfalls allgemein anerkannt, dass auf Gemeinschaftsrecht fußende Ansprüche in ihrer Durchsetzung auf nationaler Ebene ausgestaltet und auch eingeschränkt werden dürfen, sofern die Grundsätze der Effektivität und der Äquivalenz gewährleistet bleiben.¹⁴ Eine Anwendung von § 33 Abs. 1 S.1 GWB (i.V.m. Art. 81 Abs. 1 EG) ist vor diesem Hintergrund unproblematisch.

2. Schutzbereichproblematik

§ 33 S. 1 GWB a.F. und § 823 Abs. 2 BGB setzten jeweils eine Zuwiderhandlung gegen „eine Bestimmung, die den Schutz eines anderen bezweckt“ voraus. Ein erheblicher Teil der Rechtsprechung sah dieses Erfordernis bei § 1 GWB (a.F.) und Art. 81 EG¹⁵ nur hinsichtlich

¹¹ Dies wurde zuletzt im Hinblick auf die Courage-Entscheidung des EuGH erörtert (EuGH, Urteil vom 20.09.2001, Rs. C-453/99, Slg. 2001, I-6297 – *Courage*), obgleich das Urteil in dieser Frage keine Festlegung trifft.

¹² *Schröter / Jakob / Mederer* (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Art. 81 Rn. 268 m.w.N; *Brinker*, Schadensersatz als Sanktion für Wettbewerbsverstöße, in *Schwarze* (Hrsg.), Instrumente zur Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts – Regelungstechniken, Kontrollverfahren und Sanktionen, 2002, S. 107, 109. A.A. etwa *Mäsch*, EuR 2003, 825.

¹³ S. Rechtssache T-24/90, Slg. 1992, II-2223, Rn. 50 – *Automec II*.

¹⁴ Soweit ersichtlich gibt es in allen Mitgliedstaaten Anspruchsgrundlagen im nationalen Recht, die eine privatrechtliche Geltendmachung von Schadensersatz bei Verletzung von Art. 81 Abs. 1 EG erlauben. Bei gemeinschaftsfreundlicher Auslegung dürften somit nahezu die gleichen Ergebnisse erzielt werden wie bei der nationalen Ausgestaltung einer gemeinschaftsrechtlichen Anspruchsgrundlage.

¹⁵ Bei §§ 19, 20 GWB bzw. Art. 82 EG stellt sich die Schutzgesetz-Problematik nicht in gleicher Weise, da sich bei Verletzung dieser Vorschriften in aller Regel auch ein zielgerichteter Verstoß (gegen den unmittelbar Benachteiligten) unproblematisch bejahen lässt.

derjenigen Personen als erfüllt an, gegen die sich das wettbewerbsschädigende Verhalten gezielt richtete.¹⁶

In der Literatur wurde das Erfordernis eines zielgerichteten Wettbewerbsverstoßes sowohl im Hinblick auf Verstöße gegen GWB-Normen wie auch gegen Art. 81, 82 EG richtigerweise ganz überwiegend abgelehnt. Es sei nicht einsichtig, eine Unterscheidung danach zu treffen, ob im Zeitpunkt des wettbewerbswidrigen Verhaltens dessen Opfer bereits individualisierbar seien oder nicht bzw. ob eine Absprache ganze Märkte oder nur einzelne Akteure betreffe.¹⁷

Die 7. GWB-Novelle sorgt insoweit für eine Klärung, als das Schutzgesetzfordernis – das der ursprüngliche Regierungsentwurf noch vorgesehen hatte¹⁸ – fallen gelassen wurde.¹⁹ Nach der neuen Gesetzesfassung sind nunmehr alle „Betroffenen“ nach § 33 Abs. 1 S. 1 GWB (i.V.m. GWB-Vorschriften bzw. Art. 81, 82 EG) anspruchsberechtigt. Betroffen sind gemäß der Legaldefinition in § 33 Abs. 1 S. 3 GWB wiederum all jene Mitbewerber oder sonstigen Marktbeteiligten, die durch den Wettbewerbsverstoß „beeinträchtigt“ sind. Auf die Intention des Schädigers oder eine irgendwie geartete Finalität des schädigenden Verhaltens stellt die neue Gesetzesfassung ausdrücklich nicht ab.

3. Anspruchsberechtigung mittelbar Betroffener

Die 7. GWB-Novelle trifft keine Aussage darüber, ob im Fall von Wettbewerbsverstößen auch Angehörige nachfolgender Marktstufen (sog. *indirect purchaser*) anspruchsberechtigt sind. Diese Frage stellt sich insbesondere im Zusammenhang mit Ansprüchen gegen Kartellmitglieder nach § 33 Abs. 1 S. 1 GWB i.V.m. § 1 GWB bzw. Art. 81 EG. Es wäre jedoch zumindest denkbar, dass auch im Falle von Diskriminierungen oder Preismissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen Angehörige nachfolgender Marktstufen Ansprüche nach § 33 Abs. 1 S. 1 GWB geltend machen könnten, soweit etwa die unmittelbar betroffene Marktgegenseite überhöhte Preise weitergewälzt hat. Der Wortlaut der neuen GWB-Fassung steht solchen Ansprüchen zumindest nicht entgegen. In diesem Zusammenhang ist auch auf die weit gefasste Legaldefinition in § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG hinzuweisen, derzufolge

¹⁶ So zuletzt insbesondere LG Mainz, Urteil vom 15.1.2004, WuW/E DE-R 1349, 1351 – *Vitaminpreise Mainz*; LG Mannheim, Urteil vom 11.7.2003, GRUR 2004, 182, 183 f.

¹⁷ S. *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Auflage, 2001, § 33 Rn. 12; *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Auflage, 2001, § 33 Rn. 16, jeweils mit weiteren Nachweisen.

¹⁸ Auch der Regierungsentwurf (BT-Drucksache 15/3640 vom 7. Juli 2004) stellte jedoch in seinem § 33 Abs. 1 S. 3 GWB-E bereits klar, dass – bezogen auf Art. 81, 82 EG – die Schutzgesetzzeigenschaft auch bei nicht zielgerichteten Eingriffen zu bejahen sei.

¹⁹ Das Schutzgesetzfordernis hat in der Parallelnorm § 32 EnWG n.F. ebenfalls keinen Niederschlag gefunden. Bemerkenswerterweise qualifiziert § 32 Abs. 1 S. 3 EnWG n.F. dennoch die Abschnitte 2 und 3 als Schutzgesetze.

"Marktteilnehmer" neben Mitbewerbern und Verbrauchern alle Personen sind, die als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen tätig sind.

In Literatur und Rechtsprechung wird diese Frage kontrovers diskutiert. Soweit ersichtlich, gibt es zur Frage der Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer in der nationalen Rechtsprechung keine Präzedenzfälle. Lediglich das OLG Düsseldorf hat sich in einem *obiter dictum* grundsätzlich gegen Schadensersatzansprüche von Abnehmern weiterer Marktstufen ausgesprochen.²⁰

Der EuGH hatte in seinem *Courage*-Urteil erklärt, dass bei Verletzungen von Art. 81 EG grundsätzlich „jedermann“ Anspruch auf Schadensersatz habe. Die Entscheidung betraf den Anspruch eines Kartellanten gegen einen anderen²¹; die Ausführungen des EuGH sind jedoch allgemein gehalten und beschränken sich nicht auf diese Fallkonstellation²²:

„Die volle Wirksamkeit des Artikels 85 EG-Vertrag [a.F.] und insbesondere die praktische Wirksamkeit des in Artikel 85 Absatz 1 [a.F.] ausgesprochenen Verbots wären beeinträchtigt, wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist.“²³

Nach den Schlussanträgen von Generalanwalt *Mischo* in *Courage* sind die durch Art. 81 EG geschützten Individuen vor allem Dritte, d.h. Verbraucher und Wettbewerber, die durch das Kartell geschädigt wurden.²⁴ Auch Generalanwalt *Jacobs* betonte in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache „AOK Bundesverband u.a.“, dass jeder, dem durch das Kartell ein Schaden entstanden sei, nach Gemeinschaftsrecht Schadensersatz verlangen könne. Diese Ausführungen lassen die Auslegung zu, dass auch Angehörige nachrangiger Marktstufen grundsätzlich anspruchsberechtigt sind.²⁵

In der Literatur wird teilweise dafür plädiert, eine Anspruchsberechtigung des *indirect purchaser* bei gleichzeitiger Zulassung der *passing-on defense* anzuerkennen. So könne eine mehrfache Inanspruchnahme der Kartellanten auf Schadensersatz vermieden werden. Die grundsätzliche Anspruchsberechtigung aller Marktstufen gewährleiste den tatsächlich Geschädigten Anreiz zur Klage und verwirkliche so die Kompensationsfunktion des

²⁰ OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.6.1998, WuW/E DE-R 143, 148 – *Global One*. Die Urteils Passage stellt in dessen maßgeblich darauf ab, dass mangels eines *Wettbewerbsverhältnisses* im konkreten Fall keine Ansprüche bestehen.

²¹ In einer solchen Situation sieht die Rechtsprechung den Schutzbereich des § 1 GWB, bislang jedenfalls, nicht als eröffnet an. Vgl. KG, Urteil vom 7.9.1977, WuW/E OLG 1903, 1905.

²² S. dazu auch *Köhler*, GRUR 2004, 99, 100.

²³ EuGH, Urteil vom 20.09.2001. Rs. C-453/99, Slg. 2001, I-6297 Rn. 26 – *Courage*.

²⁴ *GA Mischo*, Schlussanträge vom 22. März 2001 in der Rs. C-453/99, Rn. 38 – *Courage*.

²⁵ Eine hiervon zu unterscheidende Frage ist, in welchem Umfang – bei Wahrung des Äquivalenz- und des Effizienzgebots – die Weiterwälzung kartellbedingt erhöhter Preise eingewendet werden kann (*passing-on defense*). S. dazu unten C.II.5., S. 10.

Schadensersatzrechts.²⁶ Demgegenüber halten einige Autoren nur die unmittelbare Marktgegenseite für anspruchsberechtigt. Diese Sichtweise stützt sich zum einen auf Überlegungen zur Reichweite des verletzten Schutzgesetzes²⁷ und zum anderen auf den Gesichtspunkt der Vermeidung einer Mehrfachhaftung bzw. des Phänomens einer unüberschaubaren Anzahl von Anspruchstellern.²⁸ *Reich* weist in diesem Zusammenhang auch auf die komplexe Beweisführung hin, die es rechtfertige, entsprechend der *indirect purchaser rule* des US-amerikanischen Kartellrechts zu verfahren und nur Ansprüche der unmittelbaren Marktgegenseite anzuerkennen.²⁹

4. Schadensnachweis durch Kartellabnehmer/-lieferanten

Selbst wenn der Kläger anerkanntermaßen in den persönlichen Schutzbereich der verletzten Norm einbezogen bzw. Betroffener des wettbewerbswidrigen Handelns ist, muss er – nach allgemeinen deliktsrechtlichen Grundsätzen – den von ihm erlittenen Schaden nachweisen. Schwierigkeiten können sich hier insbesondere bei Klagen gegen Mitglieder eines Hardcore-Kartelles ergeben. So hat das OLG Düsseldorf es im Rahmen eines Bußgeldverfahrens nicht für ausreichend erachtet, im Rahmen der Mehrerlösschätzung lediglich die Differenz zwischen dem kartellierten und demjenigen Preis, der sich nach Beendigung des Kartells ergibt, darzutun.³⁰ In seiner Entscheidung *Berliner Transportbeton I*³¹ führt das Gericht aus:

„Ob durch das kartellordnungswidrige Verhalten überhaupt ein Mehrerlös erwirtschaftet worden ist, ist keine Frage der Schätzung. [...] Das Bestehen eines Mehrerlöses sowie der Kausalzusammenhang zwischen der Zuwiderhandlung und dem Mehrerlös bleibt nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes dem Grundsatz in dubio pro reo unterworfen.“³²

Das LG Dortmund hat in dem bereits erwähnten Kartellzivilverfahren zum Vitaminkartell³³ bei der Schadensberechnung einen geschädigtenfreundlichen Ansatz verfolgt und maßgeblich

²⁶ Vgl. *Bulst*, EWS 2004, 64 f. Die Schadensermittlung habe dabei am entgangenen Gewinn anzuknüpfen und nur beim Endverbraucher allein an der Preisdifferenz zwischen überhöhtem Kartellpreis und dem Preis bei wettbewerbskonformem Verhalten, *Bulst*, a.a.O., S. 65.

