

GERO MEESEN

Der Anspruch auf
Schadensersatz bei
Verstößen gegen
EU-Kartellrecht

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

264

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

264

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann



Gero Meeßen

Der Anspruch auf Schadensersatz bei
Verstößen gegen EU-Kartellrecht –
Konturen eines Europäischen
Kartelldeliktsrechts?

Mohr Siebeck

Gero Meeßen, geboren 1975; Studium der Rechtswissenschaft in Bonn und Genf; Masterstudium in Oxford; 2010 Promotion; Referent in der Grundsatzabteilung des Bundeskartellamts und Koordinator für das Netzwerk der Europäischen Kartellbehörden (ECN); derzeit Beisitzer der 10. Beschlussabteilung.

e-ISBN PDF 978-3-16-151449-4

ISBN 978-3-16-150737-3

ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D 6 (Zugl.: Münster (Westf.), Univ., Diss. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, 2009)

© 2011 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädle in Nehren gebunden.

MEINEN ELTERN

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2009/2010 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Das Manuskript ist im Wesentlichen während meiner Tätigkeit als Referent der Grundsatzabteilung des Bundeskartellamts sowie während einer Forschungsauszeit am Christ Church College der Universität Oxford entstanden. Neuere Rechtsprechung und punktuell Literatur fanden Berücksichtigung bis Januar 2011.

Herzlich bedanken möchte ich mich in erster Linie bei meiner Doktor-mutter Frau Prof. Petra Pohlmann für die ausgezeichnete Betreuung der Arbeit sowie bei Herrn Prof. Gerald Mäsch für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens. Gefördert wurde die Arbeit durch ein Promotionsstipendium des Cusanuswerks, dem ich auch für die großzügige Unterstützung in der Grundförderung verbunden bin. Dank gilt zudem Herrn Prof. Wilhelm Rütten für die Erstellung des Zweitgutachtens für den Stipendienantrag, Herrn Prof. Jürgen Basedow für die Aufnahme in die Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts sowie Herrn Dr. Gillig für die redaktionelle Betreuung auf Verlagsseite. Die Idee der Arbeit geht zurück auf das von Graham Child geleitete Kartellrechts-Seminar im Rahmen des Masterstudiums an der Universität Oxford, das vom Deutschen Akademischen Austauschdienst finanziert wurde.

Wesentlich gefördert wurde die Arbeit zudem durch die Unterstützung des Bundeskartellamts: Für die Bewilligung einer Forschungsauszeit sei Herrn Vizepräsidenten Dr. Peter Klocker, für die Möglichkeit, sich auch in der weiteren beruflichen Praxis intensiv mit Fragen der privaten Kartellrechtsdurchsetzung zu befassen, dem damaligen Abteilungsleiter der Grundsatzabteilung und jetzigen Präsidenten des Bundeskartellamts Herrn Andreas Mundt herzlich gedankt. Während der Bearbeitung habe ich zudem von verschiedener Seite wertvollen Rat und Anregung erfahren: in Bonn durch Prof. Dr. Wulf-Henning Roth, Dr. Konrad Ost und Jörg Nothdurft, in Oxford, insbesondere zu Fragen des englischen Deliktsrechts, durch Prof. John Cartwright. Unterstützung erhalten habe ich ferner durch Ilsetraud Ix, Dr. Ralph Langhoff, Dr. Carsten Becker, Dr. Markus Wagemann und Dr. Felix Engelsing.

Besonderer Erwähnung gebührt zudem einer Gruppe von Vertretern verschiedener Wirtschafts-, Justizministerien und Kartellbehörden, die sich in den vergangenen Jahren wiederholt getroffen haben, um in informellem Rahmen über neuere Entwicklungen der privaten Kartellrechtsdurchsetzung in den Mitgliedstaaten und die Kommissionsinitiative zu kartellrechtlichen Schadensersatzklagen zu beraten. Auf diese Zusammenarbeit gehen zahlreiche Hinweise zu den Entwicklungen in den anderen Rechtsordnungen zurück: Paul Pennell-Buck, Dr. Jan-Stephan Ritter, Ulrich Deffaa, Stanley Wong, Nicole Hagemans, Marije van Kempen, Prof. René Smits, Teresa Moreira und Gianluca Sepe seien hier besonders hervorgehoben. Bedanken möchte ich mich an dieser Stelle auch bei meinen akademischen Lehrern, in Bonn Prof. Josef Isensee und Prof. Marcus Lutter, in Genf Prof. Ernst-Ulrich Petersmann und in Oxford Prof. Stephen Weatherill, sowie bei den Herren VorsRiLG Uwe Schneiders und RiEuG Alfred Dittich für die Ausbildung in der Praxis.

Dank sei aus meinem Freundeskreis Dr. Mario Leitzen für die fachlich fundierte Durchsicht des Manuskripts sowie Michael Schulte und Dr. Florian Reuther für die langjährige Zusammenarbeit in Studium und Referendariat. Aus dem Bundeskartellamt habe ich insbesondere von Stephan Schweikardt, Dr. Sonja Keske, Markus Rauber und Sandro Gleave kenntnisreiche Unterstützung erfahren. Um die formale Fertigstellung haben sich Jochen Stier und Ilse König verdient gemacht. Besonderer Dank gebührt schließlich meinem Vater, der die Arbeit mit großem Einsatz Korrektur gelesen hat und stets als wertvoller Diskussionspartner zur Verfügung stand. Meinen Eltern ist diese Arbeit gewidmet.

Vor allem aber möchte ich meiner Freundin Cordula danken, die mit nachsichtiger Geduld und unermüdlicher Unterstützung ganz wesentlich zum Gelingen beigetragen hat.

Bonn, im April 2011

Gero Meeßen

Inhaltsübersicht

Einführung	1
<i>1. Teil: Grundlagen</i>	11
§ 1 Eine kurze, rechtshistorische <i>tour d'horizon</i>	13
§ 2 Die „Rechtsnatur“ der Haftung	20
§ 3 Die Anspruchsgrundlage und Haftungsvoraussetzungen nach dem Recht der Mitgliedstaaten im Überblick	44
§ 4 Funktion des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs	57
<i>2. Teil: Problemfelder des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs</i>	107
§ 5 Etablierung eines Verstoßes	109
§ 6 Der Kreis der Ersatzberechtigten	166
§ 7 Kausalität	335
§ 8 Rechtswidrigkeit	338
§ 9 Verschulden	341
§ 10 Passivlegitimation	366
§ 11 Haftungsfolgen: Der ersatzfähige Schaden und seine Berechnung	398
§ 12 Die Berücksichtigung der Mitverantwortung des Geschädigten	522
§ 13 Zinsen	537
§ 14 Verjährung	541
§ 15 Sonderproblem: Kronzeugenregelung und Schadensersatz	552
<i>3. Teil: Zusammenfassende Gesamtbetrachtung und Ausblick – Konturen eines Europäischen Kartelldeliktsrechts?</i>	565
Schluss	625

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XXXI
Einführung.....	1
A. Hintergrund der Untersuchung	5
B. Problemaufriss	7
C. Begrenzung des Untersuchungsgegenstands.....	8
D. Gang der Darstellung	9
1. Teil: Grundlagen	11
§ 1 Eine kurze, rechtshistorische <i>tour d’horizon</i>	13
A. Wurzeln kartellrechtlicher Haftungstatbestände	13
B. Vom Sherman Act zum Clayton Act	15
C. Entwicklung in Deutschland.....	17
D. Frankreich und England	18
E. Kartelldeliktsrecht in der Europäischen Gemeinschaft	18
F. Fazit	19
§ 2 Die „Rechtsnatur“ der Haftung	20
A. Problemstellung	20
B. Die Rechtsnatur der <i>Staatshaftung</i> wegen Verletzung von Unionsrecht	21
C. Übertragung auf die Haftung Privater?.....	24
I. Die Stellungnahme des Generalanwalts <i>van Gerven</i> in <i>Banks</i>	24
II. Die <i>Courage</i> -Entscheidung und ihre Rezeption in den Mitgliedstaaten.....	26
1. Die Lehre von der umfassenden Determinierung der Anspruchsvoraussetzungen durch das Unionsrecht.....	28
2. Die Lehre von der unionsrechtlichen Kontrolle der nationalen Rechtsfolgenregel	29
3. Stellungnahme	31

a)	Das Argument von der Untrennbarkeit von <i>right</i> und <i>remedy</i>	32
b)	Das Argument des Grunderfordernisses einer einheitlichen Anwendung	35
c)	Rückschlüsse aus dem Aufbau der <i>Courage</i> -Entscheidung?	36
d)	Das Urteil des EuG in Sachen <i>Atlantic Container Line</i>	38
e)	Unvereinbarkeit des Ansatzes einer umfassenden unionsrechtlichen Festlegung der Anspruchsvoraussetzungen mit den Klarstellungen des EuGH in <i>Manfredi</i>	38
f)	Wahrung des Gestaltungsspielraums der Legislative	40
g)	Bedürfnis nach einer Ausfüllung des Kontrollmaßstabs	41
D.	Ergebnis	43
§ 3	Die Anspruchsgrundlage und Haftungsvoraussetzungen nach dem Recht der Mitgliedstaaten im Überblick	44
A.	Deutschland	44
I.	Die Rechtslage vor der 7. GWB-Novelle	44
II.	Die Anspruchsgrundlage nach der 7. GWB Novelle	46
B.	England	47
I.	Die Suche nach der passenden <i>cause of action</i>	47
II.	Dogmatische Einordnung	48
III.	Die Haftungsvoraussetzungen im Einzelnen	49
1.	<i>Availability of a civil remedy</i>	49
2.	<i>Scope of the civil remedy</i>	49
3.	<i>Causation</i>	50
4.	<i>Defences</i>	50
C.	Frankreich	50
I.	<i>La faute</i>	51
II.	<i>Le dommage</i>	51
III.	<i>Lien de causalité</i>	53
IV.	Keine Begrenzung unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks der Norm	55
§ 4	Funktion des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs	57
A.	Die Zielfunktionen des kartellrechtlichen Schadensersatz- anspruchs de lege lata	57
I.	Der Ausgleichsgedanke im Zentrum des mitglied- staatlichen Kartelldeliktsrechts	58
II.	Der Beitrag der <i>Courage</i> -Rechtsprechung	60
III.	Die Zielfunktion nach der Regierungsbegründung zur 7. GWB-Novelle	64
B.	Die Funktion des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs in der rechtspolitischen Diskussion	66