²⁷ Bornkamm in *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Auflage, 2001, § 33 Rn. 14; *Roth* in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, § 33 GWB 1999 Rn. 50.

²⁸ *Köhler*, GRUR 2004, 99, 100.

²⁹ *Reich*, CMLR 2005, 35, 45f. Er schließt jedoch eine Anspruchsberechtigung nachfolgender Marktstufen nicht kategorisch aus. S. auch *Roth* in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, § 33 GWB 1999 Rn. 147, der eine Anspruchsberechtigung entfernterer Personen als „kaum praktikabel“ bezeichnet.

³⁰ Zu dem Argument, es sei bereits kein Schaden eingetreten, da der erhöhte Kartellpreis zu keiner Gewinneinbuße geführt habe s. unten unter C.II.5, S. 10.

³¹ Urteil des OLG Düsseldorf vom 6. Mai 2004, WuW/E DE-R 1315.

³² Urteil des OLG Düsseldorf vom 6. Mai 2004, WuW/E DE-R 1315, 1316. Da § 287 ZPO auch für die Schadensentstehung selbst die freie Beweiswürdigung des Gerichts anordnet, wäre der Maßstab in einem Zivilkartellverfahren möglicherweise weniger streng.

³³ LG Dortmund, Urteil vom 1.4.2004, WuW/E DE-R 1352, 1353 – *Vitaminpreise Dortmund*.

auf die Preisdifferenz vor und nach Beendigung des Kartells abgestellt. Diese Preisdifferenz sei ein ausreichender Anhaltspunkt für eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO.³⁴

Sowohl für Bußgeldverfahren als auch für zivilrechtliche Schadensersatzklagen steht eine höchstrichterliche Klärung der Anforderungen an den Schadensnachweis bislang noch aus.

5. Weiterwälzung erhöhter Preise („passing-on“)

Problematisch sind Fälle, in denen die unmittelbare Marktgegenseite, also Abnehmer oder Lieferanten, aufgrund des wettbewerbsschädigenden Verhaltens gezwungen ist, höhere Preise zu entrichten, diese Preiserhöhung jedoch wiederum ganz oder teilweise an ihre Abnehmer bzw. Lieferanten weitergeben kann. Die entsprechende Einwendung des Beklagten wird in Anlehnung an das US-amerikanische Recht auch als *passing-on defense* bezeichnet. Möglichkeit und Ausmaß des *passing-on* hängt dabei von mehreren Faktoren ab, insbesondere von der Nachfrageelastizität auf dem nachgelagerten Markt und der Kostenstruktur und Wettbewerbssituation der auf dem nachgelagerten Markt anbietenden Unternehmen. Der Anteil des überhöhten Preises auf dem vorgelagerten Markt, der auf die Nachfrager auf dem nachgelagerten Markt abgewälzt werden kann, ist umso höher, je geringer deren Nachfrageelastizität ausfällt. Ebenso wird eine Überwälzung überhöhter Preise durch eine flacher verlaufende Grenzkostenfunktion auf dem nachgelagerten Markt erleichtert.

Die Rechtsprechung zum *passing-on* ist bislang uneinheitlich. So hatte das OLG Karlsruhe³⁵, dem LG Mannheim³⁶ als Vorinstanz insoweit folgend, in seiner Vitaminpreise-Entscheidung zwar (implizit) die Existenz eines kartellbedingten Preisaufschlages zu Lasten der Abnehmerseite anerkannt. Es nahm jedoch eine „wertende Betrachtung“ vor und stellte darauf ab, dass der Einkaufspreis im betriebswirtschaftlichen Ablauf von vornherein nur ein Kostenfaktor sei, der prinzipiell in den Verkaufspreis eingehe und an die nächste Marktstufe weitergegeben werde. Ein Vermögensschaden sei der Klägerin nach Ansicht des Gerichts daher nicht entstanden.

In der Literatur wird das Problem der Schadensweitergabe an nachgelagerte Marktstufen jedoch ganz überwiegend unter dem Aspekt der Vorteilsausgleichung behandelt – mit der Folge, dass nach den allgemeinen Beweislastregeln der Schädiger die Darlegungs- und Be-

³⁴ In diesem Sinne auch Köhler, GRUR 2004, 99, 103; Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Auflage, 2001, § 33 Rn. 51. Nach h.M. erlaubt es § 287 ZPO die Frage, ob ein Schaden entstanden ist, bereits dann zu bejahen, wenn hierfür eine überwiegende Wahrscheinlichkeit streitet, s. etwa BGH NJW 1995, 1023; Oetker in Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Auflage, 2003, § 249 Rn. 455 m.w.N.

³⁵ OLG Karlsruhe, Urteil vom 28.1.2004, WuW/E DE-R 1229, 1230 ff. (*Vitaminpreise*). Die Revision zum BGH wurde nach Abschluss eines außergerichtlichen Vergleichs vor der mündlichen Verhandlung zurückgenommen.

³⁶ LG Mannheim, Urteil vom 11.7.2003, GRUR 2004, 182, 184 f.

weislast für das Vorliegen der Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung trägt.³⁷ Nach wohl h.M. stellt der überhöhte Kartellpreis auf der Abnehmerseite zunächst einen „Primärschaden“ dar. Die bereits mit Vertragsabschluss entstandene Vermögenseinbuße könne allenfalls später weggefallen sein, etwa durch eigene Anstrengungen des Geschädigten.³⁸

Bei der Vorteilsausgleichung stellt sich allgemein die Frage, inwieweit der Schädiger durch Zulassung einer *passing-on defense* unbillig privilegiert und umgekehrt, ob nicht der Geschädigte über die Wiedergutmachung des Schadens hinaus über Gebühr bereichert würde. Nach ständiger Rechtsprechung setzt die Durchführung der Vorteilsausgleichung einerseits einen adäquaten Zusammenhang zwischen dem schädigenden Ereignis und dem Vorteil voraus; andererseits muss die Vorteilsausgleichung dem Zweck des Schadensersatzes entsprechen und darf weder den Geschädigten unzumutbar belasten noch zu einer unbilligen Entlastung des Schädigers führen.³⁹

In der gerichtlichen Praxis finden sich bislang kaum Ausführungen zur Anwendung der Vorteilsausgleichung bei Weiterwälzung wettbewerbswidrig erhöhter Preise.⁴⁰ Die Literatur lehnt eine Vorteilsausgleichung in solchen Fällen ganz überwiegend ab. Begründet wird dies insbesondere damit, dass andernfalls eine unbillige Entlastung des kartellrechtswidrig handelnden Schädigers erfolge.⁴¹ Zudem beruhe die Weiterwälzung höherer Preise oftmals gerade auf dem Einsatz des Abnehmers.⁴²

Im Rahmen der 7.GWB-Novelle bleibt die Frage, ob einem Schadensersatzanspruch die Weiterwälzung von Schäden auf nachfolgende Marktstufen entgegengehalten werden kann,

³⁷ *Heinrichs* in *Palandt*, BGB, 63. Auflage 2004, Vorb. vor § 249 Rn. 123 a.E. mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung.

³⁸ Vgl. *Köhler*, GRUR 2004, 99, 102; *Keßler*, BB 2005, 1125, 1127; *Wurmnest*, Private Durchsetzung des EG-Kartellrechts nach der Reform der VO Nr. 17, in *Behrens* (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht im Umbruch, 2004, 213, 242; *Roth* in *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, § 33 GWB 1999 Rn. 144.

³⁹ St. Rspr. BGH, Urteil vom 2.4.2001, NJW-RR 2001, 1450 f.; BGH, Urteil vom 6.6.1997, NJW 1997, 2378; BGH, Urteil vom 22.9.1983, NJW 1984, 229, 230; BGH, Urteil vom 17.5.1984, NJW 1984, 2457, 2458; BGH, Urteil vom 13.7.1981, NJW 1982, 32, 33.

⁴⁰ Das LG Mannheim und das OLG Karlsruhe äußerten sich in den o.g. Urteilen konsequenterweise nicht zur Frage der Vorteilsausgleichung, da sie ohnehin davon ausgingen, dass es sich bei der Weiterwälzung des Schadens bereits um eine Frage der Schadensentstehung handle. Das LG Dortmund bemerkte lediglich, dass es gewichtige Gründe geben könne, die die Anwendung der Vorteilsausgleichung bei Kartellverstößen nicht als sachgerecht erscheinen lassen. Es ließ diese Frage im Ergebnis jedoch offen, weil es darauf abstellte, dass jedenfalls den Schädiger die Darlegungs- und Beweislast für die Einbeziehung der Vorteilsausgleichung treffe und die Beklagte dieser Pflicht in keiner Weise nachgekommen sei.

⁴¹ *Roth* in *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, § 33 GWB 1999 Rn. 147; *Köhler*, GRUR 2004, 99, 103; *Brinker*, Schadensersatz als Sanktion für Wettbewerbsverstöße, in *Jürgen Schwarze* (Hrsg.), Instrumente zur Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts – Regelungstechniken, Kontrollverfahren und Sanktionen, 2002, S. 107, 113 f.

⁴² *Wurmnest*, Private Durchsetzung des EG-Kartellrechts nach der Reform der VO Nr. 17, in *Behrens* (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht im Umbruch, 2004, S. 213, 243; *Lettl*, ZHR 167 (2003), 473, 487; *Brinker*, Schadensersatz als Sanktion für Wettbewerbsverstöße, in *Jürgen Schwarze* (Hrsg.), Instrumente zur Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts – Regelungstechniken, Kontrollverfahren und Sanktionen, 2002, S. 107, 113; ähnlich *Roth* in *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, § 33 GWB 1999 Rn. 147.

offen.⁴³ Wörtlich heißt es in § 33 Abs. 3 S. 2 GWB n.F.: „Wird eine Ware oder Dienstleistung zu einem übersteuerten Preis bezogen, so ist der Schaden nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Ware oder Dienstleistung weiterveräußert wurde.“ Diese Formulierung stellt klar, dass es sich bei der Weiterwälzung erhöhter Preise um keine Frage der Schadensentstehung handelt. Eine Weiterwälzung kann somit lediglich im Rahmen der *Vorteilsausgleichung* Berücksichtigung finden – mit der Folge, dass die Beweislast hierfür den Schädiger trifft.

Ein kategorischer Ausschluss der Vorteilsausgleichung wäre indessen nicht sachgerecht. Zwar ist aufgrund der großen Bedeutung der kartellrechtlichen Vorschriften für die Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung eine restriktive Handhabung der Vorteilsausgleichung angezeigt, so dass eine solche im Regelfall nicht stattfinden wird. Vor dem Hintergrund der Ausgleichsfunktion des Schadensrechts muss jedoch der Beweis des Gegenteils und somit eine Vorteilsausgleichung im Einzelfall möglich bleiben. Nämlich dann, wenn der Schaden tatsächlich weitergewälzt wurde, hierdurch kein Umsatzrückgang entstanden ist und dies für den Geschädigten weder ein Risiko darstellte noch mit unzumutbarem Aufwand verbunden war. Zu denken ist hier etwa an Fälle, in denen der Wiederverkaufspreis dergestalt an den Einstandspreis gekoppelt ist, dass er vollständig unter Addition einer im Voraus vereinbarten eigenen Gewinnmarge an die nächste Marktstufe weitergegeben wird. Vorausgesetzt, die Preiserhöhung wirkt sich nicht auf die abgesetzten Mengen aus (was nach dem zuvor Gesagten vom Schädiger zu beweisen wäre), trifft den Geschädigten in solch einer Situation weder ein wirtschaftliches Risiko noch stellt es einen unzumutbaren Aufwand dar, den Vorteil zu erzielen. Eine Entlastung des Schädigers wäre unter diesen Voraussetzungen nicht als unbillig anzusehen.⁴⁴ Die Richtigkeit dieses Ergebnisses wird dadurch bestätigt, dass nur die Zulassung der Vorteilsausgleichung im Einzelfall im Einklang mit der Systematik des Schadensrechts steht. Die grundsätzliche Ablehnung der Vorteilsausgleichung würde dem Schadensersatzanspruch sowohl eine präventive als auch eine strafende Funktion verleihen. Beides ist dem deutschen Schadensrecht jedoch fremd.⁴⁵

6. Bindungswirkung behördlicher und gerichtlicher Entscheidungen

Bislang sah das GWB keine Bindung nationaler Gerichte an (bestandskräftige) kartellbehördliche oder gerichtliche Entscheidungen vor, durch welche Wettbewerbsverstöße festgestellt werden. Entsprechend kam solchen Entscheidungen vor Gericht lediglich Anscheins-

⁴³ Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit ,BT-Drucksache 15/5049 vom 9. März 2005, S. 49.