I.	Zurückdrängung des Ausgleichsgedankens? – Die Schadensersatzklage im Lichte der <i>optimal deterrence</i> -Lehre.....	66
1.	Grundlegung in der ökonomischen Rechtsanalyse	66
2.	Folgerungen aus dem „ <i>optimal-deterrence</i> “-Ansatz	69
a)	Konzentration der Durchsetzung bei einem Kläger.....	69
b)	Einführung von Mehrfachschadensersatz	70
c)	Freistellung des Kronzeugen von der Haftung bzw. Haftungs- erleichterung	71
d)	<i>Discovery</i>	71
e)	Leitbild des „ <i>private attorney general</i> “	71
II.	Vom Grünbuch zum Weißbuch: Zwischen „Optimal <i>deterrence</i> “ und Opferrhetorik.....	72
III.	Optimal Deterrence, kartellrechtlicher Mehrfachschadens- ersatz und die einzelstaatliche Rechtsordnung – Stellungnahme und Ausblick.....	75
1.	Die Rechtsprechung zur Vollstreckbarkeit US-amerika- nischer <i>punitive damages</i> und zur Nichtzustellung auf <i>treble damages</i> gerichteter Schadensersatzklagen	76
2.	<i>Renaissance</i> pöner Elemente im deutschen Haftungs- recht? – Elemente überkompensatorischen Schadens- ersatzes im deutschen Zivilrecht	80
3.	Stellungnahme	82
a)	Übertragbarkeit der Rechtfertigung in Sonderbereichen auf das Kartelldeliktsrecht?.....	82
b)	Kartellrechtlicher Mehrfachschadensersatz und die deutsche Rechtsordnung	86
c)	Notwendigkeit einer Neuausrichtung des Kartell- schadensrechts?.....	89
aa)	Durchsetzungsdefizit?	89
bb)	Verfolgungseffizienz: Staatliche und private Kartellrechts- verfolgung im Vergleich	91
aaa)	Eignung des vorhandenen bzw. denkbaren Ermittlungsinstrumentariums	93
bbb)	Eignung des Sanktionsinstrumentariums.....	94
cc)	Höhere Kontrolldichte durch zusätzliche Anreize für die private Rechtsverfolgung?	97
dd)	Beitrag zur Rechtsklarstellung.....	99
ee)	Kriterium der Kosteneffizienz	101
ff)	„ <i>Equilibrating tendencies</i> “	101
gg)	Negative Auswirkung für die Schutzmechanismen gegen die Vollstreckung US-amerikanischer <i>punitive</i> <i>damages</i> -Urteile.....	102
4.	Fazit.....	103

2. Teil: Problemfelder des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs	107
§ 5 Etablierung eines Verstoßes.....	109
A. Die günstigere Situation: Die Kartellbehörde hat bereits einen Verstoß festgestellt.	109
I. Bindungswirkung von Entscheidungen der Kommission nach Art. 16 VO 1/2003	109
1. Entscheidung der Kommission.....	110
a) Entscheidungen mit unstreitiger Bindungswirkung	110
b) Verpflichtungszusagenentscheidungen nach Art. 9 VO 1/2003?	110
c) Entscheidungen nach Art. 10 VO 1/2003	113
d) Entscheidungen nach Art. 23 VO 1/2003	114
2. Wirkung im nationalen Schadensersatzprozess	115
a) Drohende Widersprüche im Hinblick auf die <i>rechtliche</i> <i>Bewertung</i> eines Sachverhalts.....	115
b) Drohende „Widersprüche“ auf der Ebene der Sachverhaltsfeststellung.....	116
c) Grenzen der Bindungswirkung.....	119
aa) Die Möglichkeit der Gerichte zur Vorlage nach Art. 267 AEUV	119
aaa) Grundsätzliche Annahmefähigkeit der Vorlage	119
bbb) Verhältnis zur Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV	121
bb) Grundrechtskonforme Reduktion der Bindung	127
3. Ergebnis zu I.	130
II. Die Bindung an kartellbehördliche Entscheidungen in den nationalen Rechtsordnungen.....	131
1. Deutschland: Die Regelung des § 33 Abs. 4 S. 1 GWB... 131	131
a) Bestandskräftige Entscheidung einer nationalen Kartellbehörde	131
aa) Entscheidungen deutscher Kartellbehörden	131
aaa) Entscheidung.....	131
bbb) Feststellung des Verstoßes	132
bb) Entscheidungen ausländischer Kartellbehörden und Gerichte	132
b) Bindungswirkung nach § 33 Abs. 4 S. 1 GWB	133
aa) Tatbestandswirkung oder Feststellungswirkung?	133
bb) Reichweite der Feststellungswirkung in persönlicher Hinsicht	133
cc) Reichweite der Feststellungswirkung „in räumlicher Hinsicht“	134
dd) Besonderheiten bei der Bindung an die Entscheidungen ausländischer Kartellbehörden.....	137

ee) Die Möglichkeit zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof.....	139
c) Fazit	140
2. England.....	141
3. Frankreich.....	142
4. Ergebnis zu II.....	143
B. Die schwierigere Situation: Es liegt noch keine Entscheidung einer Kartellbehörde vor	144
I. Deutschland	144
1. Beweismaß.....	144
2. Zugang zu Dokumenten	145
a) Dokumente in der Hand der Parteien oder privater Dritter.....	145
b) Dokumente in der Hand der Kartellbehörden	147
3. „Sekundäre Darlegungslast“	150
4. Spezifisch kartellrechtliche Ansatzpunkte.....	152
a) Marktbeherrschungsvermutungen.....	152
aa) Einzelmarktbeherrschungsvermutung.....	152
bb) Gruppenmarktbeherrschungsvermutung.....	155
cc) Bedeutung für die zivilprozessuale Geltendmachung von Art. 102 AEUV	156
b) Weitere Erleichterungen im deutschen Kartellrecht	156
5. Materiell-rechtlicher Auskunftsanspruch gemäß § 242 BGB.....	156
II. England.....	158
1. Beweismaß.....	158
2. Zugang zu Beweismitteln in der Hand des Beklagten bzw. Dritter	158
3. Zugang zu Beweismitteln in der Hand der Kartellbehörde	160
III. Frankreich.....	160
1. Beweismaß.....	160
2. Zugang zu Beweismitteln in der Hand des Beklagten und nichtprozessbeteiligter Dritter	160
3. Die Rolle des <i>Conseil</i> bzw. der <i>Autorité de la concurrence</i>	161
IV. Gesamtbetrachtung und Ausblick.....	162
§ 6 Der Kreis der Ersatzberechtigten	166
A. Dogmatische Grundlagen im Recht der Mitgliedstaaten und die Vorgaben des Unionsrechts	168
I. Deutschland	168
1. Der rechtliche Rahmen vor der 7. GWB-Novelle	168
2. Der rechtliche Rahmen nach der 7. GWB-Novelle	169
a) Die Genese von § 33 Abs. 1 und 3 GWB.....	169

b) Die bei Bestimmung des Kreises der Ersatzberechtigten nach § 33 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 GWB relevanten Haftungs- voraussetzungen	170
aa) <i>Betroffenheit</i> als Voraussetzung auch des Schadens- ersatzanspruchs	170
bb) Das Kriterium der „ <i>Betroffenheit</i> “	172
aaa) Der Begriff des „Mitbewerbers oder sonstigen Marktbeteiligten“	172
(1) Grammatische Auslegung	173
(2) Historische Auslegung	173
(3) Genetische Auslegung	175
(4) Gleichlauf mit dem Begriff des Marktteilnehmers in § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG?	175
(5) Zwischenergebnis	176
bbb) Der Begriff der „Beeinträchtigung“	176
(1) Meinungsstand	176
(2) Stellungnahme	177
(a) Vorgaben des Primärrechts: Schutzgut der Art. 101 f. AEUV	178
(b) „Autonomie des Deliktsrechts“ – Spezifisch haftungsrechtliche Erwägungen	182
cc) Weiterer Ansatz: Fortbestehen der Bedeutung von Schutzzweckerwägungen für den Zurechnungs- bzw. Rechtswidrigkeitszusammenhang	185
dd) Ergebnis zu I.	189
II. England	190
1. „ <i>Scope of the civil remedy</i> “: <i>Damage within the ambit of the statute?</i>	190
a) Persönlicher Schutzbereich	190
b) Sachlicher Schutzbereich	191
c) <i>Scope of protection</i> und das europäische Kartellrecht	191
2. <i>Causation</i>	192
a) <i>Foreseeability</i>	193
b) <i>Intervening Acts</i>	193
c) <i>Defences</i>	194
III. Frankreich	195
IV. Der rechtliche Rahmen: Wer ist jedermann?	196
1. Die <i>Jedermann-Formel</i> im Kontext des <i>Courage-</i> Verfahrens	197
2. Fehlende Tragfähigkeit der Berufung auf „den Kompensationsgedanken“	199
3. Grenzen der Ersatzberechtigung im Anwendungs- bereich <i>unionsunmittelbaren Deliktsrechts</i>	200
a) Die <i>Normzwecktheorie</i> im Unionsrecht	201
b) Besondere Anforderungen an den Kausalzusammenhang	202

4. Fazit	202
B. Ersatzberechtigte bei Verstößen gegen Art. 101 AEUV	203
I. Die Beteiligten des Kartellrechtsverstößes	203
1. Die Ersatzberechtigung des Beteiligten im Vertikal- verhältnis	203
a) Rechtsauffassungen in Deutschland vor <i>Courage</i>	204
b) England: <i>Scope of protection</i> und <i>ex turpi causa non oritur actio</i>	205
c) Frankreich	207
d) Deutschland nach <i>Courage</i> und der 7. GWB-Novelle	208
aa) Einigkeit im Ergebnis	208
bb) Vereinbarkeit mit einem schutzgutbezogenen Beeinträchtigungsbegriff?	208
e) Überprüfung an den europarechtlichen Vorgaben: Trägt das Effektivitätsargument?	212
f) Ergebnis	215
2. Ansprüche im Horizontalverhältnis	215
3. Exkurs: Schadensersatz für Nachteile aus der <i>Verweigerung der Durchführung einer verbotenen Verhaltenskoordination?</i>	217
a) Erstreckung des Kartellverbots auf Maßnahmen zu seiner Durchsetzung	217
b) Deliktsrechtliche Bedeutung des Druckverbots	217
II. Unmittelbare Marktgegenseite	218
1. England	219
2. Frankreich	220
a) Die Entscheidung <i>Eco System v. Peugeot</i>	220
b) Die Entscheidung <i>Arkopharma v. Roche</i>	221
c) <i>UFC Que Choisir v. Bouygues Telecom u.a.</i>	222
3. Deutschland	222
a) Ersatzberechtigung unter § 33 Abs. 1 und 3 GWB	222
b) Klarstellung zur „alten“ Rechtslage (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 81 EG)	223
aa) Schadensersatzklagen gegen Preiskartelle	224
aaa) LG Mannheim vom 11.7.2003 (<i>Hoffmann-La Roche</i>)	224
bbb) LG Mainz vom 15.1.2004 (<i>BASF</i>)	226
bb) Schadensersatzklagen gegen Beteiligte von Quoten- kartellen – <i>Transportbeton Berlin</i>	226
cc) Stellungnahme	228
aaa) Zielgerichtetheitskriterium	228
(1) Keine zwingende Vorgabe durch die Recht- sprechung des Bundesgerichtshofs	228
(2) Ungeeignetheit des Zielgerichtetheitskriteriums in der Sache	230

bbb) Das Kriterium der unmittelbaren Betroffenheit in der Entscheidung des LG Berlin.....	232
c) Ergebnis zu 3.	232
4. Eindeutige Vorgabe durch das Europarecht: Die Entscheidung <i>Manfredi</i>	233
III. Ersatzberechtigung von Angehörigen weiter entfernter Marktstufen?	234
1. Grundlagen	235
a) Ökonomische Grundannahmen	235
b) Theoretische Möglichkeiten zur Behandlung von <i>passing-on defence</i> und der Anspruchsberechtigung von Folgeabnehmern im Kartelldeliktsrecht.....	236
c) Exkurs: Die Stellung der <i>indirect purchaser</i> im US-amerikanischen Recht	238
aa) Die Entscheidung des <i>Supreme Court</i> in <i>Illinois</i> <i>Brick Co. v. Illinois</i>	238
bb) Die Rezeption in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur	239
cc) Bedeutung für die Rechtsfindung in Europa	241
2. Deutschland	242
a) Übersicht über Rechtsprechung und Literatur.....	242
aa) Weitgehende Übereinstimmung vor der 7. GWB-Novelle....	242
aaa) Ablehnung mangels „Zielgerichtetheit“	243
bbb) Ablehnung mangels Betroffenheit der von Art. 81 EG erfassten Schutzgüter	243
ccc) Die Entscheidung des Landgerichts Mannheim in Sachen <i>Selbstdurchschreibepapier</i>	244
(1) Die Gründe des Landgerichts für die Klageabweisung	245
(2) Die Entscheidung des OLG Karlsruhe v. 11.6.2010.....	246
(3) Stellungnahme	246
ddd) Zwischenergebnis.....	247
bb) Überblick über die aktuell vertretenen Grundpositionen	247
b) Untersuchung der Rechtslage unter § 33 Abs. 1 und 3 GWB	248
aa) Keine Klarstellung durch die Regierungsbegründung	248
bb) Die Folgeabnehmer als „Betroffene“ i.S.v. § 33 Abs. 1 S. 3 GWB?	251
aaa) Marktbeteiligter?.....	251
bbb) Beeinträchtigung.....	252
(1) Rechtsgutsbezogenheit des Beeinträchtigungs- begriffs.....	252
(2) Gleichlauf mit dem Unterlassungsanspruch.....	254
cc) Weiterer Ansatz: Lösung über den Zurechnungs- zusammenhang	255

aaa) Adäquanz	256
bbb) Dazwischentreten einer „autonomen“ Entscheidung Dritter	256
ccc) Schutzzweckerwägungen	258
dd) Fortbestehende Bedeutung der Grundentscheidung des Gesetzgebers für eine Beschränkung der Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden	259
ee) Effektivitätserwägungen	260
aaa) Beweisposition und Interesse	260
bbb) <i>Illinois Walls?</i>	263
ccc) Zwischenfazit	264
ff) Ausschluss einer zur Mehrfachhaftung führenden Kumulation von Ansprüchen direkter und indirekter Abnehmer	265
gg) Analoge Anwendung der Vorschriften über die Gesamtgläubigerschaft?	267
hh) „Ausnahmen“: Einzelfälle der Ersatzberechtigung formal mittelbarer Abnehmer	271
aaa) Kollusion zwischen Zwischenabnehmern und Lieferanten?	271
bbb) Verbundene Unternehmen	273
ccc) Kommissionsgeschäfte und „ <i>Cost-plus</i> -Verträge“	275
(1) Kommissionsgeschäfte	275
(2) <i>Cost-plus</i> -Verträge	276
c) Zwischenergebnis zu 2.	278
3. England	279
a) Folgeabnehmer und der „ <i>scope of protection</i> “ von Art. 101 AEUV	281
b) „Kausalität“	282
aa) <i>Novus actus interveniens</i>	282
bb) <i>Remoteness</i> im engeren Sinne – Besonderheiten bei der Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden	284
c) Zwischenergebnis zu 3.	285
4. Frankreich	285
5. Grenzen der Ersatzberechtigung indirekter Abnehmer und die Vorgaben des europäischen Primärrechts	289
a) Rezeption der <i>Courage</i> -Rechtsprechung in der Literatur	289
aa) Wörtliches Verständnis der <i>Jedermann</i> -Formel	289
bb) Relativierung des Bedeutungsgehalts für die Bestimmung des Kreises der letztlich Ersatzberechtigten	290
cc) Differenzierung nach dem Kriterium der Verarbeitung	291
dd) <i>Gemeinschaftsrechtliche Schutznormtheorie</i>	292
b) Stellungnahme	293
aa) Keine Präjudizierung durch <i>Courage</i>	293

bb) Keine Präjudizierung durch den Verweis auf die „angemessene Beteiligung der Verbraucher“ in Art. 101 Abs. 3 AEUV	294
cc) Fehlende Aussagekraft der Berufung auf „das Kompensationsprinzip“	296
dd) Abschließende Determinierung durch „den Effektivitätsgrundsatz“? – Der Ermessens- und Beurteilungsspielraum des nationalen und des Unionsgesetzgebers	297
aaa) Fehlende Eindeutigkeit des Effektivitätsarguments für die Ersatzberechtigung mittelbarer Abnehmer	297
bbb) Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers	300
ccc) Kein <i>Höchstmaß</i> an Effektivität geboten	301
ddd) Zwischenfazit	302
ee) <i>Kontrollüberlegung</i> : Zurechnungsschranken im originären Unionsdeliktsrecht	303
aaa) Die erforderliche Unmittelbarkeit des Kausalzusammenhangs	303
bbb) Schutzzwecküberlegungen als eigene Voraussetzung zur Begrenzung der Haftung	309
ccc) Folgerungen aus der unionsrechtlichen Haftungsrechtsprechung für die Ersatzberechtigung indirekter Abnehmer	312
c) Ergebnis zu 5.	314
6. Fazit	314
IV. Wettbewerber	314
1. Frankreich	315
a) Die Entscheidung <i>Mors v. Labinal and Westland Aerospace</i>	315
b) Die Entscheidung <i>Eco System v. Peugeot</i>	316
c) Ergebnis	316
2. England	316
3. Deutschland	317
a) Die Betroffenheit der Mitbewerber nach § 33 Abs. 1 S. 3 GWB	317
b) Fallgruppen	318
aa) Festsetzung von Preisen	319
bb) Aufteilung der Märkte und Versorgungsquellen	319
cc) Alleinbezugsvereinbarungen, Rabattvereinbarungen und faktische Ausschließlichkeitsklauseln	320
V. Schadensersatz Dritter bei Unternehmenszusammenschlüssen, die gegen Art. 101 AEUV verstoßen?	321
C. Die Ersatzberechtigten bei Verstößen gegen Art. 102 AEUV	323
I. Allgemeine Erwägungen	323
II. Fallgruppen	324
1. Erzwingung unangemessener Einkaufs- und Verkaufspreise und sonstiger Geschäftsbedingungen	324

2. Die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes und der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher (Art. 102 lit. b AEUV).....	325
3. Diskriminierung von Handelspartnern (Art. 102 lit. c AEUV)	326
4. Das Verbot von Kopplungsgeschäften (Art. 102 lit. d AEUV)	326
5. Vertragliche und faktische Ausschließlichkeitsbindungen	327
6. Vertriebs- und Verwendungsbindungen	328
7. Rabattsysteme	330
8. Kampfpreisunterbietungen	331
9. Geschäftsverweigerungen	332
III. Gesamtbetrachtung zu C.	332
1. Beschränkung auf Mitbewerber auf dem <i>beherrschten Markt?</i>	332
2. Indirekte Abnehmer	333
D. Gesamtfazit zum Kreis der Ersatzberechtigten	333
§ 7 Kausalität	335
A. England.....	335
B. Frankreich	336
C. Deutschland	336
D. Europarechtlicher Rahmen	337
§ 8 Rechtswidrigkeit.....	338
A. Deutschland	338
B. England.....	339
C. Frankreich	339
D. Europarechtlicher Rahmen	340
§ 9 Verschulden.....	341
A. Deutschland	341
I. Grundlagen	341
II. Unvermeidbarer Verbotsirrtum	342
III. Tatbestandsirrtum	344
IV. Ergebnis.....	344
B. England: <i>Strict liability</i>	344
C. Frankreich	347
D. Das nationale Verschuldenserfordernis und der Effektivitätsgrundsatz des Unionsrechts.....	347
I. Die Auffassung <i>van Gervens</i> in <i>Banks</i>	348
II. Ablehnung in der Literatur.....	349
III. Stellungnahme	350

1. Präjudizierung durch die Antidiskriminierungs- rechtsprechung?	351
2. Das Verschuldenskriterium in der Rechtsprechung zum Staatshaftungsrecht.....	353
3. <i>Übermäßige</i> Erschwernis?	357
IV. Ausblick.....	359
V. Fazit.....	364
§ 10 Passivlegitimation	366
A. Haftung nur „der Unternehmen“?.....	367
I. Deutschland	367
1. Überblick	367
2. Haftung wegen Beteiligung an dem Kartellverstoß durch eigene Handlung	369
a) Gesetzeswortlaut	369
b) Begrenzung aus systematischen und/oder teleologischen Erwägungen?.....	370
3. Haftung wegen Aufsichtspflichtverletzung nach § 130 OWiG?.....	372
4. Ergebnis.....	375
II. England.....	375
1. Haftung der Organe wegen <i>breach of statutory duty</i> ?.....	376
2. Haftung wegen des <i>Common Law tort of deceit</i> ?.....	377
3. Ergebnis.....	378
III. Frankreich.....	378
IV. Vorgaben des europäischen Primärrechts?	379
B. Haftung im Unternehmensverbund.....	379
I. Problemaufriss	379
II. Fallbeispiele.....	384
1. <i>Provimi Ltd. v. Aventis/Roche</i>	384
2. <i>Arkopharma v. Roche SAS, Hoffmann-LaRoche</i>	385
3. Würdigung	386
III. Kriterien für die Haftung von Konzerngesellschaften	388
1. Einheitlicher, europarechtlicher Maßstab im Hinblick auf die Verwirklichung des Tatbestands von Art. 101 f. AEUV	370
2. Haftung der Mutter für das Verhalten der Tochter	389
3. Zurechnung im Konzern in den übrigen Fällen	390
4. Zurechnung auch von <i>Verschulden</i> ?.....	393
5. Fazit.....	395
C. Haftung mehrerer Kartellbeteiligter	396
§ 11 Haftungsfolgen: Der ersatzfähige Schaden und seine Berechnung.....	398

A. Allgemeines Schadensrecht.....	398
I. Deutschland	398
1. Schadensersatz in Geld	398
a) Die eingetretene Vermögensminderung (<i>damnum emergens</i>)	399
b) Der entgangene Gewinn (<i>lucrum cessans</i>)	400
aa) Gewinnentgang des Zwischenabnehmers	400
bb) Schadensersatz für die entgangene Konsumentenrente des Endverbrauchers?.....	401
c) Kein Schadensersatz für entgangene Chancen	405
2. Schadensersatzanspruch auf Belieferung?	406
a) Schadensersatz- oder vorbeugender Unterlassungsanspruch?	406
b) Der Belieferungsanspruch bei Verstößen gegen Art. 101 und 102 AEUV.....	408
aa) Art. 102 AEUV	408
bb) Art. 101 AEUV.....	408
aaa) Die Auffassung des BGH in <i>Depotkosmetik</i>	408
bbb) Die Gegenposition in der Literatur	409
ccc) Stellungnahme.....	410
3. Darlegung und Beweis des Schadens	413
a) Das anzulegende Beweismaß.....	414
b) Schadensschätzung nach § 287 ZPO	417
aa) Ökonomische Methoden zur Bestimmung des hypothetischen Wettbewerbspreises	418
aaa) Vergleichsmarktmethode.....	418
bbb) Kostenmethode	419
ccc) Simulationsmethode.....	420
ddd) „Gesamtwirtschaftliche Analyse“.....	420
eee) Bedeutung für die Schadensberechnung im Kartellzivilverfahren.....	421
bb) Hilfestellung des Gesetzgebers in § 33 Abs. 3 S. 3 GWB? ...	423
aaa) Begriffsbestimmung.....	423
(1) Bestimmung aus der Perspektive des Konkurrenten	423
(2) Bestimmung aus der Perspektive des Abnehmers	424
bbb) Wahlrecht zwischen Modalitäten der Schadensberechnung?	425
ccc) Durchsetzung	426
4. Ergebnis zu I.	426
II. England.....	427
1. Grundsätze.....	427
2. <i>Loss of a chance</i>	427
3. <i>Exemplary damages</i>	431
4. <i>Restitutionary damages</i>	436
5. Beweislast.....	438