⁴⁴ Dies gilt umso mehr, wenn in einer solchen Konstellation der nachfolgenden Marktstufe eine eigenständige Anspruchsberechtigung gegen den Schädiger eingeräumt werden müsste.

⁴⁵ BGH, Urteil vom 4.6.,1992, NJW 1992, 3096, 3103. S. dazu etwa auch *Oetker* in Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Auflage, 2003, § 249 Rn. 9 m.w.N., sowie die Ausführungen zum Mehrfachschaftensersatz auf S. 28.

beweischarakter zu. Eine Ausnahme galt nur bei Entscheidungen der Kommission, deren Verbindlichkeit die nationalen Gerichte gemäß der *Masterfoods*-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu beachten hatten.⁴⁶

Infolge der 7. GWB-Novelle findet in diesem Punkt eine wesentliche Erweiterung statt. Soweit ein Verstoß gegen GWB-Vorschriften bzw. Art. 81 oder 82 EG festgestellt wurde, werden nunmehr nicht nur die Entscheidungen der Kommission, sondern auch diejenigen der innerstaatlichen Wettbewerbsbehörden und der Wettbewerbsbehörden und Gerichte anderer EU-Mitgliedstaaten Bindungswirkung entfalten.⁴⁷ Die 7. GWB-Novelle erleichtert es potenziellen Klägern zudem, den Ausgang behördlicher bzw. gerichtlicher Verfahren abzuwarten. Die nach allgemeinem Deliktsrecht ab Kenntnis der anspruchsbegründenden Umstände drei Jahre betragende Verjährungsfrist⁴⁸ wird gemäß § 33 Abs. 5 GWB bei Einleitung eines kartellbehördlichen Verfahrens durch die Kommission bzw. auf der Ebene der EU-Mitgliedstaaten gehemmt.⁴⁹

7. Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht

a) Internationale Zuständigkeit

Die internationale Zuständigkeit der Zivilgerichte ist von großer Bedeutung für den Ausgang eines Rechtsstreits. Einerseits können die Verfahrensregeln besonders kläger- oder beklagtenfreundlich sein, andererseits kann die Auswahl des zuständigen Gerichts auch Auswirkungen auf das anzuwendende materielle Recht haben, da die Regelungen des Internationalen Privatrechts, das die Frage des berufenen Rechts regelt, derzeit noch nicht harmonisiert sind (s.u.).

Für die Bestimmung der internationalen Entscheidungszuständigkeit bei unerlaubten Handlungen sind im europäischen Rechtsverkehr die Vorschriften der „Verordnung über die

⁴⁶ EuGH, Urteil vom 14.12.2000, Rs. C-344/98, Slg. 2000, I-11369, Rn. 52 – *Masterfoods / HB*.

⁴⁷ Die Feststellung des Verstoßes soll dabei, so die Begründung zum Regierungsentwurf, Gesetzesbegründung auf das Hoheitsgebiet der jeweiligen Behörde beschränkt bleiben, s. BT-Drucksache 15/3640 vom 7. Juli 2004, S. 54. Es ist des Weiteren davon auszugehen, dass eine entsprechende Feststellung nur für die Kartellmitglieder gilt, die an dem entsprechenden Verfahren beteiligt waren und somit auch die Möglichkeit hatten, die Behörden-/Gerichtsentscheidung anzugreifen. In diesem Sinne auch *Hempel*, WuW 2005, 137, 144. Siehe aber die scharfe Kritik der Monopolkommission in „Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der 7. GWB-Novelle“, Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 S. 4 GWB, März 2004, Tz. 48 ff.

⁴⁸ Mit der Schuldrechtsreform wurde § 852 BGB so gefasst, dass sich an die dreijährige Verjährung eine weitere zehnjährige Verjährungsfrist anschließt, während derer jedoch – nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung – nur dasjenige herausverlangt werden kann, was durch die unerlaubte Handlung auf Kosten des Verletzten erlangt wurde.

⁴⁹ Dies betrifft Verfahren beim Bundeskartellamt bzw. den Landeskartellbehörden nach Vorschriften des GWB oder Art. 81, 82 EG bzw. Verfahren nach Art. 81, 82 EG bei der Kommission oder Kartellbehörden anderer EU-Mitgliedstaaten. Die Hemmung endet entsprechend § 204 Abs. 2 BGB ein halbes Jahr nach bestandskräftiger Entscheidung oder anderweitiger Beendigung des eingeleiteten Verfahrens.

gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen“ (EuGVVO) und dort insbesondere Art. 5 Nr. 3 EuGVVO maßgebend.⁵⁰ Nach dem Wortlaut des Art. 5 Nr. 3 EuGVVO kann der Geschädigte vor dem Gericht des Ortes klagen, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist, sofern „eine unerlaubte Handlung oder eine Handlung, die einer unerlaubten Handlung gleichgestellt ist, oder wenn Ansprüche aus einer solchen Handlung den Gegenstand des Verfahrens bilden“.

Nach Art. 5 Nr. 3 EuGVVO besteht für Ansprüche aus unerlaubter Handlung eine besondere Gerichtszuständigkeit „vor dem Gericht des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist“, d.h. für unerlaubte Handlungen gilt das sog. „Tatortprinzip“. Das ist sowohl der Ort der Rechtsgutverletzung (sog. Erfolgsort) als auch den Ort des ursächlichen Geschehens (sog. Handlungs- oder Begehungsort).⁵¹ In diesem Zusammenhang stellen sich eine Vielzahl von Fragen, bei denen es im Ergebnis um die Schwierigkeit geht, für Kartelldelikte auf einem europäischen oder weltweiten Markt eine sachgerechte, d.h. insbesondere auch klare und klägerfreundliche Zuständigkeitsregelung zu finden, ohne einem unbegrenzten *forum shopping* Tür und Tor zu öffnen. Für Klagen von Kartellopfern steht die Diskussion hier erst am Anfang.⁵²

b) Anwendbares Recht

Die Frage des anwendbaren Rechts wird in Deutschland durch § 130 Abs. 2 GWB geklärt. Danach findet das GWB Anwendung auf alle Wettbewerbsbeschränkungen, die sich im Inland auswirken – unabhängig vom Ort ihrer Veranlassung.

Begeht jemand einen Verstoß gegen eine Vorschrift des GWB oder gegen die Art. 81, 82 EG im Sinne des § 33 Abs. 1 GWB, so kann der Betroffene nach dieser Vorschrift Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche geltend machen. Insoweit verdrängt § 130 Abs. 2 GWB die allgemeine Regel des deutschen internationalen Deliktsrechts mit der Maßgeblichkeit des Begehungsortes (§ 40 EGBGB).

Inwieweit daneben deutsche Gerichte bei Wettbewerbsbeschränkungen ausländisches Kartellrecht anzuwenden haben, ist bislang nicht geklärt.⁵³ Hinzuweisen ist in diesem Zu-

⁵⁰ VO EG Nr. 44/2001, ABl. vom 16.1.2001, L 12, S. 1; die EuGVVO hat das bis dahin geltende „Übereinkommen von Brüssel über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen“, so genanntes EuGVÜ abgelöst.

⁵¹ EuGH, Urteil vom 30.11.1976, Rs. 21/76, Slg. 1976, 1735 Rn. 15/19 – *Handelskwekerij G.J. Bier B.V./Mines de potasse d’Alsace SA*.

⁵² Der Handlungsort ist bei Kartelldelikten schwer zu bestimmen. *Bulst*, EWS 2004, 405 schlägt angesichts dieser Schwierigkeiten in Anlehnung an die *Shevill*-Rechtsprechung des EuGH den Beklagtenwohnsitz vor. Auch die Frage des Erfolgsortes wird man noch als nicht geklärt ansehen müssen. In der Literatur wird bisweilen vertreten, dass auf den Marktort abzustellen ist (*Bulst*, EWS 406). Dies führt aber bei europaweiten Märkten zu einer Vielzahl von Gerichtsständen.

⁵³ S. *Heinemann*, *Mélanges en l’honneur de Bernard Dutoit*, 115 – 136.

sammenhang auf die in Vorbereitung befindliche „Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II)“,⁵⁴ in der die Anknüpfungsregeln für das anwendbare Recht auch für das Kartelldeliktsrecht gemeinschaftsweit vereinheitlicht werden sollen. Der derzeitige Entwurf enthält in Art. 3 Abs. 1 eine Grundanknüpfung an das Recht des Erfolgsortes, der sich an Art. 5 Nr. 3 EuGVVO orientiert.

D. Vorbild oder Gegenmodell: private Kartellrechtsdurchsetzung in den USA

I. Die Rolle privater Kartellrechtsdurchsetzung in den USA

Die US-amerikanische private Kartellrechtspraxis blickt auf eine lange Geschichte zurück. Schon bei seinem Inkrafttreten 1890 enthielt der Sherman Antitrust Act eine Vorschrift zur privaten Kartellrechtsdurchsetzung mit der Regelung des dreifachen Schadensersatzes. Diese Vorschrift gilt bis heute unverändert fort und ist nunmehr in Section 4 Clayton Act festgehalten und gilt für sämtliche Verstöße gegen Antitrustrecht.⁵⁵

Welche Rolle die private Kartellrechtsdurchsetzung in den USA spielt, wird daran deutlich, dass es sich bei durchschnittlich 95% der bei Gericht anhängigen Kartellrechtsverfahren um Privatklagen handelt. Diese hohe Quote ist Ausdruck des Bestrebens, private Kläger zu *private attorneys general* zu machen. So haben gesetzliche Vorschriften und die Rechtsprechung des US Supreme Court – über die Gewährung dreifachen Schadensersatzes hinaus – ein rechtliches Umfeld geschaffen, welches Privaten weit reichende Anreize für Schadensersatzklagen bietet.

II. Verdreifachung des Schadensersatzes (*treble damages*)

Bei Vorliegen eines Verstoßes gegen Antitrustrecht steht dem Kläger gem. Section 4(a) Clayton Act das Dreifache des erlittenen Schadens zu. Ein Ermessen des Gerichts bezüglich

⁵⁴ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („ROM II“), KOM (2003) 427 endg. vom 22.7.2003.

⁵⁵ Ursprünglich war die Klage auf dreifachen Schadensersatz in Section 7 Sherman Act festgeschrieben. Von ihrem Wortlaut her ist die Regelung jedoch unverändert; sie ist im Internet abrufbar unter <http://www.usdoj.gov/atr/foia/divisionmanual/ch2.htm>.

der zuerkannten Schadenshöhe besteht nicht.⁵⁶ Die sog. „treble damages“ werden häufig als das charakteristische Merkmal der US-amerikanischen privaten Kartellrechtsdurchsetzung bezeichnet. Sinn und Zweck des dreifachen Schadensersatzes ist es, den entstandenen Schaden auszugleichen; gleichzeitig sollen Unternehmen von Verstößen gegen das Kartellrecht abgeschreckt werden. Aufgrund des Strafcharakters der *treble damages*⁵⁷ sind darüber hinausgehende *punitive damages* ausgeschlossen.⁵⁸ Ab Schadensersatzurteil ist die Schadensersatzsumme zu verzinsen. Um einer Prozessverschleppung entgegenzuwirken, ist nach Section 4 (a) Clayton Act in Ausnahmefällen eine Verzinsung zwischen Klagezustellung und Urteil möglich.

III. Die *passing-on*-Problematik im U.S. amerikanischen Recht

Im U.S. amerikanischen Recht wird zwischen der defensiven und der offensiven Geltendmachung des *passing-on* unterschieden. Hierbei meint das defensive *passing-on* die Berücksichtigungsfähigkeit eines weitergewälzten Schadens, während das offensive *passing-on* die Frage der Anspruchsberechtigung nachgelagerter Marktstufen betrifft.

Mit dem defensiven *passing-on* hat sich der *US Supreme Court* erstmals 1968 in dem Fall *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*⁵⁹ auseinandergesetzt. Das Gericht verwarf hierbei die *passing-on defense* aus mehreren Gründen. Die Berücksichtigungsfähigkeit eines solchen Einwandes würde die Rechtsdurchsetzung in erheblichen Maße verkomplizieren. Im Einzelfall ließe sich kaum feststellen, in welchem Ausmaß dem Kläger die Weiterwälzung gelungen sei, da bei der Preisgestaltung regelmäßig mehrere Faktoren von Bedeutung seien. Der *Supreme Court* deutet hier an, dass sich die Preiserhöhung ebenso darauf zurückführen lassen könnte, dass es dem Zwischenhändler gelungen sei, Preisspielräume im Wettbewerb zu realisieren. Schließlich könne die Berücksichtigung der Weiterwälzung des Schadens dazu führen, dass der Kartellant zu Unrecht bereichert bliebe, weil der durch Überwälzen über mehrere Marktstufen letztlich nur gering betroffene Endverbraucher kein Interesse an einer Klage haben könnte. Somit könnte die Berücksichtigung der *passing-on defense* die Effektivität der privaten Kartellrechtsdurchsetzung nachhaltig verringern.

⁵⁶ Grundsätzlich kritisch zu den *mandatory treble damages* äußert sich *Baker*, *Loyola Consumer Law Review* 2004, Vol. 16:4, 379, 382 ff.

⁵⁷ St. Rspr, vgl. statt vieler *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-o-Mat Inc.*, 429 US 477, 485 f., 97 S.Ct. 690, 50 L.Ed. 2d 701 (1977).

⁵⁸ *Brown v. Presbyterian Healthcare Services*, 101 F. 3d 324, 1332 (10th Cir. 1996).

⁵⁹ *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 US 481, 88 S.Ct. 2224, 20, L.Ed. 2d 1231 (1968).

Mit der Frage der offensiven Geltendmachung des *passing-on* hat sich der *US Supreme Court* in der Entscheidung *Illinois Brick Co. v. Illinois*⁶⁰ beschäftigt und diese im Ergebnis ebenfalls abgelehnt. Maßgeblich hierfür war in erster Linie die Erwägung, dass die Kartellmitglieder anderenfalls durch den *direct purchaser* und den bzw. die *indirect purchaser* kumulierten Schadensersatzansprüchen ausgesetzt sein könnten. Das Klagrecht sollte auf den *direct purchaser* beschränkt werden, da dieser der geeignetere *private attorney general* sei. Denn für den *indirect purchaser* sei der Beweis des Schadens und der Schadenshöhe sehr schwierig und verkompliziere den Prozess. Aufgrund der Tatsache, dass der Schaden beim *indirect purchaser*, insbesondere beim Endverbraucher, oftmals nur einen geringen Schaden verursache, bestehe kein entsprechendes Interesse an der Klageerhebung.⁶¹

Auch aus ökonomischer Sicht ist die Frage von großer Bedeutung, ob nur die direkte oder auch die nachgelagerte Marktstufe grundsätzlich schadensersatzberechtigt sein können⁶². *Landes* und *Posner*⁶³ haben betont, dass die *Illinois Brick*-Entscheidung bezüglich der Effizienz der hierdurch ermöglichten Rechtsdurchsetzung und nicht bezüglich der Kompensationswirkung zu bewerten sei. Die Abschreckungswirkung sei größer, wenn Nachfrager auf dem vorgelagerten Markt als Kläger aufträten, da sie über bessere Marktkenntnisse verfügten und aufgrund ihrer geringen Anzahl an Unternehmen einen höheren Anreiz zur Klage hätten. Darüber hinaus würden auch die Kosten der Rechtsdurchsetzung reduziert, da auf dem vorgelagerten Markt bei weitem weniger Nachfrager als auf dem nachgelagerten Markt betroffen seien und somit die Anzahl der Gerichtsverfahren reduziert werde. Jedoch weisen *Schinkel*, *Tuinstra* und *Rüggeberg*⁶⁴ darauf hin, dass die *Illinois Brick*-Entscheidung auch dazu führen kann, dass die private Kartellrechtsdurchsetzung geschwächt wird, falls das Kartell die direkt betroffenen Nachfrager auf dem vorgelagerten Markt kompensiert und es somit nicht zu einer Schadensersatzklage kommt. Beachtenswert sei hierbei, dass die notwendigen Kompensationszahlungen erheblich geringer ausfallen würden als der wirtschaftliche Schaden der Kollusion, da der Schaden teilweise an die (nicht klageberechtigten) Nachfrager auf dem nachgelagerten Markt weitergegeben werde.

⁶⁰ *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 US 720, 97 S.Ct. 2061, 52 L.Ed. 2d 707 (1977).

⁶¹ Hierzu *Baker*, *Antitrust Magazine* (Fall 2002), 14 ff.

⁶² Vgl. *Hoseinian*, *Passing-on Damages and Community Antitrust Policy - An Economic Background*.

⁶³ *Landes, Posner*, *University of Chicago Law Review* 46 (1979), 602-635.

⁶⁴ *Schinkel, Tuinstra, Rüggeberg*, *Illinois Walls*.

IV. Regressausschluss innerhalb von Kartellen⁶⁵

Die Mitglieder eines Kartells haften für den entstandenen Schaden gemeinsam (*joint and several liability*). Die Besonderheit des amerikanischen Rechts besteht jedoch darin, dass kein Schadensausgleich erfolgt, wie er im deutschen Recht in § 426 BGB festgelegt ist⁶⁶. Dies hat zur Folge, dass das beklagte und zum Schadensersatz verurteilte Kartellmitglied keinen anteiligen Regress bei den anderen, nicht verklagten Schädigern nehmen kann. In der Literatur⁶⁷ ist diese Rechtslage immer wieder Gegenstand von Kritik gewesen, da sie zu einer möglicherweise existenzvernichtenden Haftung der Unternehmen führen könne. Überdies biete sie dem Kläger die Möglichkeit, sich einen Beklagten seiner Wahl auszusuchen und die Tatsache des Regressausschlusses als Druckmittel bei Vergleichsverhandlungen einzusetzen. Der *US Supreme Court* hat sich zuletzt 1981 in der Entscheidung *Texas Industries, Inc. v. Radcliff Materials, Inc.*⁶⁸ mit dem Problem des Regressausschlusses befasst und diesen bestätigt.

V. Zivilprozessuale Durchsetzung der Schadensersatzansprüche

Die zivilprozessuale Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen unterliegt weitestgehend⁶⁹ den allgemeinen Regelungen für Zivilverfahren, wie sie in den *Federal Rules of Civil Procedure* normiert sind. Das US-amerikanische Verfahren in Zivilstreitigkeiten ist zweigeteilt. Vor der eigentlichen Verhandlung findet das sog. „pre-trial“ statt. Teil des *pre-trial* ist die *pre-trial discovery*. Die *pre-trial discovery* dient der Sachverhaltsaufklärung durch die Parteien und findet daher unter nahezu alleiniger Verantwortung der Parteien und ihrer anwaltlichen Vertreter statt. Aufklärungsverlangen im Rahmen der *pre-trial discovery* können insbesondere auch an unbeteiligte Dritte gerichtet werden. Die Möglichkeiten und der Umfang der *discovery* im amerikanischen Recht gehen dabei weit über die nach deutschem Recht bestehenden Möglichkeiten der Parteien zur Beweisführung hinaus. Sie kann daher auch mit einem sehr hohen Kosten- und Zeitaufwand verbunden sein.⁷⁰

⁶⁵ Der Grundsatz des Regressausschlusses dürfte im gesamten US-amerikanischen Antitrustrecht gelten; jedoch abgesehen von Kartellen sind Konstellationen, in denen „co-conspirators“ Ansprüche gegeneinander geltend machen könnten zwar denkbar (etwa Boykottvereinbarungen), aber in der Praxis eher selten.

⁶⁶ Um dem Präventivzweck von Art. 81 EG mehr Nachdruck zu verleihen, schlägt *Lettl* vor, keinerlei Ausgleichsansprüche im Innenverhältnis zu gewähren, so dass jedes Kartellmitglied grundsätzlich auf den gesamten Schadensersatz haftet; s. *Lettl*, ZHR 167 (2003), 473, 490.

⁶⁷ S. etwa *Baker*, *Loyola Consumer Law Review* 2004, Vol. 16:4, 379, 387 ff.

⁶⁸ *Texas Industries, Inc. v. Radcliff Materials, Inc.*, 451 US630, 101 S.Ct. 2061, 68 L.Ed. 2d 250 (1981).

⁶⁹ Zu den Ausnahmen *Hempel*, *Privater Rechtsschutz im Kartellrecht*, S. 206 ff.

⁷⁰ So wurde etwa in *Zenith Radio Corp. V. Matsushita Electric Industrial Co., Ltd*, 529 F.Supp. 866, 874 Fn. 6 (E.D.Pa.1981) die Vorlage von 35 Millionen Dokumenten verlangt; vgl. *Hempel Privater Rechtsschutz im Kartellrecht*, S. 211.

VI. Sammelklagen (*class actions*)

Ebenso wie die Regelungen zum pre-trial ist die *class action* keine Besonderheit des Antitrustrechts, allerdings spielt sie hier – gerade bei Preiskartellen – eine große Rolle.

Bei einer *class action* klagen ein Repräsentant oder mehrere Repräsentanten stellvertretend für einen ganzen Personenkreis, der von dem gleichen oder einem sehr ähnlichen Sachverhalt betroffen ist und somit eine „Klasse“ bildet. Im Antitrustrecht verfolgt die *class action* primär das Ziel, Klagen nur geringfügig Geschädigter zu fördern, die aller Voraussicht nach aufgrund des geringen Schadens eine Klage als individueller Kläger nicht anstrengen würden.

VII. Anwaltskostentragung und *contingency fees*

Allgemein gilt im US-amerikanischen Recht, dass die Gerichtskosten und die sonstigen Kosten der gerichtlichen Rechtsverfolgung von der unterliegenden Partei getragen werden, während jede Partei ihre eigenen Anwaltskosten übernimmt. Abweichend von dieser allgemeinen Regel sind dem Kläger im Antitrustrecht im Falle seines Obsiegens auch die Anwaltskosten zu ersetzen, vgl. Section 4 (a) Clayton Act. Der Beklagte hingegen trägt auch bei Obsiegen seine Anwaltskosten selbst. Hintergrund dieser Regelung ist es, einen weiteren Anreiz zur privaten Kartellrechtsdurchsetzung zu schaffen.

Contingency fees oder *contingent fees* erlauben dem Kläger darüber hinaus, das Anwaltskostenrisiko völlig zu eliminieren. Werden mit dem Anwalt *contingency fees* vereinbart, so erhält dieser einen bestimmten Anteil der erzielten Vergleichssumme bzw. des gerichtlich zuerkannten Schadensersatzbetrages. Im Falle eines Unterliegens geht der Anwalt hingegen leer aus. Bei unklaren Erfolgsaussichten einer Klage mag für ihn der Abschluss eines Vergleichs daher oftmals attraktiv erscheinen.

VIII. Extraterritoriale Anwendung von US-Kartellrecht

Die klägerfreundlichen US-amerikanischen Verfahrensregelungen veranlassen auch immer wieder ausländische Unternehmen, in den USA Sammelklagen anzustrengen. So auch im Fall *Empagran*⁷¹, in dem *Empagran* und andere Unternehmen Ersatz der Schäden verlangten, die ihnen durch das weltweite Vitaminkartell entstanden waren. Diese Schäden waren jedoch nicht in den USA verursacht worden, sondern z.B. in Australien, Ecuador oder Panama. Der *United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit* verneinte seine

⁷¹ *Empagran SA v F Hoffman-LaRoche Ltd* (28 June 2003, US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, no. 01-7115); im Internet abrufbar unter <http://caselaw.lp.findlaw.com/data2/circs/dc/017115c.pdf>.