6. Ergebnis zu II.	438
III. Frankreich.....	439
1. <i>Perte subie</i>	439
2. <i>Gain manqué</i>	440
a) <i>Eco System v. Peugeot</i>	440
b) <i>CAMIF v. UGAP</i>	441
3. <i>Perte d'une chance</i>	441
4. <i>Dommages punitifs</i>	444
5. Darlegungs- und Beweislast.....	446
6. Ergebnis zu III.	446
IV. Europarecht.....	447
1. Folgerungen aus dem Äquivalenzgrundsatz.....	447
2. Folgerungen aus dem Effektivitätsgrundsatz.....	448
3. Sonderfragen.....	449
a) Strafschadensersatz und Unionsrecht.....	449
aa) Keine Pflicht zur Gewährung von Strafschadensersatz.....	449
bb) Zum Verhältnis von Bußgeldentscheidungen, <i>leniency</i> -Regime und Strafschadensersatz.....	449
aaa) <i>Ne bis in idem</i> als allgemeiner Grundsatz des Europarechts.....	450
bbb) Verstoß gegen Art. 16 VO 1/2003?.....	451
cc) Ergebnis.....	452
b) <i>Restitutionary Damages</i> , Schadensersatz in Form des „Verletzergewinns“.....	452
c) Verlorene Chancen.....	453
d) Schadensersatzanspruch auf Belieferung?.....	454
V. Rechtsvergleichende Würdigung und Ausblick.....	456
B. Der Einwand der „Weiterwälzung des Schadens“.....	458
I. Grundlagen.....	458
II. Deutschland: Anknüpfungspunkt „Vorteilsausgleichung“...459	459
1. Der „Vorteil“ des Zwischenabnehmers.....	461
2. Voraussetzungen der Anrechnung.....	461
a) Kausalzusammenhang zwischen Kartellrechtsverstoß und Vorteil.....	462
aa) Kartellrechtsverstoß als <i>conditio sine qua non</i> für den Vorteil.....	462
bb) Adäquanz des Kausalzusammenhangs.....	464
b) Vereinbarkeit mit dem Zweck der kartelldeliktsrechtlichen Schadensersatzpflicht?.....	466
aa) Kongruenz zwischen Vorteil und jeweiligem Schadensposten.....	466
bb) Grundpositionen zur Vereinbarkeit mit dem Zweck der Schadensersatzpflicht im Übrigen.....	467
aaa) Grundsätzlicher Ausschluss der Vorteils- ausgleichung.....	467

bbb)	Unbeschränkte Zulassung der Vorteilsausgleichung	469
ccc)	Kumulation von Versagung der Vorteilsausgleichung und Anspruchsberechtigung mittelbarer Abnehmer	470
ddd)	Gesamtgläubigerschaft analog	470
cc)	Untersuchung und Stellungnahme	471
aaa)	Begründungsbedürftigkeit nur der Nicht- anrechnung? – Zum „Grundsatz-/Ausnahmeverhältnis“ der Vorteilsausgleichung im allgemeinen Schadensrecht	471
bbb)	Bedeutungsgehalt des Arguments von einem angeblichen „Bereicherungsverbot“	472
ccc)	Fallgruppen im allgemeinen Schadensrecht	473
(1)	Vorteile, die der Geschädigte durch <i>eigene Handlung</i> erlangt hat	473
(2)	Vorteile aus günstigen Rechtsgeschäften	474
ddd)	Beurteilungskriterien	476
(1)	Eigenleistung des Zwischenerwerbers	476
(2)	Risikotragung durch den zunächst Geschädigten ...	476
(3)	Bloße <i>Schadensverlagerung</i> soll Schädiger nicht entlasten	478
(4)	Zwischenergebnis	479
eee)	Die Vorteilsausgleichung und die „spezifischen Zwecke des Kartelldeliktsrechts“ – „Ein Federstrich des Gesetzgebers und Bibliotheken werden zur Makulatur“?	479
(1)	Keine Vervielfachung der Haftung wegen des gleichen Schadenspostens	480
(2)	Bessere Zweckerreichung durch Konzentration auf den unmittelbar Geschädigten	482
(3)	Von <i>Hanover Shoe</i> zu <i>Illinois Walls</i> ?	485
(4)	Fehlende Eignung einer Lösung allein über die Beweislast	486
(5)	Gebotene Kohärenz mit der bereicherungs- rechtlichen Lösung	488
(6)	Gesamtgläubigerschaft analog?	489
(7)	Zwischenergebnis zur Stärkung der Präventivfunktion	490
dd)	Gesamtbetrachtung	490
3.	Ergebnis zu II.	491
III.	England	492
1.	Die <i>VAT</i> -Fälle und das <i>Law of restitution</i>	493
2.	Die <i>passing-on defence</i> im allgemeinen <i>Schadensrecht</i> ...	495
a)	Die Rechtsprechung zur <i>mitigation</i>	496
b)	Offenheit des <i>Common law</i> für <i>policy</i> -Ewägungen	500
3.	Fazit	503

IV. Frankreich.....	503
1. Fehlen allgemeiner schadensrechtlicher Grundsätze zur Berücksichtigung von Vorteilen.....	503
2. Die Entscheidung <i>Arkopharma v. Roche</i>	505
a) Unzureichender Schadensnachweis.....	506
b) Fehlen hinreichenden Kausalzusammenhangs	506
c) Würdigung.....	507
3. Die Entscheidung <i>Juva v. Roche</i>	509
4. Fazit.....	510
V. Die <i>passing-on defence</i> und das Europarecht	511
1. Keine Einwände gegen den <i>Ausschluss</i> der <i>passing-on defence</i>	511
2. Das Effektivitätsgebot und die <i>Berücksichtigung</i> der <i>passing-on defence</i> im nationalen Recht	512
a) EuGH: Grundsätzliche Berücksichtigungsfähigkeit	512
b) Einschränkungen	513
aa) Darlegungs- und Beweislast.....	513
bb) Abwälzung und entgangener Gewinn.....	514
cc) Berücksichtigungsfähigkeit der bloßen <i>Möglichkeit</i> der Weiterwälzung?	516
3. Fazit.....	517
VI. Rechtsvergleichendes und Ausblick zu <i>passing-on</i> <i>defence</i> und <i>indirect purchaser standing</i>	517
1. Zum Status quo	517
2. Die Vorschläge der Kommission.....	518
a) Pauschale Zulassung der <i>passing-on defence</i> und Vermutung der vollständigen Weiterwälzung zugunsten indirekter Abnehmer	518
b) Würdigung	519
3. Ausblick: Derzeit kein Handlungsbedarf für den Gesetzgeber	519
§ 12 Die Berücksichtigung der Mitverantwortung des Geschädigten.....	522
A. Deutschland	522
B. England.....	523
I. Verursachungsbeitrag des Geschädigten als <i>novus actus interveniens</i>	524
1. Die Entscheidung in <i>Arkin v. Borchard Lines</i>	524
2. Würdigung	525
II. <i>Contributory negligence</i>	526
III. <i>Ex turpi causa non oritur actio?</i>	528
C. Frankreich	532
D. Europarecht.....	533

I.	Ausschluss der Haftung bei Beteiligung an dem Kartellverstoß	533
II.	Schadensteilung bei Mitverschulden	534
III.	Keine Pflicht zur Weiterwälzung des Schadens.....	535
E.	Fazit	535
§ 13	Zinsen.....	537
A.	Deutschland	537
B.	England.....	537
C.	Frankreich	538
D.	Europarecht.....	539
E.	Rechtsvergleichendes und Ausblick	540
§ 14	Verjährung.....	541
A.	Deutschland	541
B.	England.....	542
C.	Frankreich	543
D.	Mitgliedstaatliches Verjährungsregime und europäisches Primärrecht.....	544
E.	Rechtsvergleichendes und Ausblick	547
I.	Die bestehenden Verjährungsregime als „ <i>obstacle</i> “ für eine effektive und einheitliche Kartellrechtsdurchsetzung?	547
II.	Der Vorschlag der Kommission	548
1.	Inhalt.....	548
2.	Würdigung	549
a)	Anknüpfung an den Zeitpunkt der <i>Beendigung</i> <i>der Zuwiderhandlung</i> ?	549
b)	Beginn einer <i>neuen</i> Verjährungsfrist nach Bestandskraft einer Behörden- bzw. Gerichtsentscheidung?	550
c)	Fehlen einer Bestimmung über die absolute Verjährung	550
F.	Fazit	51
§ 15	Sonderproblem: Kronzeugenregelung und Schadensersatz	552
A.	„Policy options“ auf europäischer und nationaler Ebene	553
I.	Vorschläge der Kommission	553
II.	Stellungnahme	554
1.	Beschränkung auf die Vertragspartner des Kronzeugen?	554
2.	Beschränkung der Haftung nach dem Marktanteil des Kronzeugen?	556
3.	„Rabatt“ auf den Schadensersatz?	557
4.	Gesamtwürdigung	557
B.	Eigener Vorschlag.....	558

I. Berücksichtigung des Aufklärungsbeitrags auf der Ebene des Gesamtschuldnerinnenausgleichs	558
II. Verfahrensrechtliche Durchsetzung	561
C. Fazit	562

3. Teil: Zusammenfassende Gesamtbetrachtung und Ausblick – Konturen eines Europäischen Kartelldeliktsrechts?.....565

A. Das Kartelldeliktsrecht in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen de lege lata	566
I. Ursprünge	566
II. Funktionale Ausrichtung	566
1. Primat der Kompensation.....	566
2. Wertvolle Ergänzungsfunktion.....	568
3. Keine Wahrheitssuche um jeden Preis.....	569
III. Normative Grundlagen: Die „Rechtsnatur“ der Haftung	570
IV. Die Haftungsregime in den untersuchten Rechtsordnungen und das unionsrechtliche Effektivitätsgebot	572
1. Darlegung und Nachweis des Verstoßes.....	572
2. Kreis der Ersatzberechtigten	574
3. Verschulden	576
4. Passivlegitimation	579
5. Haftungsfolgen	579
a) Umfang des Schadensersatzanspruchs	579
b) <i>Passing-on defence</i>	580
6. Das Verhältnis von <i>private</i> und <i>public enforcement</i> : Kronzeugenregelung und Haftung.....	580
B. Ausblick: Vom Beruf unserer Zeit zur Kodifizierung eines eigenständigen Unionskartelldeliktsrechts?	581
I. Das Weißbuch der Europäischen Kommission und der Entwurf eines Richtlinienvorschlags der Generaldirektion Wettbewerb	581
1. Hintergrund.....	581
a) Ausgangspunkt der Kommission	581
b) Stellungnahme	582
2. Die Vorschläge der Kommission im Einzelnen	584
a) Ersatzberechtigung indirekter Abnehmer und kollektiver Rechtsschutz	585
aa) Vorschlag der Kommission.....	585
bb) Stellungnahme	586
aaa) Anspruchsberechtigung nachgelagerter Marktstufen....	586
bbb) <i>Passing-on</i> und Beweislast	587

ccc) <i>Opt-out</i> -Schadensersatzverbandsklage?	591
ddd) Fazit	593
b) Zugang zu Beweismitteln: Einführung unionsweiter <i>Disclosure</i> -Standards	593
aa) Vorschlag der Kommission	593
bb) Stellungnahme	595
c) Bindungswirkung von Behördenentscheidungen	596
d) Verschuldenserfordernis und ersatzfähiger Schaden	597
aa) Vorschläge der Kommission	597
bb) Stellungnahme	598
e) Verjährung	599
aa) Vorschlag der Kommission	599
bb) Stellungnahme	599
f) Prozesskosten	600
g) Das Verhältnis von Kronzeugenregelung und Schadensersatzklagen	601
aa) Vorschlag der Kommission	601
bb) Stellungnahme	601
3. Gesetzgebungskompetenz und Subsidiarität	602
a) Art. 103 AEUV	602
b) Art. 81 AEUV	604
c) Art. 114 AEUV	605
aa) Abbau von Hemmnissen für die Grundfreiheiten?	605
bb) Abbau von Wettbewerbsverfälschungen?	606
cc) Fazit	607
d) Art. 352 AEUV	608
4. Inhaltliche Gesamtkritik	608
II. Perspektiven des europäischen Kartelldeliktsrechts	609
1. Erforderlichkeit <i>neuer Regeln</i> für ein leistungsfähiges Regime kartellrechtlicher Schadensersatzklagen?	609
2. Harmonisierung des Kartelldeliktsrechts als zwingende Voraussetzung eines unionsweiten „ <i>level playing field</i> “?	612
a) Rechtsunsicherheit durch Vielfalt?	612
b) Signifikant abweichende Durchsetzungsstandards aufgrund traditioneller „ <i>tort rules</i> “?	612
c) Beitrag der Kommissionsvorschläge zur Nivellierung des „ <i>playing field</i> “?	614
3. Harmonisierung durch Sektoralisierung?	614
4. Zur Rolle des Europäischen Gerichtshofes	619
5. Private Kartellrechtsdurchsetzung und der „ <i>More effects based-approach</i> “	619
6. Der Blick nach vorn: Zwischen Modellgesetz und Wettbewerb der Rechtsordnungen	621

Schluss	625
Literaturverzeichnis.....	627
Rechtsquellenverzeichnis	651
Sachverzeichnis.....	655

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
BLJ	Bucerius Law Journal
bzw.	beziehungsweise
CA	Competition Act 1998
CAT	Competition Appeal Tribunal
Cc	Code civil
CMLRev.	Common Market Law Review
CSWP	Commission Staff Working Paper (Weißbuch)
Comp. Law	Competition Law Journal
DCFR	Draft Common Frame of Reference
ders.	derselbe
dies.	dieselben
EBOR	European Business Organization Law Review
ECLR	European Competition Law Review
ECN	European Competition Network
EG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb
FKVO	Verordnung (EG) Nr. 139/2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (EG-Fusionskontrollverordnung)
FS	Festschrift
GD	Generaldirektion
GeoLJ	Georgetown Law Journal
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
i.S.v.	im Sinne von
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IntEncCompL	International Encyclopedia of Comparative Law
JLS	Journal of Legal Studies
KartVO	Kartellverordnung (Verordnung gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2.11.1923)
LIEI	Legal Issues of European Integration
lit.	littera
Loy. Consumer L. Rev.	Loyola Consumer Law Review
NPCP	Nouveau Code de Procédure Civil
OFT	Office of Fair Trading
PETL	Principles of European Tort Law
RLV	Richtlinienvorschlag
RTD	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
s.	section

s.o.	siehe oben
St John's L. Rev.	St. John's Law Review
TPR	<i>Tijdschrift voor Privaatrecht</i>
u.a.	unter anderem; und andere
UChiLRev	University of Chicago Law Review
Unterabs.	Unterabsatz
US/USA	United States of America
v.	vom/versus
VO	Verordnung
Vorb./Vorbem.	Vorbemerkung
Ziff.	Ziffer
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

Wegen der übrigen im Text verwandten Abkürzungen wird verwiesen auf:
Duden, Rechtschreibung der deutschen Sprache, 25. Auflage, Mannheim, 2009 und
Kirchner, Hildebert/Pannier, Dietrich, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache,
6. Auflage, Berlin, 2008.

Einführung

„Panta rhei“ – alles ist in Bewegung¹: Diesen Eindruck mag gewinnen, wer sich die Wegmarken der privaten Kartellrechtsdurchsetzung in Europa in den letzten zehn Jahren vor Augen hält. Eingeläutet mit den Vorarbeiten zur VO 1/2003² und der damit verbundenen Absicht, die private Kartellrechtsdurchsetzung stärken zu wollen³, über die wegweisenden Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs in Sachen *Courage* und *Manfredi*⁴, spezifische Reformen des nationalen Rechtsrahmens (7. *GWB-Novelle* 2005, *Enterprise Act* 2002) sowie der einschlägigen Bestimmungen des internationalen Privatrechts⁵ bis hin zu den mit „Grün-“⁶ und „Weißbuch“⁷ verbundenen, grundlegenden Aktivitäten auf Unionsebene: Die Auseinandersetzung über die Frage des in Übergangsfällen anwendbaren Rechts ist noch im Gange⁸, schon werden neue Legislativmaßnahmen diskutiert.

Die Europäische Kommission kommt – auf Basis der von ihr in Auftrag gegebenen und intensiv betreuten *Ashurst-Studie* aus dem Jahr 2004 – in ihrem *Grünbuch* zu dem Ergebnis, dass „while Community law demands an effective system for damages claims for infringements of antitrust rules, this area of the law in the 25 Member States presents a picture of *total*

¹ Wörtlich „Alles fließt“; der Aphorismus wird auf die Flusslehre Heraklits zurückgeführt; vgl. *Störig*, S. 150.

² Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. vom 04.01.2003 L 1/1.

³ Vgl. *Monti*, Vortrag bei der IBA-Competition Conference v. 17.09.2004 (Speech 04/403).

⁴ EuGH, Urteil v. 20.9.2001, Rs. 453/99 („*Courage*“), Slg. 2001, I-6297; EuGH, Urteil v. 13.7.2006, verb. Rs. C-295/04 bis 298/04 („*Manfredi*“), Slg. 2006, I-6619.

⁵ Vgl. Art. 6 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.7.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl. v 31.7.2007 L 199/40.

⁶ *Kommission*, Grünbuch: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts vom 19.12.2005, KOM (2005) 672 endgültig.

⁷ *Kommission*, Weißbuch: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, vom 2.4.2008, KOM (2008) 165 endgültig; vgl. darauf aufbauend nunmehr den überarbeiteten Entwurf eines Richtlinienvorschlages der GD Wettbewerb v. Juni 2009.

⁸ Vgl. *Reher*, Liber Amicorum für Riesenkampff, S. 113 ff.; *Zimmer/Logemann*, WuW 2006, 982 ff.

underdevelopment“ und „*astonishing diversity*“⁹. Die das Weißbuch begleitende *Impact assessment*-Studie aus dem Jahr 2008 – ebenfalls von der Kommission in Auftrag gegeben – bekräftigt: „things have only marginally changed since then“¹⁰. Verantwortlich seien die „traditional tort rules“ der Mitgliedstaaten „either of a legal or procedural nature“; diese seien „often inadequate for actions for damages in the field of competition law“ und stünden einer dynamischen Entwicklung kartellrechtlicher Schadensersatzklagen entgegen¹¹. Durch eine Veränderung des Regelungsrahmens, so die Verheißung des *Impact Assessment*, könnten Kartellopfer Kompensationszahlungen von jährlich zwischen 17,3 und 25,7 Mrd. € erwirken. Mit Blick auf die damit zu erwartende Steigerung der Effektivität der Kartellrechtsdurchsetzung insgesamt stellt die Studie gesamtwirtschaftliche Vorteile („social benefits“) von jährlich bis zu 113 Mrd. € in Aussicht¹².

Das Verdikt eines „*total underdevelopment*“ steht in auffälligem Gegensatz zu einer Entwicklung, wie sie seit geraumer Zeit in Deutschland, zunehmend aber auch in anderen europäischen Staaten, insbesondere im Vereinigten Königreich, zu beobachten ist. So sind dem Bundeskartellamt allein im Referenzzeitraum von 2004 bis 2008 401 kartellrechtliche Schadensersatzklagen gemeldet worden (bei 1364 Kartellzivilverfahren insgesamt)¹³. Bis September 2009 kamen noch einmal 41 kartellrechtliche Schadensersatzklagen hinzu. Nahezu wöchentlich berichtet die einschlägige Wirtschaftspresse über neue Schadensersatzprozesse wegen der Verletzung europäischen oder mitgliedstaatlichen Kartellrechts. Von Vitaminen über Baustoffe, Kautschuk, Telefonteilnehmerdaten, Energie, Bleichmittel, Luftfracht, Marineschläuche, Schaltanlagen, Fahrbahnmarkierungen, Durch-

⁹ Vgl. *Kommission, Grünbuch* S. 4 sowie das begleitende Commission Staff Working Paper, Rn. 29, unter Bezugnahme auf die *Ashurst-Studie*, S. 1.

¹⁰ *CEPS u.a., Impact Assessment-Studie*, Report for the European Commission, S. 28.

¹¹ Vgl. *Commission Staff Working Paper/Weißbuch*, Rn. 5.

¹² *CEPS u.a., Impact Assessment-Studie*, Report for the European Commission, S. 11.

¹³ Die Zahlen beruhen auf einer internen Erhebung des Bundeskartellamts auf Grundlage der Falldatenbank der Prozessabteilung. Für den Referenzzeitraum der Kommissionsstudie (2004–2007) weist die BKartA-Statistik 301 Schadensersatzklagen aus (bei 1057 Kartellzivilverfahren insgesamt). Danach entfielen auf die Jahre 2004 und 2005 jeweils 30–40, 2006 106 und 2007 123 Schadensersatzklagen wegen Verletzung von Normen des Kartellrechts. Die tatsächlichen Zahlen dürften noch etwas höher liegen, zumal nicht sichergestellt ist, dass die Zivilgerichte tatsächlich in allen einschlägigen Fällen ihrer Unterrichtsverpflichtung nach § 90 GWB nachgekommen sind. Die *Impact Assessment-Studie* der Kommission weist für den fraglichen Zeitpunkt demgegenüber nur 96 Schadensersatzklagen für die gesamte Europäische Gemeinschaft aus. Ein Grund für diese auffällige Diskrepanz wird darin liegen, dass die Autoren der *Impact Assessment-Studie* ausschließlich auf Schadensersatzklagen wegen Verletzung *EG*-Kartellrechts abgestellt haben, Schadensersatzklagen wegen Verletzung (weitgehend gleichlautenden) nationalen Kartellrechts dagegen außen vor blieben.

schreibepapier, Paraffinwachs, Aufzugsanlagen, Fernsehwerbung, Telekommunikationsdienste bis hin zu Fahrschulen und Einbauküchen: Es gibt mittlerweile kaum mehr eine aktuelle Bußgeldentscheidung der Kartellbehörden, die nicht die Ankündigung und Erhebung privater Schadensersatzklagen zur Folge hätte. Ob Belgien, Deutschland, England, Finnland, Frankreich, Irland, Italien, die Niederlande, Österreich, Polen oder Spanien, auch die Liste der Länder, aus denen neue Kartellschadensersatzprozesse gemeldet werden, wird Jahr für Jahr länger.