Zuständigkeit und setzte so einer ausufernden extraterritorialen Anwendungen Grenzen. Er befand, dass zwischen den Vitaminpreisen auf dem amerikanischen Markt und den den Klägern entstandenen Schäden kein direkter Kausalzusammenhang („proximate causation“) bestehe. Dieser sei aber erforderlich, um US-amerikanisches Kartellrecht auf Fälle anzuwenden, in denen der fragliche Kartellrechtsverstoß außerhalb der USA begangen worden sei.⁷²

IX. Begünstigung kooperationsbereiter Kartellmitglieder

Die private Kartellrechtsdurchsetzung kann mit den Zielen einer behördlichen Bonusregelung in Konflikt geraten. Durch die Bonusregelung sollen für Kartellmitglieder Anreize geschaffen werden, den Kartellbehörden durch die Weitergabe wesentlicher Informationen und Daten bei der Kartellaufdeckung zu helfen. Im Gegenzug wird dem kooperierenden Kartellmitglied bei der Verfolgung des Kartellrechtsverstoßes Immunität gewährt. Im amerikanischen Recht kann dies für die Kartellanten von besonderem Interesse sein, da ihnen hierdurch auch Straffreiheit gewährt werden kann. Diese Anreize einer Bonusregelung werden jedoch erheblich gemindert, wenn sich der Kartellant trotz seiner Kooperationsbereitschaft bei der behördlichen Kartellaufdeckung im Anschluss an das behördliche Verfahren mit beträchtlichen Schadensersatzsummen konfrontiert sieht. Im US-amerikanischen Recht ist dieser Konflikt nunmehr dadurch gelöst, dass in solchen Fällen der Schadensersatz nicht verdreifacht, sondern nur einfacher Schadensersatz gewährt wird (sog. „detrebling“) und der kooperationsbereite Kartellant auch nicht mehr der gesamtschuldnerischen Haftung unterliegt.⁷³ Letzteres ist insbesondere mit Blick auf den dargestellten Regressausschluss für Gesamtschuldner von Bedeutung.

E. Ökonomische Aspekte der Schadensberechnung

In der Praxis bereitet vor allem die konkrete ökonomische Berechnung des durch einen Wettbewerbsverstoß verursachten Schadens Schwierigkeiten. Dies zeigte sich auch in den jüngsten Verfahren von Opfern des Zement- bzw. des Vitaminkartells. Ähnlich wie bei der behördlichen Mehrerlösberechnung und bei Preishöhenmissbrauchsverfahren besteht ein Hauptproblem darin, den hypothetischen Wettbewerbspreis in belastbarer Weise festzu-

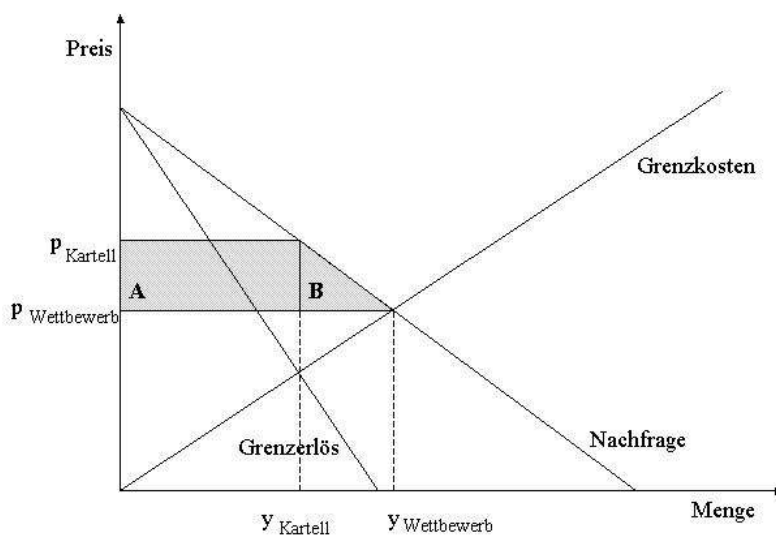
⁷² Der *Supreme Court* hatte die vorangegangene Entscheidung des *United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit* unter Hinweis auf die *effects doctrine* aufgehoben und zur erneuten Entscheidung zurückverwiesen. *S. F. Hoffman-LaRoche Ltd. v. Empagran, S.A.*, 124 S. Ct. 2359 (2004).

⁷³ S. hierzu auch die Presseerklärung des *Department of Justice* vom 23. Juni 2004, abrufbar unter http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2004/204319.htm.

legen. Aber auch schon bei der Frage, worin genau der Schaden von Kartellopfen liegt, herrscht bisweilen Dissens.

I. Wirtschaftlicher Schaden durch Kartellierung

Ein Schaden auf der Nachfrageseite ergibt sich unter zwei Gesichtspunkten. Erstens muss die Nachfrageseite den im Vergleich zum Wettbewerbspreis höheren Monopolpreis für das nachgefragte Gut zahlen, wodurch den Nachfragern ein monetärer Schaden entsteht (Fläche A). Zweitens hat die Verknappung der Ausbringungsmenge zur Folge, dass den Nachfragern nur eine im Vergleich zum Wettbewerbspreis geringere Menge des Gutes verkauft wird. Hierdurch kann den Nachfragern ein zusätzlicher Schaden entstehen (Fläche B), dessen konkrete Berechnung für den Einzelnen aber maßgeblich von seiner individuellen Situation abhängt und daher nicht Gegenstand der folgenden Ausführungen ist.



II. Methoden zur Berechnung des Wettbewerbspreises

1. Vorbemerkungen

Die Berechnung eines kartellbedingten Schadens basiert auf einem Vergleich zwischen dem beobachtbaren, kartellbedingten Marktpreis und dem hypothetischen Wettbewerbspreis ohne Kartell. Methodisch lassen sich drei Vorgehensweisen zur Herleitung des hypothetischen Wettbewerbspreises unterscheiden. Die **Vergleichsmarkmethode** leitet den hypothetischen Wettbewerbspreis auf einem vergleichbaren Markt her, die **Kostenmethode** analysiert die tatsächlichen Kosten und schlägt diesen einen als "angemessen" angese-

nenen Profit zu, während die **Simulationsmethode** das hypothetische Ergebnis direkt auf dem betroffenen Markt ermittelt.

Diese Vorgehensweisen sind jeweils mit Problemen behaftet. Der Simulationsansatz hat den Vorzug, die Marktstruktur adäquat abzubilden und zeichnet sich dadurch aus, dass der hypothetische Wettbewerbspreis auf dem tatsächlich betroffenen Markt geschätzt wird. Dieser Vorteil wird jedoch mit einer ökonomisch anspruchsvollen Modellierung und eventuell der Notwendigkeit umfangreicher Datensätze erkaufte, die in der Praxis häufig nicht vorliegen werden. Der Vergleichsmarktansatz erfordert weniger Daten zur Marktstruktur, jedoch wird der Wettbewerbspreis nicht auf dem betroffenen Markt geschätzt, sondern vielmehr über den Umweg eines Vergleichsmarktes ermittelt. Die Kostenmethode schließlich blendet das tatsächliche Wettbewerbsgeschehen vollständig aus.

2. Vergleichsmarktmethode

Dieser Ansatz basiert auf dem Vergleichsmarktkonzept und wurde vom Bundeskartellamt u.a. in den Transportbetonfällen angewendet. Er umfasst zwei Schritte: Im ersten Schritt muss nachgewiesen werden, dass der Vergleichsmarkt für die Berechnung des hypothetischen Wettbewerbspreises tatsächlich geeignet ist. Im zweiten Schritt kann dann die Preisentwicklung auf dem Vergleichsmarkt mit dem kartellierten Markt verglichen werden. Die Schätzung des Wettbewerbspreises erfolgt bei dieser Vorgehensweise nicht auf dem tatsächlich kartellierten Markt, sondern vielmehr auf dem Vergleichsmarkt. Deswegen spielt der Nachweis, dass es sich bei dem kartellierten Markt und dem Vergleichsmarkt um vergleichbare Märkte handelt, eine entscheidende Rolle.

Die Wahl des - sachlichen, räumlichen oder zeitlichen - Vergleichsmarktes geht von zwei essentiellen Annahmen aus. Erstens müssen die Strukturen⁷⁴ auf den zugrunde gelegten Märkten (weitgehend) vergleichbar sein und zweitens muss auf dem Vergleichsmarkt funktionierender Wettbewerb herrschen, so dass der Preis auf dem Vergleichsmarkt als Wettbewerbspreis angesehen werden kann.

Die Überprüfung dieser beiden Annahmen steht folglich im Mittelpunkt des Vergleichsmarktansatzes. Es ist für diesen Ansatz erforderlich, entsprechende Testverfahren zu entwickeln, um die o.g. Annahmen zu verifizieren. Hierzu muss jedoch kein umfangreiches Marktmodell entwickelt werden, weil der Vergleich struktureller Größen ausreichend ist. Für den Nachweis, dass auf dem Vergleichsmarkt funktionierender Wettbewerb herrscht, kann es notwen-

⁷⁴ Zu den entscheidenden Charakteristika der Marktstruktur zählen insbesondere die Anzahl der Unternehmen, die Marktkonzentration, die Nachfragestruktur und das Machtverhältnis zwischen der Angebots- und der Nachfrageseite. Darüber hinaus sind evtl. rechtliche Vorgaben (z.B. durch verschiedene Regu-lierungsansätze) zu beachten.

dig sein, die Marktstruktur auf dem Vergleichsmarkt detaillierter zu untersuchen. Wenn beispielsweise ein zeitlicher Vergleichsmarkt herangezogen werden soll (d.h. es wird als Vergleichsmarkt der gleiche sachliche Markt vor Bestehen oder nach der Auflösung des Kartells betrachtet), muss sichergestellt sein, dass dieser Markt nicht durch andere wettbewerbswidrige Aktivitäten in seiner Funktionsfähigkeit gestört wird. Deswegen ist bei zeitlichen Vergleichsmärkten ein hinreichend langer Referenzzeitraum notwendig, um – z.B. über eine Zeitreihenanalyse – einen funktionierenden Wettbewerb nachzuweisen.

Der Vorteil des Vergleichsmarktsansatzes liegt in der einfacheren Handhabbarkeit, weil weniger Daten und insbesondere keine aufwändige Modellierung notwendig ist. Jedoch kann es auch als nachteilig angesehen werden, dass der Mehrerlös nicht auf dem tatsächlich betroffenen Markt, sondern nur über einen Umweg berechnet wird.

3. Kostenmethode

Nach diesem Ansatz, der in der gerichtlichen Praxis des OLG Düsseldorf im Hinblick auf eine Mehrerlösberechnung zumindest unterstützend herangezogen worden ist,⁷⁵ werden die durchschnittlichen Kosten für das kartellierte Produkt angesetzt und mit einem als angemessen angesehenen Zuschlag für eine hypothetische Gewinnspanne versehen. Dieser Ansatz leidet daran, dass es keine angemessene Gewinnspanne gibt – diese soll sich ja gerade durch Wettbewerb ergeben. Er lässt insbesondere außer Acht, dass in der Vergangenheit Kartelle auch dort anzutreffen waren, wo der Wettbewerbspreis zu einem Unter-Kosten-Preis zu werden drohte.