Dabei ist die Frage nach der zivilrechtlichen Haftung von Unternehmen, die gegen europäisches Kartellrecht verstoßen haben, kein an und für sich „neues“ Thema. Sie beschäftigt die kartellrechtlich interessierte Fachöffentlichkeit im Grunde seit Inkrafttreten des EG-Vertrags im Jahr 1958.¹⁴ Der EG-Vertrag selbst ordnet zwar die Nichtigkeit kartellrechtswidriger Vereinbarungen an, enthält aber keinerlei Bestimmungen über den Ersatz von durch Kartellrechtsverletzungen verursachten Schäden. Und trotz entsprechender Forderungen des Europäischen Parlaments¹⁵ wurden auch in die Kartellverfahrensverordnung 17/62 EG keine Regelungen über den Schadensersatzanspruch aufgenommen. Die Rolle des privaten Rechtsschutzes bei der Durchsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln blieb zunächst weitgehend ungeklärt. Bis in die 70er Jahre hinein wurde vertreten, dass das Kartellrecht des EG-Vertrags ein abgeschlossenes, in sich selbst ruhendes, d.h. nur durch seine Organe zu konkretisierendes System von Regeln zur Verwirklichung der großen Ziele der Gemeinschaft darstelle. Es gehe nicht um die Bewahrung der Freiheit der einzelnen Unternehmen im Privatrechtsverkehr, um ihren Schutz und ihre Erhaltung, sondern um die Wahrung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs¹⁶. Dabei ist die Bedeutung des privaten Rechtsschutzes für eine effektive Durchsetzung des Kartellrechts seit langem anerkannt¹⁷. Wettbe-

¹⁴ Vgl. *Mailänder (1964)*; *Koch (1968)*; *Schmiedel (1974)*; *Linder (1980)*; *Braakmann (1997)*; *Jones (1999)*; vgl. weitere Nachweise zu älterer Literatur bei *Roth*, in: Frankfurter Kommentar, GWB 1999, § 33 Rn. 9 Fn. 1 a.E.

¹⁵ *Europäisches Parlament*, Entschließung in Beantwortung der vom Ministerrat der EWG zu dem Vorschlag einer ersten Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des EWG-Vertrags vom Parlament erbetenen Konsultation, ABl. EG v. 15.11.1961, 1409, Rn. 11; die Entschließung erging auf Basis des *Deringer-Reports*, vgl. *Deringer, Arved*, Bericht im Namen des Binnenmarktausschusses zu der Konsultation des Europäischen Parlaments durch den Rat der Europäischen Gemeinschaft betreffend eine erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des EWG-Vertrages, Dokument 104/1960–61), in: *Europäisches Parlament*, Sitzungsdokumente, Dokument 57 v. 7. September 1961, S. 30, Rn. 123.

¹⁶ *Schumacher*, WuW 1971, 165, 168; zitiert bei *Baur*, EuR 1988, 257, 258.

¹⁷ Für das deutsche GWB vgl. Begr. RegE, BT-Drucks. 2/1158 v. 22.1.1955, S. 44, abgedruckt in GK, 1. Aufl., S. 1057, 1064, 1102; vgl. auch *Hempel*, WuW 2004, 362, 363.

werb ist „keine staatliche Veranstaltung“, für die allein staatliche Aufsichtsbehörden Verantwortung tragen, sondern „ein auf der Freiheit der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer basierender Interaktionsprozess“ (*Roth*)¹⁸, dessen Gelingen maßgeblich davon abhängt, dass jedem einzelnen Teilnehmer die Möglichkeit offensteht, sich effektiv gegen eine wettbewerbsfeindliche Beschränkung dieser Freiheit zur Wehr zu setzen. Für den Bereich des europäischen Kartellrechts hat denn auch der Europäische Gerichtshof in seiner wegweisenden Entscheidung in *BRT v. Sabam* klargestellt, dass die in den Art. 85 Abs. 1 und 86 EGV (nunmehr Art. 101, 102 AEUV) enthaltenen Verbote ihrer Natur nach geeignet seien, in den Beziehungen zwischen Einzelnen unmittelbare Wirkung zu erzeugen und sie unmittelbar in deren Person Rechte entstehen lassen, die die Gerichte der Mitgliedstaaten zu wahren haben¹⁹. Diesen Vorgaben entsprechend erkannten die Obergerichte einzelner Mitgliedstaaten zwar im Grundsatz an, dass ein Verstoß gegen die Kartellrechtsvorschriften des EG-Vertrags Schadensersatzansprüche auf Seiten des Geschädigten zu begründen vermag²⁰. Deren Bedeutung in der gerichtlichen Praxis blieb gleichwohl zunächst gering. Während in den Vereinigten Staaten der private Rechtsschutz 90 % der wettbewerbsrechtlichen Verfolgungstätigkeit ausmacht²¹, spielte er in Europa gegenüber der behördlichen Verfolgung lange eine weniger prominente Rolle, wenngleich etwa in Deutschland insbesondere *Unterlassungsklagen* – dies gilt nicht zuletzt für die Verhaltenskontrolle marktmächtiger Unternehmen²² – einen substantiellen Beitrag zur Kartellrechtsdurchsetzung leisten²³. Schadensersatz zusprechende Entscheidungen erwirkten die Opfer EG-kartellrechtswidriger Praktiken demgegenüber nur in wenigen Einzelfällen²⁴. Reichweite und Konturen der Haftung blieben lange weitgehend im Dunkeln²⁵. Erst mit den Vorarbeiten zur VO 1/2003 und insbe-

¹⁸ *Roth*, in: Frankfurter Kommentar, GWB 1999, § 33 Rn. 17.

¹⁹ EuGH, Urteil v. 30.1.1974, Rs. C-127/73 („*BRT/SABAM*“), Slg. 1974, 51, 62, Rn. 15 f.

²⁰ Vgl. BGH v. 23.10.1979 – BMW-Importe, WuW/E BGH 1643, 1645; Cour de Cassation v. 1.3.1982, JCP CI 1982, I, 10648; House of Lords, *Garden Cottage Foods v. Milk Marketing Bord* [1983] 2 All ER 770.

²¹ Vgl. *Department of Trade and Industry*, White Paper on Competition Policy, Ziff. 8.1.

²² Vgl. für einen differenzierten Überblick die Nachweise bei *Bornkamm*, in: Langen/Bunte, GWB, § 33 Rn. 4.

²³ Vgl. ausführlich unten die Übersicht bei § 4 B III 3 c aa).

²⁴ Vgl. etwa *Eco System/Peugeot*, Tribunal de Commerce de Paris vom 22. Oktober 1996, wiedergegeben in *Revue de la concurrence et de la consommation* 115 (2000), S. 25; *Mors/Labinal CA Paris*, v. 30 September 1998, *Revue de la concurrence et de la consommation* 115 (2000), S. 27.

²⁵ Dies galt insbesondere für das Vereinigte Königreich, vgl. etwa *Davidson*, ICLQ 1985, 178, 183 ff.; *Hoskins*, ECLR 1992, 157, 260 ff.; *Whish*, EBLR 1994, 3, 6 f. Grund-

sondere der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in Sachen *Courage v. Crehan* rückten kartellrechtliche Schadensersatzklagen in den Blickpunkt einer breiteren Öffentlichkeit. Die mit dem *Enterprise Act 2002* und vor allem der 7. GWB-Novelle verwirklichten Reformen zeugen hier von ebenso wie die mit *Ashurst-Studie*, Grünbuch und Weißbuch breit angelegte Kommissions-Initiative.

A. Hintergrund der Untersuchung

Es stellt sich die Frage, womit sich eine Untersuchung zum Schadensersatzanspruch wegen Verletzung europäischen Kartellrechts zum jetzigen Zeitpunkt rechtfertigt. Hierfür lassen sich mehrere Gründe anführen:

1. Zum einen die beiden genannten Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs in den Rechtssachen *Courage v. Crehan*²⁶ aus dem Jahr 2001 und *Manfredi*²⁷ aus dem Jahr 2006, die grundlegende Fragen über das Verhältnis von mitgliedstaatlicher Rechtsordnung einerseits und Unionsrecht andererseits bei der Ausgestaltung des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs aufwerfen. In *Courage* hat erstmals der Gerichtshof selbst klargestellt, dass die Verfügbarkeit von Schadensersatzansprüchen bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht von Europarechts wegen geboten sei²⁸. Das *Courage*-Urteil hat die Diskussion um die Ausgestaltung der Haftung nachhaltig belebt und in der Wissenschaft und Praxis – Rechtsprechung, Anwaltschaft und Gesetzgebung gleichermaßen – hohe Aufmerksamkeit erfahren. Die nachfolgende Entscheidung in *Manfredi* hat maßgeblich zum Verständnis der nach *Courage* diskutierten Fragen beigetragen.

Die durch die Urteile aufgeworfene grundlegende Frage, inwieweit das europäische Primärrecht die Konturen der Haftung wegen Verletzung EU-Kartellrechts determiniert, bliebe im Übrigen auch im Falle des Erlasses eines unionsrechtlichen *Sekundärrechtsaktes* aktuell, soweit dieser – wie absehbar²⁹ – allenfalls punktuelle Vorgaben für die Ausgestaltung der Haftung enthielte.

2. Zum zweiten die Veränderung der *gesetzlichen* Rahmenbedingungen. Die Stärkung des privaten Rechtsschutzes war und ist eines der zentralen Anliegen der seit Jahren angestrebten Modernisierung und Dezentralisie-

lage und Konturen der Haftung waren freilich immer wieder Gegenstand wissenschaftlicher Beiträge, vgl. etwa *Baur*, EuR 1988, 258 ff.

²⁶ EuGH, Urteil v. 20.9.2001, Rs. 453/99 („*Courage*“), Slg. 2001, I-6297.

²⁷ EuGH, Urteil v. 13.7.2006, verb. Rs. C-295/04 bis 298/04 („*Manfredi*“), Slg. 2006, I-6619.

²⁸ EuGH, Urteil v. 20.9.2001, Rs. 453/99 („*Courage*“), a.a.O., Rn. 26.

²⁹ Vgl. unten 3. Teil B I.

zung der europäischen Kartellrechtsanwendung³⁰ – nicht zuletzt angesichts knapper öffentlicher Ressourcen bei der behördlichen Wettbewerbsaufsicht. Nach intensiver Debatte ist zum 1. Mai 2004 die „Verordnung Nr. 1/2003 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 EG niedergelegten Wettbewerbsregeln“ in Kraft getreten, die einen „Kulturwechsel“³¹ in der Durchsetzung der Kartellrechtsnormen des EG-Vertrags eingeläutet hat. Ein Kernanliegen der Reform ist die Dezentralisierung der Anwendung des EG-Kartellrechts³², u.a. durch eine Aufwertung der Rolle der mitgliedstaatlichen Gerichte³³. Zwar enthält auch die neue Kartellverfahrensverordnung keine ausdrücklichen Regelungen zum Schadensersatz. Mit dem Übergang vom System der Einzelfreistellungen hin zu einem System der Legalausnahme soll jedoch auch die Rolle des zivilgerichtlichen Rechtsschutzes durch die zu erwartende Verfahrensbeschleunigung insgesamt gestärkt werden³⁴. In diesem Sinne sind mit dem Enterprise Act (2002) sowie insbesondere der 7. GWB-Novelle (2005) bereits wichtige Reformen der gesetzlichen Rahmenbedingungen auf mitgliedstaatlicher Ebene beschlossen worden. Die 7. GWB-Novelle zielte ausweislich der Regierungsbegründung ausdrücklich auf eine Stärkung des kartellrechtlichen Unterlassungs- und Schadensersatzanspruchs³⁵. Die modifizierten Regelungen des § 33 Abs. 1 bis 5 GWB werfen zahlreiche Auslegungsfragen auf, die sich unmittelbar auf die Voraussetzungen der Haftung und die jeweiligen Nachweisanforderungen auswirken.

³⁰ Vgl. *Monti*, The application of Community competition law by the national courts in a directly applicable exception system, ERA-Forum 2001, S. 3.

³¹ *Klocker*, WuW 2002, 1151.

³² VO 1/2003, Erwägungsgrund Nr. 3.

³³ Ausweislich Ziffer 7 der Verordnung VO 1/2003 erfüllen die einzelstaatlichen Gerichte bei der Anwendung der gemeinsamen Wettbewerbsregeln eine „wesentliche Aufgabe“. In Rechtsstreitigkeiten zwischen Privatpersonen schützen sie die sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebenden subjektiven Rechte, „indem sie unter anderem Schadensersatz zuerkennen“. Sie ergänzen in dieser Hinsicht die Aufgaben der Wettbewerbsbehörden. Ihnen soll daher gestattet werden, die Art. 81 und 82 EG in vollem Umfang anzuwenden.