4. Simulationsmethode

Im Rahmen der Simulationsmethode wird der kartellbedingte Schaden durch einen Vergleich ermittelt, bei dem der betroffene kartellierte Markt und – hypothetisch – derselbe Markt in Abwesenheit des Kartells gegenübergestellt werden. Hierbei stehen zwei Möglichkeiten der Schadensberechnung zur Verfügung, je nachdem ob die Marktstruktur über statistische Zusammenhänge relevanter Variablen abgebildet oder durch ein eigenständiges ökonomisches Modell erklärt wird. Erstgenannte Vorgehensweise erfordert entsprechende Regressionsanalysen, anhand derer ermittelt werden kann, welche Bedeutung einzelnen Parametern zukommt - ohne dabei ein ausgearbeitetes Marktmodell zugrunde zu legen. Die letztgenannte Vorgehensweise basiert hingegen auf einem entsprechend zu spezifizierenden Marktmodell. Da es sich in der Regel um oligopolistische Märkte handelt, müssen bei der Herleitung des hypothetischen Wettbewerbspreises die unilateralen Effekte beachtet werden, die durch die

⁷⁵ Urteil des OLG Düsseldorf vom 6. Mai 2004, WuW/E DE-R 1315, 1317- *Berliner Transportbeton I*

Marktstruktur vorgegeben sind. Der simple Ansatz, als Wettbewerbspreis den Gleichgewichtspreis⁷⁶ zu unterstellen, wäre somit bei oligopolistischen Märkten nicht sachgerecht, da bei einer solchen Betrachtung sämtliche unilateralen Effekte ausgeblendet würden. Im Rahmen eines Modellansatzes müssen daher die relevanten Variablen durch ein entsprechend zu spezifizierendes (oligopolistisches) Marktmodell dargestellt und das Modell auf der Basis ökonometrischer Methoden simuliert werden. Durch diese Vorgehensweise besteht die Möglichkeit, die auf dem kartellierten Markt vorherrschende Struktur adäquat abzubilden und auf dieser Basis den Wettbewerbspreis zu schätzen

Der Vorteil der Simulationsmethode ist darin zu sehen, dass der Wettbewerbspreis auf dem tatsächlich betroffenen Markt geschätzt wird. Interferenzen, die sich durch einen Vergleich mit einem anderen Markt ergeben können, werden so ausgeschlossen. Die beschriebene Vorgehensweise kann aber auch zu verschiedenen Problemen führen, denn die Auswahl des zugrunde zu legenden Modells stellt immer eine Abwägung zwischen Realitätsnähe und Handhabbarkeit dar. Mit jeder Erhöhung der Realitätsnähe steigt unweigerlich die Komplexität des Modells bis hin zur mathematischen Unhandhabbarkeit. Darüber hinaus muss beachtet werden, dass zu sämtlichen im Modell eingebauten erklärenden Variablen entsprechende Datensätze vorhanden sein müssen. Nicht unterschätzt werden darf ferner, dass ökonometrische Methoden immer auf statistischen Verfahren basieren, die wiederum mit strukturellen Fehlerquellen behaftet sein können.

III. Empirische Schätzungen von kartellbedingten Schäden

Empirische Schätzungen von kartellbedingten Schäden wurden mit unterschiedlichen Methoden von verschiedenen Autoren durchgeführt. Zu diesem Zweck lassen sich die dargestellten Methoden einsetzen, wobei vorzugsweise die Vergleichsmarktmethode benutzt wurde, um die statistische Komplexität zu reduzieren. In einer Reihe von empirischen Studien ist der kartellbedingte Schaden als Differenz zwischen dem tatsächlichen Kartellpreis und dem hypothetischen Wettbewerbspreis ermittelt worden. Die Ergebnisse der unterschiedlichen Studien weichen teilweise signifikant voneinander ab, so dass keine generellen Schlüsse aus den Ergebnissen gezogen werden können. Während *Werden*⁷⁷ im Rahmen seiner Untersuchung von 13 Kartellen, die nach 1974 tätig waren, einen um durchschnittlich 21% (bei einem Median von 18%) über dem hypothetischen Wettbewerbspreis liegenden Kartellpreis

⁷⁶ In diesem Fall würde der Gleichgewichtspreis den Grenzkosten bzw. langfristig bei Marktein- und -austritten dem Minimum der variablen Durchschnittskosten entsprechen.

⁷⁷ *Werden*, The Effect of Antitrust Policy on Consumer Welfare: What Crandall and Winston Overlook.

ermittelt hat, kommen *Levenstein* und *Suslow*⁷⁸ in ihrer Studie von 22 Kartellen seit dem ersten Weltkrieg zu einem durchschnittlich um 43% (bei einem Median von 44,5%) erhöhten Kartellpreis.

Um die exemplarisch aufgezeigten Unterschiede der Untersuchungsergebnisse genauer zu betrachten, haben *Bolotova* und *Connor*⁷⁹ eine Meta-Analyse von Untersuchungen zu kartellbedingten Schäden durchgeführt. Mit Hilfe eines linearen Regressionsmodells wurde u.a. der Einfluss der Berechnungsmethode des Mehrerlöses, der spezifischen Kartelleigenschaften und der untersuchten Zeiträume auf Signifikanz getestet und deren Einfluss auf den berechneten Wettbewerbspreis geschätzt. Zu den wichtigsten Ergebnissen dieser Untersuchung zählt, dass unterschiedliche Berechnungsmethoden keinen signifikanten Einfluss auf den berechneten Wettbewerbspreis haben. Ferner führen internationale Kartelle zu signifikant höheren Differenzen zwischen Kartell- und Wettbewerbspreisen als nationale Kartelle, hingegen spielt der Unterschied zwischen Absprachen auf Ausschreibungsmärkten und auf Wettbewerbsmärkten keine signifikante Rolle. Außerdem zeigt die verwendete Regressionsanalyse, dass die Differenz zwischen Kartell- und Wettbewerbspreisen bei Kartellen in der jüngeren Zeit signifikant geringer ist als bei historischen Absprachen.

F. Problemfelder und Perspektiven

In der Diskussion über die private Kartellrechtsdurchsetzung geht es nicht nur um die Auslegung des derzeit geltenden Rechts, sondern allgemein um die Rolle, die der privaten Kartellrechtsdurchsetzung in Zukunft zukommen soll. Die 7. GWB-Novelle hat die Rechte Privater bereits wesentlich gestärkt. So wurde das Schutznormerfordernis aufgegeben, mit § 33 S. 1 GWB n.F. eine einheitliche Anspruchsgrundlage für Verstöße gegen deutsches und europäisches Kartellrecht geschaffen und eine Tatbestandswirkung für einschlägige nationale wie EU-Behörden- und Gerichtsentscheidungen eingeführt.⁸⁰ Auch die Verjährungsregeln wurden klägerfreundlich ausgestaltet. Eine Spezialisierung der Gerichte für Kartellzivilsachen ist in Deutschland ohnehin bereits Realität, ebenso wie die Möglichkeit der Kartellbehörden bei Verfahren als *amici curiae* aufzutreten.

Ob und inwiefern das Grünbuch der Kommission Vorschläge und Impulse für die nationale Kartellrechtsdurchsetzung bringen wird, bleibt abzuwarten. Im Folgenden sollen – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – eine Reihe von Themen angerissen werden, die aus Sicht des Bundeskartellamtes von besonderer Bedeutung für die zukünftige Diskussion sind.

⁷⁸ *Levenstein, Suslow*, What Determines Cartel Success.

⁷⁹ *Bolotova, Connor*, Cartel Overcharges: Survey and Meta-Analysis.

⁸⁰ S. oben C.II.4., S. 9.

I. Verhältnis behördliche / private Kartellrechtsdurchsetzung

Es ist nicht auszuschließen, dass sich behördliche und private Kartellrechtsdurchsetzung je nach Ausgestaltung widersprechen können.⁸¹ Zur Lösung dieser Widersprüche muss zunächst danach unterschieden werden, welcher Zweck mit einer privaten Klage verfolgt werden soll. Soweit sich dieser darin erschöpft, erlittene Schäden auszugleichen, sollte die behördliche der privaten Kartellrechtsdurchsetzung nicht im Wege stehen.

Mitunter wird jedoch auch vorgeschlagen, privaten Klagen über die bloße Kompensationsfunktion hinaus eine sanktionierende Funktion im Interesse der Allgemeinheit zu verleihen. Sofern man zur Verwirklichung dieser Zielsetzung entsprechende Instrumente zuließe (beispielsweise ein erleichterter Zugang zu Beweismitteln oder über den realen Schaden hinausgehende Zahlungen), muss gewährleistet sein, dass die behördliche Kartellrechtsdurchsetzung im Konfliktfall Vorrang genießt. Zum einen ist dies aufgrund der regelmäßig höheren Effizienz der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung gerechtfertigt. Die Kartellbehörden verfügen über bessere Möglichkeiten der Sachverhaltsaufklärung und der Beweisführung. Selbst bei Einführung von *Discovery*-Verfahren ist realistischerweise nicht davon auszugehen, dass Hardcore-Kartelle künftig von Privaten aufgedeckt werden könnten. Zum anderen sind Kartellbehörden weitaus eher als Private geeignet, die Wahrung von Gemeinwohlinteressen sicherzustellen. Die von Privaten im Eigeninteresse erzielten Ergebnisse müssen nicht notwendigerweise dem Ziel des Wettbewerbsschutzes entsprechen.⁸² Beispielsweise können durch Schadensersatzklagen Unternehmen aus dem Markt gedrängt werden⁸³ oder Schadensersatzklagen könnten missbräuchlich (d.h. unfundiert, mit Vergleichsabsicht) erhoben werden, wie dies bisweilen in den USA zu beobachten ist. Auch können Vergleichsabschlüsse Wettbewerbsverzerrungen fördern, da die Verhinderung von Leiturteilen durch einen außergerichtlichen Vergleich für beide Seiten finanziell vorteilhaft sein kann – nicht jedoch für die Kartellrechtsdurchsetzung insgesamt.⁸⁴

⁸¹ S. dazu auch unten F.VI., S. 31.

⁸² S. dazu auch unten F.I., S. 26.

⁸³ Die Kartellbehörde kann im Rahmen der Verhängung von Sanktionsmaßnahmen auch die künftige Marktsituation berücksichtigen und etwa Bußgelder so ausgestalten, dass auf einem ohnehin bereits konzentrierten Markt nicht ein zusätzlicher Wettbewerber aufgrund von (bußgeldbedingter) Insolvenz wegfällt.

⁸⁴ So wurden etwa die Rechtsstreite über langfristige Gaslieferverträge und ein Verfahren zum Schadensersatz von Kartellopfen jeweils vor der Entscheidung durch den BGH außergerichtlich verglichen und so eine höchstrichterliche Klärung der wichtigen Fragen verhindert. Diesem Umstand könnte man dadurch abhelfen, dass man dem Bundeskartellamt als *amicus curiae* eine Art Feststellungsantragsrecht einräumt, soweit Rechtsfragen von allgemeiner kartellrechtlicher Bedeutung betroffen sind.

II. Beweiserleichterungen

In der aktuellen Diskussion wird u.a. auf das US-amerikanische *pre-trial discovery*-Verfahren hingewiesen, welches es potenziellen Klägern erleichtere, Ansprüche gegen kartellrechtswidrig handelnde Unternehmen durchzusetzen. Bei der kosten- und zeitaufwändigen *pre-trial discovery* wird das beklagte Unternehmen (noch vor Substantiierung des klägerischen Antrags) einer weitgehenden Offenbarungspflicht ausgesetzt, welche auch Geschäftsgeheimnisse mit umfasst. Allein um diese Prozedur zu vermeiden, sehen sich Unternehmen mitunter bereits gezwungen, Vergleiche mit der Klägerseite abzuschließen. Hierin liegt eine offensichtliche Missbrauchsgefahr.⁸⁵ Das deutsche Zivilprozessrecht kennt einen Ausforschungsbeweis hingegen gerade nicht. Auch im Rahmen von § 142 ZPO ist dies im Hinblick auf die Verhandlungsmaxime allgemein anerkannt.⁸⁶

Die Monopolkommission hat in ihrem Sondergutachten „Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der 7. GWB-Novelle“ eine gesetzliche Regelung vorgeschlagen, derzufolge der Kläger seiner Beweislast bereits dann nachgekommen sein sollte, wenn er konkrete Anhaltspunkte für ein kartellrechtswidriges Verhalten darlege. Es obliege dann dem Beklagten, über die genauen Hintergründe der betreffenden Geschäftspraxis zu informieren.⁸⁷ Dieser Vorschlag ist grundsätzlich zu begrüßen, da er der unstreitig bestehenden Informationsasymmetrie zwischen Kartellmitgliedern und Geschädigten Rechnung trägt. Um jedoch zu vermeiden, dass eine Klageerhebung „ins Blaue hinein“ dazu genutzt werden könnte, um vom Beklagten unternehmensinterne Informationen zu erhalten, wäre es vorzugswürdig, die klarer formulierte Anscheinsbeweis-Regelung des § 20 Abs. 5 GWB auf sämtliche Wettbewerbsverstöße auszuweiten.