³⁴ Da die Unternehmen selbst darüber befinden müssen, ob eine Vereinbarung unter die Legalausnahme Art. 101 Abs. 3 AEUV fällt, birgt der Systemwechsel zusätzliches Konfliktpotential und mag so mit dazu beitragen, dass die Zahl der privaten Schadensersatzklagen steigt. Zudem hat, wie sich aus Art. 3 Abs. 2 der Verordnung VO 1/2003 ergibt, der Anwendungsbereich des Europäischen Kartellrechts insgesamt eine Aufwertung erfahren; insoweit werden auch Schadensersatzklagen nicht mehr auf die Verletzung nationalen, sondern verstärkt auf die Verletzung europäischen Rechts gestützt werden, vgl. auch Erwägungsgrund 7 VO 1/2003. Der *Commission Staff* erwartet, dass mit dem Wegfall des Freistellungsmonopols private Schadensersatzklagen stimuliert werden, vgl. *Woods/Sinclair/Ashton*, EC-Competition Policy-Newsletter 2/2004, S. 31.

³⁵ Regierungsbegründung, BT-Drucks. 15/3640, S. 35.

3. Schließlich hat die Europäische Kommission mit dem Weißbuch aus dem April 2008 und der Ausarbeitung des Entwurfs eines Richtlinienvorschlags³⁶ ihrerseits weitreichende gesetzliche Maßnahmen auf Unionsebene in Aussicht gestellt³⁷, die auf eine weitere Forcierung kartellrechtlicher Schadensersatzklagen zielen.

B. Problemaufriss

Der Einstieg in die Themenstellung lässt sich anschaulich anhand zweier Aussagen aus der *Courage*-Entscheidung aufzeigen. Da ist zum einen das sich auf den *effet utile* stützende Postulat, nach dem die „volle Wirksamkeit des Art. 81 EG beeinträchtigt wäre, wenn nicht jedermann den Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung entstanden ist“³⁸. Hier wird vorgegeben, dass bei Verletzung von EU-Kartellrecht die Möglichkeit, Schadensersatz geltend zu machen, *von Europarechts wegen* gegeben sein muss. Da ist zum anderen die Feststellung, „dass es mangels einer einschlägigen Gemeinschaftsregelung Sache des *innerstaatlichen* Rechts der einzelnen Mitgliedstaaten ist, die Verfahrensmodalitäten für Klagen zu regeln, die den Schutz der dem Bürger aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, sofern diese Modalitäten nicht weniger günstig ausgestaltet sind, als die entsprechender innerstaatlicher Klagen und die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren“³⁹.

Hieraus ergeben sich bereits zwei Fragen, die den Gang der Untersuchung vorzeichnen:

1. Wie sieht die Ausgestaltung der „*Verfahrensmodalitäten*“⁴⁰ unter Berücksichtigung der mit den Novellen in Kraft getretenen Neuerungen einschließlich der hierzu ergangenen jüngeren Rechtsprechung im Einzelnen aus? Die Untersuchung wird sich dabei auf die Haftungsvoraussetzungen und -folgen in den drei großen Rechtsordnungen der EU Deutschland,

³⁶ Überarbeiteter Entwurf eines Richtlinienvorschlags der Generaldirektion Wettbewerb v. Juni 2009.

³⁷ Vgl. zuletzt *Almunia*, Rede 10/554, v. 15.10.2010.

³⁸ EuGH, Urteil v. 20.9.2001, Rs. 453/99 („*Courage*“), Slg. 2001, I-6297, Rn. 26.

³⁹ EuGH, Urteil v. 20.9.2001, Rs. 453/99 („*Courage*“), Slg. 2001, I-6297, Rn. 29.

⁴⁰ Der Begriff der Verfahrensmodalitäten in der Rechtsprechung des EuGH ist nicht auf im technischen Sinne prozedurale Regelungen beschränkt, vgl. i.E. unten § 2.

England⁴¹ und Frankreich und sachlich auf typische Problemfelder der kartellrechtlichen Schadensersatzklage beschränken⁴².

Als Quelle konnte dabei für Deutschland auf die Falldatenbank der Prozessabteilung des Bundeskartellamts zurückgegriffen werden, die angesichts der Benachrichtigungspflicht nach § 90 GWB einen guten Überblick über die aktuelle Entwicklung der Rechtsprechung bietet. Für die Entwicklung der Rechtsprechung in England und Frankreich stammen wertvolle Hinweise aus dem Netzwerk der europäischen Kartellbehörden (ECN).

2. Ist diese Ausgestaltung mit den Vorgaben des Unionsrechts, so wie sie in der *Courage*- und der nachfolgenden *Manfredi*-Entscheidung zum Ausdruck kommen, vereinbar? Dabei wird sich die Untersuchung auch mit dem Ansatz des *Commission Staff* auseinanderzusetzen haben, der die „*traditional tort rules*“ der Mitgliedstaaten im wesentlichen als „*obstacles*“ der privaten Kartellrechtsdurchsetzung wahrnimmt⁴³.

3. Nimmt man schließlich hinzu, dass zur Verfolgung des Ziels, ein „*level playing field*“ zu schaffen, gerade dem Kartellrecht eine besondere Bedeutung zukommt und es insoweit nicht nur einheitlicher Verbotsstatbestände bedarf, sondern auch, wenn nicht einheitlicher, so doch im wesentlichen *gleichwertiger* (im Sinne von *vergleichbar effektiver*) Durchsetzungsstandards⁴⁴, drängt sich eine dritte Frage auf: Sind die nationalen Systeme in der Lage, effektiven und in der Gesamtbetrachtung kohärenten privaten Rechtsschutz zu gewährleisten oder sind die (verbleibenden) Unterschiede derart gravierend, dass es einer partiellen oder umfassenden Regelung durch den europäischen Gesetzgeber bedarf? In diesem Zusammenhang wird auch auf die verschiedenen Vorschläge im Rahmen der Kommissionsinitiative einzugehen sein.

C. Begrenzung des Untersuchungsgegenstands

Die Untersuchung konzentriert sich auf den Schadensersatzanspruch aus Kartelldeliktsrecht. Vertragliche bzw. quasi-vertragliche Ansprüche wegen Kartellrechtsverletzungen bleiben ebenso ausgeklammert wie Ansprüche auf Unterlassen, Beseitigung sowie Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung. *Punktuell* wird gleichwohl auch hierauf einzugehen sein, so-

⁴¹ „England“ steht im Weiteren stellvertretend für das in England und Wales geltende Recht.

⁴² Dies bedeutet aber nicht, dass nicht auch andere europäische Rechtsordnungen und auch das amerikanische Recht zum Zuge kommen sollen, soweit sie für die jeweilige Problematik interessante Lösungsansätze bieten.

⁴³ Commission Staff Working Paper/Weißbuch, Rn. 5 und 7.

⁴⁴ Die Wettbewerbsbedingungen wären verzerrt, wenn in der einen Rechtsordnung einer großen Zahl von Anspruchstellern mit großer Wahrscheinlichkeit, in der anderen de facto überhaupt nicht gehaftet würde.

weit sich daraus systematische Erwägungen für die Auslegung der schadensersatzrechtlichen Bestimmungen ergeben. Die Untersuchung beschränkt sich zudem auf Schadensersatz wegen Verletzung *europäischen* Kartellrechts; Besonderheiten im Bereich des materiellen mitgliedstaatlichen Kartellrechts bleiben außer Betracht.

D. Gang der Darstellung

Gegenstand des 1. Teils sind die *Grundlagen* des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs. Nach einem kurzen historischen Überblick über die Entwicklung des Kartelldeliktsrechts (§ 1) widmet sich die Untersuchung in § 2 der wegweisenden Ausgangsfrage nach der *Rechtsgrundlage* der Haftung wegen Verletzung europäischen Kartellrechts *de lege lata*. Im Zentrum steht dabei das Verhältnis zwischen nationaler Haftungsnorm und den Vorgaben des europäischen Primärrechts. Auf dieser Grundlage werden in § 3 die Grundzüge der Haftung in den drei zu untersuchenden mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen im Überblick skizziert. § 4 widmet sich der für die weitere Auslegung zentralen Frage der *funktionalen Ausrichtung* des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs.

Im 2. Teil werden sodann die Haftungsvoraussetzungen einschließlich der jeweiligen Nachweisanforderungen im Einzelnen untersucht und sodann ihre Vereinbarkeit mit den Vorgaben des europäischen Primärrechts an den in der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte entwickelten Maßstäben überprüft. Im Interesse der besseren Vergleichbarkeit folgt die Darstellung dabei der Reihenfolge der einzelnen Haftungsvoraussetzungen jeweils aufgefächert nach den drei zu untersuchenden Rechtsordnungen. Angesichts der zwischen den Rechtsordnungen vorhandenen strukturellen Unterschiede erschien es dabei mitunter angezeigt, einzelne Prüfungspunkte in „neutralen“ Kategorien zusammenzufassen⁴⁵. Am Ende jedes Paragraphen stehen jeweils eine vergleichende Bewertung und ein Ausblick auf möglichen Reformbedarf auf mitgliedstaatlicher bzw. Unionsebene.

Der 3. Teil unterzieht den Stand des Kartelldeliktsrechts in Europa einer zusammenfassenden Gesamtbetrachtung. Vor diesem Hintergrund werden auch die im Rahmen der Kommissionsinitiative unterbreiteten Reformvorschläge erörtert. Die Bearbeitung schließt mit einem Ausblick auf die Perspektiven des Kartelldeliktsrechts in Europa.

⁴⁵ In diesem Sinne werden etwa unter dem Stichwort „Ersatzberechtigung“ sowohl im Normtatbestand ausdrücklich genannte Begrenzungen als auch Fragen des erforderlichen allgemeinen Kausal- und Zurechnungszusammenhangs erörtert.

1. Teil

Grundlagen

§ 1 Eine kurze, rechtshistorische *tour d'horizon*

A. Wurzeln kartellrechtlicher Haftungstatbestände

Sucht man nach historischen Beispielen von Normen, die für die Betroffenen wettbewerbsbeschränkender Handlungen die Gewährung von Schadensersatz vorsehen, fällt zunächst das US-amerikanische Recht in den Blick: Section 7 des im Juli 1890 angenommenen Sherman Antitrust Act bestimmte für den Fall eines Verstoßes gegen die in Section 1 und 2 Sherman Act normierten Verbote¹:

„Any person who shall be injured in his business or property by any other person or corporation by reason of anything forbidden or declared to be unlawful by this act may sue therefore in any circuit court of the United States in the district in which the defendant resides or is found, without respect to the amount in controversy and shall recover three fold the damages by him sustained and the cost of suit, including a reasonable attorney’s fee.“²

Angesichts der Wirkungsmacht, die diese Norm nicht zuletzt wegen der Verdreifachung des Haftungsbetrages in den Vereinigten Staaten bis in die Gegenwart entfaltet, erscheint in der heutigen Wahrnehmung der Schadensersatzanspruch bei Kartellrechtsverstößen als originär amerikanisches Phänomen. Doch konnte bereits der Gesetzgeber des *Sherman Act* an ein historisches Leitbild anknüpfen. Vor dem Hintergrund der wegweisenden Entscheidung im sog. „*Case of Monopolies*“ (*Darcy v. Allein*)³, einem Rechtsstreit um die Wirksamkeit eines von Königin *Elisabeth I.* gewährten Monopols für die Herstellung und den Vertrieb von Spielkarten, hatte das englische Parlament im Jahre 1624 das *Statute of Monopolies*⁴ verabschiedet. Durch das Statute wurden Monopole, die über Jahrhunderte von der

¹ *Trusts etc. in restraint of trade* bzw. *attempt to monopolize*.