Bei *follow-on*-Klagen besteht für den Geschädigten bereits jetzt die Möglichkeit, gem. § 406e StPO Akteneinsicht bei den Kartellbehörden zu nehmen.⁸⁸ Hierdurch kann die Beweissituation für die Klägerseite entscheidend verbessert werden.

III. Mehrfachschadensersatz

Ohne Zweifel bietet das Instrument der *treble damages* für Opfer kartellrechtswidrigen Handelns einen hohen Anreiz, rechtlich gegen den oder die Schädiger vorzugehen. Unter Abschreckungsgesichtspunkten erscheint es zudem nachvollziehbar, eine geringe Wahr-

⁸⁵ So auch *Wils*, *World Competition* 2003, 473, 480.

⁸⁶ Die Partei, welche die Vorlageanordnung begehrt, muss ihr Anliegen daher ausreichend substantiieren; s. *Greger* in *Zöller* [Begr.], *Zivilprozessordnung*, 24. Auflage, 2004, § 142 Rn. 1 f. m.w.N.

⁸⁷ „Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der 7. GWB-Novelle“, Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 S. 4 GWB, März 2004, Tz. 56.

⁸⁸ Zur entsprechenden Ermessenausübung, insbesondere bei Leniency-Antragstellern vgl. Fußnote 101.

scheinlichkeit der Entdeckung des wettbewerbswidrigen Handelns durch das Risiko eines höheren Schadensersatzes auszugleichen. Aus diesem Grund hat sich die Monopolkommission für die Einführung eines zweifachen Schadensersatzes ausgesprochen.⁸⁹

Hinsichtlich der Einführung eines mehrfachen Schadensersatzes bestehen vor allem verfassungsrechtliche Bedenken. So hat der BGH die Vollstreckbarerklärung eines US-amerikanischen Gerichtsurteils abgelehnt, das dem Kläger über materielle und immaterielle Schäden hinaus pauschal *punitive damages* zugesprochen hatte. Dies sei mit dem deutschen Verständnis vom Bestrafungsmonopol des Staates und entsprechenden Verfahrensgarantien und dem im Schadensersatzrecht geltenden Bereicherungsverbot unvereinbar und verstoße daher gegen den materiellen *ordre public* des §§ 723 Abs. 2, 328 Abs. 1 Nr.4 ZPO.⁹⁰

Ein Mehrfachschaftensersatz widerspräche auch dem nationalen Verständnis des Schadensrechts, demzufolge diesem eine Ausgleichsfunktion zukommt. Der Geschädigte soll grundsätzlich nicht die Möglichkeit haben, eine Kompensation über den erlittenen Schaden hinaus zu erlangen. Umgekehrt eröffnet die Einführung eines Mehrfachschaftensersatzes ein erhöhtes Drohpotenzial. Dieses kann ggf. auch bei wettbewerbskonformem Verhalten des Beklagten von der Klägerseite genutzt werden, indem – gegen wesentlich geringere Zahlungen – ein außergerichtlicher Vergleich in Aussicht gestellt wird.

Die Einführung eines Mehrfachschaftensersatzes bei Verstößen gegen das nationale oder europäische Wettbewerbsrecht erscheint vor diesem Hintergrund nicht wünschenswert. Sie ist auch nicht notwendig, da eine wirkungsvolle Abschreckung mindestens gleichermaßen wirksam durch (ggf. verschärfte⁹¹) behördliche Sanktionen erreicht werden kann.⁹²

⁸⁹ „Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der 7. GWB-Novelle“, Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 S. 4 GWB, März 2004, Tz. 83.

⁹⁰ BGH, Urteil vom 4.6.1992, NJW 1992, 3096, 3103 f. Allein die Zustellung eines entsprechenden Urteils soll dagegen noch nicht gegen den *ordre public* verstoßen, sofern nicht das mit der ausländischen Klage angestrebte Ziel offensichtlich gegen unverzichtbare Grundsätze eines freiheitlichen Rechtsstaats verstößt (BVerfGE 91, 335, 340, 343). S. aber BVerfG, 2 BvR 1198/03 vom 25.7.2003, Absatz-Nr. (einstweilige Anordnung gegen die Zustellung einer Sammelklage gegen die Bertelsmann AG auf Schadensersatz in Höhe von 17 Mrd. US-\$).

⁹¹ Eine effektive und abschreckende Sanktionierung wird auch durch den neuen Bußgeldrahmen des GWB gesichert, der die Regelung des Gemeinschaftsrechts für das deutsche Recht übernimmt.

⁹² *Wils*, World Competition 2003, 473, 481, ist der Auffassung, dass behördliche Sanktionen wesentlich besser geeignet sind, um den „optimalen Sanktionsbetrag“ festzusetzen, da auf diese Weise auch Komponenten wie der Wohlfahrtsverlust („social loss“) und die Wahrscheinlichkeit der Entdeckung eines Kartells einbezogen werden können.

IV. Private Kartellrechtsdurchsetzung und *more economic approach*

Im Rahmen des *private enforcement* spielen Klagen auf dem Gebiet der vermeintlich leichteren Wettbewerbsbeschränkungen (gewisse Typen horizontaler Vereinbarungen, Vertikalvereinbarungen, Missbrauch) eine außerordentlich wichtige Rolle, insbesondere soweit sie auf ein tatsächliches Verhalten am Markt gerichtet sind (Unterlassung, Belieferung). Sie setzen nicht erst bei der nachträglichen Bewertung eines aus wettbewerblicher Sicht schädlichen, aber abgeschlossenen Wettbewerbsverhaltens an, sondern zielen auf Herstellung eines wettbewerbsrechtskonformen Zustandes ab. Diese Klagen machen den weit überwiegenden Teil der privaten Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland aus. Betrachtet man die Zukunft der eigenständigen Klagen, die aus Sicht der Kartellbehörden eine wichtigere Funktion wahrnehmen als die *Follow-on*-Klagen, so deutet die europäische Rechtsentwicklung hin zum sog. „*more economic approach*“⁹³ paradoxerweise eher auf eine Schwächung dieser Art des *private enforcement* hin. Um zu verhindern, dass die grundsätzlich zu begrüßenden Bemühungen um eine ökonomisch fundierte Anwendung von Kartellrecht denjenigen um eine Erleichterung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung zuwiderlaufen, sollte auf dieses Spannungsverhältnis im Rahmen der europäischen Reformdiskussionen besonderes Augenmerk gelegt werden. Gerade in dem Bereich, in dem die private Kartellrechtsdurchsetzung den Regelfall bildet, könnten Kläger durch erhöhte Beweisanforderungen abgeschreckt werden. *Bornkamm*⁹⁴ hat darauf hingewiesen, dass für das Eingreifen von Art. 81 Abs. 1 EG bestimmte Marktstrukturen vorausgesetzt werden, deren Ermittlung einen Privaten vor kaum überwindbare Schwierigkeiten stellen kann.

Schwierigkeiten könnte im Einzelfall insbesondere der Nachweis eines Marktanteils von über 10 % für horizontale Vereinbarungen bzw. über 15 % für vertikale Vereinbarungen bereiten. Unterhalb dieser Schwellen soll gemäß Ziff. 7 der *de-minimis*-Bekanntmachung⁹⁵ keine spürbare Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EG vorliegen. Potenzielle Kläger müssten somit ggf. extensive Ausführungen zu Marktabgrenzung, -anteilen und -strukturen machen.

⁹³ Zum *more economic approach* in der deutschen Wettbewerbspolitik vgl. *Böge*, WuW 2004, 726 ff.

⁹⁴ *Bornkamm*, Die Rolle des Zivilrichters bei der Durchsetzung des Kartellrechts nach der VO Nr. 1/2003 und nach der 7. GWB-Novelle, 2003 S. 12; vgl. auch schon *Basedow*, Private Enforcement of Art. 81 EC: A German View in: *Ehlermann/Atanasiu* (Hrsg.), European Competition Law Annual 2001, 135 (unter V: Legal Certainty).

⁹⁵ Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Art. 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (*de minimis*), Abl. C 368 vom 22.12.2001, S. 7. Die *de-minimis*-Bekanntmachung trifft selbst jedoch gerade keine Aussage zur Frage der Eignung zur Beeinflussung des zwischenstaatlichen Handels, sondern nur zur Spürbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung, siehe *de-minimis*-Bekanntmachung, Ziff. 3 am Anfang.

Auch im Rahmen von Art. 82 EG können ähnliche Nachweisschwierigkeiten auftreten. Es mehren sich die Stimmen, die bei der Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 82 EG einen *effects-based approach* bzw. zumindest in den Teilbereichen ein verstärktes Abstellen auf ökonomische Kriterien fordern.⁹⁶ Setzt sich dieser Trend durch, wird sich künftig der Nachweis eines Verstoßes gegen Art. 82 EG nicht nur in der Darlegung des Überschreitens bestimmter Marktanteilsschwellen und dem Nachweis bestimmter Verhaltensweisen erschöpfen. Vielmehr wird im Einzelfall auch die wettbewerbsschädigende Wirkung bestimmter Verhaltensmuster eines Marktbeherrschers, ggf. mit ökonomischen Gutachten, untermauert nachgewiesen werden müssen.

Bislang beschränkten sich die Ausführungen der Kommission und des Bundeskartellamtes in ihrer Funktion als *amicus curiae* zumeist auf Rechtsfragen. Mit einem verstärkten Einbringen der kartellbehördlichen Tatsachenkenntnis, könnte dem zuvor beschriebenen Problem prinzipiell begegnet werden. Die personelle und finanzielle Ausstattung der deutschen Kartellbehörden ließe dies jedoch allenfalls punktuell zu.

V. Verbraucherverbandsklagen

Ein Verbandsklagerecht könnte sich insofern als nützlich erweisen, als auf diese Weise auch bei Streuschäden auf Endverbraucherebene zumindest eine Mehrerlösabschöpfung ermöglicht würde.⁹⁷ Einen wirklichen „Mehrwert“ im Verhältnis zur behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung würden Verbraucherverbandsklagen dann entfalten, wenn sich diese auf nicht bereits von der Kartellbehörde geahndete Verstöße konzentrieren würden.⁹⁸ Besonders in anderen Bereichen als dem der Hardcore-Kartelle kann so Kartellzivilklagen von Verbraucherverbänden auf Feststellung bzw. Unterlassung große Bedeutung zukommen. Hier besteht in Einzelfällen ein Vollzugsdefizit, das durch die Verbände ausgeglichen werden könnte.

Die Einführung einer *class action* nach US-amerikanischem Vorbild wäre hingegen eher kritisch zu sehen. Einen Systembruch stellt insbesondere die Rechtskrafterstreckung eines Urteils auf alle Angehörigen einer als solchen identifizierten „class“ dar – selbst wenn diese keine Kenntnis von einer entsprechenden Klage der *class representatives* hatten. Darin liegt ein Widerspruch zur im deutschen Zivilprozessrecht geltenden Dispositionsmaxime, denn ein einzelner Geschädigter könnte nicht mehr selbst darüber entscheiden, ob und in wel-

⁹⁶ S. z.B. *Walbroeck*, *Journal of Competition Law and Economics* 1 (1), 149 – 171; *Eilmannsberger*, *CMLR* 2005, 129, 167 m.w.N.

⁹⁷ Diese Option hatte der Regierungsentwurf zur 7. GWB-Novelle ursprünglich vorgesehen.

⁹⁸ Hier böte sich eine Einvernehmensregelung zwischen Kartellbehörde und dem betreffenden Verbraucherschutzverband an, um optimalen Ressourceneinsatz zu gewährleisten und möglichen Konflikten zwischen Bonusgewährung und eventueller nachfolgender Vorteilsabschöpfung durch Verbraucherverbände vorzubeugen.

chem Umfang er einen Anspruch gerichtlich geltend machen will.⁹⁹ Auch das individuelle Recht auf rechtliches Gehör wäre stark eingeschränkt, denn gehört werden vor Gericht nur die *class representatives*. Das Instrument der Sammelklage erscheint zudem nur bedingt tauglich, originäre Verbraucherinteressen zu wahren. Wie das Beispiel USA zeigt, besteht die Gefahr, dass die Initiative zur Klageerhebung nicht von den Verbrauchern selbst ausgeht, sondern aus rein pekuniären Motiven von Anwaltsseite betrieben wird. Verbraucherverbände erscheinen daher als Sachwalter von Individualinteressen besser geeignet.¹⁰⁰ Dies gilt gerade bei Streuschäden, bei denen es mit sehr hohem Aufwand verbunden wäre, Deckungsbeiträge zur Finanzierung des Prozesskostenvorschusses einzusammeln und Schadensersatzforderungen anteilig an die Geschädigten auszukehren. Dies dürfte Sammelklagen – da nach deutschem Recht die Vereinbarung eines Erfolgshonorars ausscheidet – in einem großen Teil der Fälle unattraktiv machen.

VI. Attraktivitätsverlust der *Leniency*-Programme für Kartellmitglieder?

Es besteht des Weiteren die Gefahr, dass Kronzeugenregelungen der Kartellbehörden zumindest teilweise leerlaufen könnten. Wenn der vollständige oder teilweise Verzicht auf behördliche Sanktionen kein adäquates Gegengewicht mehr zu möglicherweise exorbitanten kartellzivilrechtlichen Schadensersatzforderungen bildet, bietet sich für Kartellmitglieder kein Anreiz, aus dem Kartell auszusteigen und mit den Behörden zusammenzuarbeiten. In den USA hat die Überlegung, dass von dem Gesamtsystem der Kartellrechtsdurchsetzung sachgerechte Anreize ausgehen müssen, zur Einschränkung der zivilrechtlichen Haftung für kooperationsbereite Kartellanten geführt. Zumindest soweit das Zivilrechtssystem über die bloße Kompensation des direkt durch den Prozessgegner erlittenen Schäden (etwa durch Strafschadensersatz) hinausgeht, sind auch in den europäischen Zivilrechtssystemen noch Optionen offen, Kronzeugenregelungen noch attraktiver zu machen¹⁰¹. Erwägenswert und durchaus noch interessengerecht erscheint es, in Anlehnung an die US-amerikanische Rechtsentwicklung, die Haftung der Kartellanten bei Teilnahme an *Leniency*-Programmen auf Ansprüche der eigenen Vertragspartner zu beschränken.

⁹⁹ Es sei denn, er hätte zuvor von der Möglichkeit eines *opting out* Gebrauch gemacht.

¹⁰⁰ Die Kommission steht einer weiter gehenden Beteiligung der Verbraucher an der privaten Kartellrechtsdurchsetzung offenbar positiv gegenüber, s. z.B. die Rede *Montis*, Competition for Consumers' Benefit, im Internet abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2004_016_en.pdf, S. 6.

¹⁰¹ Hierzu bietet es sich an, *Leniency*-Antragsteller dahin gehend zu privilegieren, dass von ihnen übermittelte Unterlagen von der Kartellbehörde im Rahmen der Akteneinsicht regelmäßig nicht an Dritte herausgegeben werden. Im deutschen Recht könnte dies über eine entsprechende Ermessensausübung in den §§ 406e, 475 StPO erfolgen.

G. Fragen zur Diskussion

Sowohl das geltende Recht als auch die dargestellten Reformbemühungen werfen eine Fülle von Diskussionspunkten auf. Die folgenden Fragen können insoweit als Anregung dienen:

1. **Wer sollte bei Wettbewerbsverstößen klagen können und wie sollte die Durchsetzung von Ansprüchen ausgestaltet werden (Zulassung der *passing-on defense*, Erleichterungen beim Nachweis von Wettbewerbsverstoß bzw. Schaden)?**
2. **Erfordert eine effiziente private Kartellrechtsdurchsetzung Abweichungen von grundlegenden Prinzipien des Schadens- bzw. des Verfahrensrechts (*pre-trial discovery, contingency fees, class actions, Strafschadensersatz*)?**
3. **Sind weitere Harmonisierungsmaßnahmen nötig (etwa die Schaffung einer für alle EU-Mitgliedstaaten einheitlichen Anspruchsgrundlage bei Verletzungen von Art. 81 / 82 EG oder Neuregelungen im Bereich des Internationalen Privatrechts / Internationalen Zivilverfahrensrechts)?**
4. **Wie ist das Verhältnis von privater zu behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung zu gestalten (Vorrang im Konfliktfall, Bedeutung von Verbandsklagerechten, Haftungsprivilegien für *Leniency*-Antragsteller)? Welche Rolle soll Kartellbehörden in zivilrechtlichen Verfahren zukommen (Tatbestandswirkung behördlicher Entscheidungen, *amicus curiae*-Stellungnahmen, Ermittlungstätigkeit)?**
5. **Wie wirkt sich der *more economic approach* auf die private Kartellrechtsdurchsetzung aus?**

Literaturverzeichnis

- Ashurst** [Sozietät], Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, 2004
[http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/private_enforcement/comparative_report_clean_en.pdf]
- Baker**, Donald I., Revisiting History – What have we learned about private antitrust enforcement that we would recommend to others?, *Loyola Consumer Law Review*, Vol. 16:4, February 2004, 379 – 408
[<http://www.luc.edu/law/academics/special/center/antitrust/symposium/baker.pdf>]
- Basedow**, Private Enforcement of Art. 81 EC: A German View in: Ehlermann, Claus Dieter / Atanasiu, Isabela (Hrsg.), *European Competition Law Annual: 2001 – Effective private enforcement of EC antitrust law*, 2003, 137-145
- Böge**, Ulf, Der “more economic approach” und die deutsche Wettbewerbspolitik, *WuW* 2004, 726 – 733
- Bolotova**, Yuliya / **Connor**, John M., Cartel Overcharges: Survey and Meta-Analysis, Working Paper, 2005
[http://www.encore.nl/documents/Connor_MetaAnalysis3-10-05.pdf]
- Bornkamm**, Joachim, Die Rolle des Zivilrichters bei der Durchsetzung des Kartellrechts nach der VO Nr. 1/2003 und nach der 7. GWB-Novelle, *Schriftenreihe des Zentrums für Europäisches Wirtschaftsrecht* Nr. 139, 2003
- Brinker**, Schadensersatz als Sanktion für Wettbewerbsverstöße, in Jürgen Schwarze (Hrsg.), *Instrumente zur Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts – Regelungstechniken, Kontrollverfahren und Sanktionen*, 2002, 107 – 120
- Bulst**, Friedrich Wenzel, Private Kartellrechtsdurchsetzung nach der 7. GWB-Novelle: Unbeabsichtigte Rechtsschutzbeschränkungen durch die Hintertür?, *EWS* 2004, 62 – 65

Bulst, Friedrich Wenzel, Internationale Zuständigkeit, anwendbares Recht und Schadensberechnung im Kartelldeliktsrecht, EWS 2004, 403 – 436

Bulst, Friedrich Wenzel, The Provimi Decision of the High Court: Beginnings of Private Antitrust Litigation in Europe, European Business Organization Law Review 4 (2003) 623 – 650

Eilmannsberger, Thomas, How to distinguish good from bad competition under Article 82 EC: In search of clearer and more coherent standards for anti-competitive abuses, CMLR 42 (2005), 129 – 177.

von Hahn, Helmuth u.a. [Hrsg.], **Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht** - mit Kommentierung des GWB, des EG-Kartellrechts und einer Darstellung ausländischer Kartellrechtsordnungen, Loseblattwerk, Stand: 57. Erg.-Lfg. (Juni 2005)

Heinemann, Andreas, Die Anwendbarkeit ausländischen Kartellrechts – Probleme der Qualifikation und der Anknüpfung im internationalen Kartellprivatrecht, in: Faculté de droit de l'Université de Lausanne (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit, Genf 2002, S. 115 – 136

Hempel, Rolf, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht: eine rechtsvergleichende Analyse, 2002

Hoseinian, Foad, Passing-on Damages and Community Antitrust Policy - An Economic Background, Working Paper, 2005; im Internet abrufbar unter [<http://www.kernbureau.uva.nl/acle/object.cfm/object.cfm/hoseinian.pdf?objectID=71228B22-1D04-48B1-8271976949FFFE5C&download=true>]

Immenga, Ulrich / **Mestmäcker**, Ernst-Joachim [Hrsg.], Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Auflage, 2001

Keßler, Jürgen, Schadensersatzansprüche von Kartellabnehmern de lege lata und de lege ferenda, BB 2005, 1125 – 1129

Köhler, Helmut, Kartellverbot und Schadensersatz, GRUR 2004, 99 – 103.

- Kovacic**, William E., Private Participation in the Enforcement of Public Competition Laws; Beitrag zur Third Annual Conference on International and Comparative Competition Law: The Transatlantic Antitrust Dialogue, veranstaltet von der British Institution of International & Comparative Law, London, 15. Mai 2003
[<http://www.ftc.gov/speeches/other/030514biicl.htm>]
- Landes**, William M. / **Posner**, Richard A., Should Indirect Purchasers have Standing to Sue under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick, University of Chicago Law Review, 46 (1979), 602 - 635
- Langen**, Eugen / **Bunte**, Hermann-Josef, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Auflage, 2001
- Lettl**, Tobias, Der Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit Art. 81 EG, ZHR 167 (2003), 473 – 493
- Levenstein**, Margaret C. / **Suslow**, Valerie Y. (2002), What Determines Cartel Success?, Working Paper 02-001;
[http://www.umass.edu/economics/publications/econ2002_01.pdf]
- Mäsch**, Gerald, Private Ansprüche bei Verletzung des europäischen Kartellverbots - "Courage" und die Folgen, EuR 2003, 825 – 846
- Monopolkommission**, Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der 7. GWB-Novelle, Sondergutachten gemäß § 44 Abs. 1 S. 4 GWB, 2004
- Monti**, Mario, Competition for Consumers' Benefit, Rede anlässlich des European Competition Day, 22. Oktober 2004 in Amsterdam
[http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2004_016_en.pdf]
- Rebmann, Kurt u.a. [Hrsg.], **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch** – Band 2a, Schuldrecht Allgemeiner Teil (§§ 241 – 432), 4. Auflage, 2003
- Palandt**, Otto [Hrsg.]: Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Aufl., 2004
- Reich**, Norbert, The "Courage" Doctrine: Encouraging or discouraging compensation for antitrust injuries?, CMLR 42 (2005), 35 – 66.

- Schinkel**, Maarten Pieter, **Tuinstra**, Jan und **Rüggeberg**, Jakob, Illinois Walls: How Barring Indirect Purchaser Suits Facilitates Collusion, Working Paper, 2004
[<http://www.tinbergen.nl/discussionpapers/05049.pdf>]
- Schröter**, Helmuth / **Jakob**, Thinam / **Mederer**, Wolfgang [Hrsg.], Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, 2003
- Waelbroeck**, Denis, Michelin II: A per se rule against rebates by dominant companies?, Journal of Competition Law and Economics 1 (1), 149 – 171
[<http://jcle.oxfordjournals.org/cgi/reprint/1/1/149.pdf>]
- Waller**, Spencer Weber, The Incoherence of Punishment in Antitrust, Chicago-Kent Law Review Vol. 78 (2003), 207 – 236
[<http://lawreview.kentlaw.edu/articles/78-1/Waller.pdf>]
- Werden**, Gregory J., The Effect of Antitrust Policy on Consumer Welfare: What Crandall and Winston Overlook, 2003, U.S. Department of Justice Antitrust Division Discussion Paper No. EAG 03-2;
[http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID384100_code03041560pdf?abstract-id=384100&mirid=3]
- Wils**, Wouter P.J., Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?, World Competition 26(3) [2003], 473 – 488
[<http://www.joensuu.fi/taloustieteet/ott/scandale/tarto/papers/private%20enforcement.pdf>]
- Woods**, Donnadh / **Sinclair**, Alisa / **Ashton**, David, Private enforcement of Community competition law: modernisation and the road ahead, Competition Policy Newsletter 2/2004, 31 – 38
- Wurmnest**, Wolfgang Private Durchsetzung des EG-Kartellrechts nach der Reform der VO Nr. 17, in Behrens [Hrsg.], Europäisches Wettbewerbsrecht im Umbruch, 2004, 213 - 249
- Zöller**, Richard [Begr.; bearbeitet von Geimer u.a.], Zivilprozessordnung, 25. Auflage, 2004