² Act of July 2, 1890, s. 7, 26 Stat. 210, Chapter 647; abgelöst durch den Clayton Act, s. 4, 38 Stat. 731 (1914) (jetzt 15 U.S.C. s. 15), s. 7 Sherman Act schließlich aufgehoben durch 69 Stat. (1955).

³ *Darcy v. Allein* 11 Coke 84, 77 Eng. Reports 1260 (K.B. 1603), in Auszügen abgedruckt in *Fox/Sullivan*, S. 12 f.: Das Gericht erachtete das Monopol als „against the common law“ und erklärte die Gewährung für nichtig.

⁴ *Statute of Monopolies*, „An act concerning monopolies and dispensations with penal laws and forfeitures thereof“, 21 Ja. I, c 3 (1623) (Eng.).

Krone vergeben worden waren, für rechtswidrig erklärt⁵. Zur Durchsetzung des Verbots sah das Statute in Section 4 ein Klagerecht (*civil remedy*) vor:

„And if any person or persons at any time after the end of forty days next after the end of this present session of parliament *shall be hindered, grieved, disturbed, or disquieted*, or his or their goods or chattels any way seized, attached, distrained, taken, carried away, or detained *by occasion or pretext of any monopoly*, or of any such commission, grant, license, power, liberty, faculty, letters patents, proclamation, inhibition, restraint, warrant of assistance, or other matter or thing tending as aforesaid, and will sue to be relieved in or for any of the premises, that then and in every such case the same person and persons shall and may have his and their remedy for the same at the common law by any action or actions to be grounded upon this statute; the same action and actions to be heard and determined in the courts of king's bench, common pleas, and exchequer, or in any of them, against him or them by whom he or they shall be so hindered, grieved, disturbed, or disquieted, or against him or them by whom his or their goods or chattels shall be so seized, attached, distrained, taken, carried away, or detained; wherein all and every such person and persons which shall be so hindered, grieved, disturbed, or disquieted, or whose goods or chattels shall be so seized, attached, distrained, taken, or carried away, or detained, *shall recover three times so much as the damages which he or they sustained* by means or occasion of being so hindered, grieved, disturbed, or disquieted, or by means of having his or their goods or chattels seized, attached, distrained, taken, carried away, or detained, *and double costs* [...]“.

Das *Statute* und ihm vorgehend die Entscheidung in *Darcy v. Allein* sind Ausdruck einer sich in England während des 16. Jahrhunderts vollziehenden Abwendung von einer im wesentlichen durch königliche Privilegien dominierten Wirtschaftsordnung, deren gesamtwirtschaftliche Nachteiligkeit immer deutlicher zum Ausdruck gekommen war⁶. Aus der Verdreifachung des Schadensersatzes mag sich die Zielsetzung des Parlaments ablesen lassen, bei der Durchsetzung des Verbots von Monopolen nicht ausschließlich auf den königlichen Beamtenapparat zu vertrauen, sondern verstärkt auf die durch die Monopolgewährung in ihrer wirtschaftlichen Entfaltung beeinträchtigten Bürger zu setzen⁷. Diese Zielsetzung wird verständlich vor dem Hintergrund, dass die Inhaber der vormaligen Sonderrechte vornehmlich im Umfeld der Krone zu suchen waren und daher die Aussicht auf eine effektive *hoheitliche* Durchsetzung des Verbots gering erscheinen musste⁸. Bildet Section 4 des *Statute of Monopolies* die wohl erste spezifisch kartelldeliktsrechtliche und gezielt wirtschaftspolitisch motivierte *Gesetzesbestimmung*, so lässt sich in der Rechtsprechung die Zuerkennung eines entsprechenden Schadensersatzrechts noch ein wenig weiter zurückverfolgen. *Letwin* dokumentiert in seiner Untersuchung zum

⁵ Das Statute beinhaltete freilich weitreichende Ausnahmen.

⁶ *Fox/Sullivan*, S. 11.

⁷ *Baker*, *Loyola Consumer Law Review* 2004, 379, 382.

⁸ *Baker*, *Loyola Consumer Law Review* 2004, 379, 382.

„*English Common Law concerning Monopolies*“⁹ einen Fall aus dem 14. Jahrhundert, in dem es um die missbräuchliche Ausbeutung einer königlichen Exklusivlizenz für den Vertrieb von süßem Wein in London ging. Der Inhaber, *John Pecche*, ein ehemaliger Bürgermeister Londons, hatte die Lizenz 1373 während der de-facto-Regentschaft *John of Gaunts*¹⁰ mit der Maßgabe erhalten, 10 Schilling pro verkauftem *pipe* an den König abzuführen und im Übrigen einen „reasonable price“ zu setzen. *Pecche* wurde 1376 vom Parlament angeklagt „*for having fraudulently obtained and excessively exploited his patent (the flagrant use he had made of his privilege), to the great damage and oppression of the people*“¹¹ und sodann verurteilt „*to be imprisoned, to make fine and ransom to the king, and also to give satisfaction to the parties complaining of his extortionate prices*“¹². Mögen die Hintergründe des Verfahrens auch eher innenpolitischen Kalküls denn wirtschaftspolitischer Überzeugung gewesen sein¹³: In der Sache dürfte es sich um den wohl ersten Fall von Schadensersatz wegen des ausbeuterischen Missbrauchs einer Monopolstellung handeln.

B. Vom Sherman Act zum Clayton Act

Die Sorge um eine unzureichende hoheitliche Verfolgung – dem *Department of Justice* standen für die Durchsetzung des Sherman Act bis 1903 keine Haushaltsmittel zur Verfügung¹⁴ – hat denn schließlich auch bei der Aufnahme des Dreifachschadensersatzes in den Sherman Act eine wesentliche Rolle gespielt¹⁵. Sah der ursprüngliche, von Senator *Sherman* eingebrachte Vorschlag noch eine Verdopplung vor und wurde zwischenzeitlich von *Sherman* selbst (lediglich) „full compensation“ im Sinne einfachen Schadensersatzes befürwortet, so orientierte sich die schließlich verabschiedete, von Senator *Hoar* entworfene Fassung der Section 7 an der Schadensersatzregelung des englischen Statute of Monopolies¹⁶. Section 7

⁹ *Letwin*, UChiLRev. 1954, 355, 356 f.

¹⁰ Einem jüngeren Sohn des bereits altersschwachen *Edward III*.

¹¹ *Rotuli Parliamentorum*, 50 *Edward III*, No. 33 (1376); zitiert in *Letwin*, UChiLRev. 1954, 355, 358.

¹² *Rotuli Parliamentorum*, 50 *Edward III*, No. 33 (1376); zitiert in *Letwin*, UChiLRev. 1954, 355, 358.

¹³ Dazu ausführlich *Letwin*, UChiLRev. 1954, 355, 358: *Pecche* wurde als Günstling des in Ungnade gefallenen Duke of Lancaster verfolgt.

¹⁴ *Jones*, S. 79.

¹⁵ So *Elzinga/Breit*, S. 64; ebenso *Baker*, Loyola Consumer Law Review 2004, 379, 382.

¹⁶ Zur Genese der Section 7 ausführlich *Elzinga/Breit*, S. 64; ebenso *Letwin*, UChiLRev. 1956, 221, 254.

Sherman Act wurde ihrem Inhalt nach im Jahr 1914 in Section 4 (a) Clayton Act übernommen und ist seitdem unverändert geblieben¹⁷. Section 4 (a) Clayton Act (15 U.S.C. § 15) lautet:

„[...] any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefore in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee.“

Ausgangspunkt der Haftung ist ein Verstoß gegen die *antitrust laws*. Haftungsrechtlich relevant¹⁸ sind u.a. Section 1 Sherman Act (*restraint of trade* durch das wettbewerbsbeschränkende Zusammenwirken zweier oder mehrerer Personen), Section 2 Sherman Act (Verbot der Monopolisierung und des Versuchs derselben), Section 3 Clayton Act (Verbot bestimmter, den Wettbewerb nachhaltig beeinträchtigender Vertikalbestimmungen), Section 7 Clayton Act (Verbot des Erwerbs von Vermögen oder Anteilen, wenn eine nachhaltige Beeinträchtigung des Wettbewerbs oder Monopolbildung zu befürchten ist)¹⁹. Der Verstoß muss sich kausal in einer Beschädigung des Unternehmens bzw. des Vermögens („property“ im weitesten Sinne) niedergeschlagen haben. Eingeschränkt wird der Kreis der klagberechtigten *Personen* unter dem Kriterium des *standing to sue*²⁰. Auf der Rechtsfolgenseite ist der Ersatz des Dreifachen des erlittenen Schadens nebst einem „angemessenen“ Anwaltshonorar vorgesehen. Der Umfang des ersatzfähigen Schadens ist beschränkt auf die sog. *antitrust injury*, also den Schaden, der kausal auf dem Normverstoß beruht und vor dessen Eintritt das verletzte Antitrust-Gesetz zu schützen bestimmt war²¹. Einzelheiten zu Fragen von *standing to sue* und *antitrust injury* im amerikanischen Recht werden, soweit sie für die Konturierung eines Schadensersatzanspruchs wegen Verstoßes gegen *EU-Kartellrecht* von besonderem Interesse sind, bei den jeweiligen Tatbestandsmerkmalen erörtert. Für eine zusammenhängende Einzeldarstellung der Haftungsvoraussetzungen des amerikanischen Kartelldeliktsrechts sei auf die Monographien von *Jones, Hempel* und *Bulst* verwiesen²². Die herausgehobene Bedeutung, die in den Vereinigten Staaten der privaten Rechtsdurchsetzung im Allgemeinen und im Besonderen der privaten Durchsetzung des Kartellrechts zukommt, lässt

¹⁷ *Hempel*, S. 184.

¹⁸ Der Anwendungsbereich der Haftungsnorm hat sich im Lauf der Zeit deutlich verbreitert.

¹⁹ *Jones*, S. 8 ff.; *Hempel*, S. 186.

²⁰ Dazu im Einzelnen, vgl. unten § 4.

²¹ Grundlegend der Supreme Court in *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.* 429 U.S. 477, 489, 97 S.Ct. 690, 50 L.Ed. 2d 701 (1977).

²² *Jones*, S. 159 ff., 199 ff.; *Hempel*, S. 186–202; *Bulst*, S. 51–59.

sich in der historischen Betrachtung vor allem mit dem mangelnden Vertrauen in eine effektive hoheitliche Durchsetzung erklären²³.

C. Entwicklung in Deutschland

In Deutschland stand mit § 823 Abs. 2 BGB zwar die haftungsrechtliche Grundnorm seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs bereit. Der Deliktsschutz von Opfern wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen konnte sich naturgemäß aber erst mit dem Erlass der einschlägigen Verbotsnormen entwickeln. Unter der Kartellverordnung von 1923 hatte in der Rechtsprechung lediglich § 9 Abs. 1 KartVO Anerkennung gefunden²⁴, der eine Präventivzensur der Kartellbehörden für die Verwertung von Sicherheiten durch Kartelle und für Sperren gegen Kartellaußenseiter vorsah²⁵. Mit Erlass der Dekartellierungsgesetze erhöhte sich die Anzahl der als mögliche Schutzgesetze in Betracht kommenden Vorschriften erheblich. Dass die verletzte Norm gerade auch dem Schutz des Schadensersatz begehrenden Anspruchstellers zu dienen bestimmt war, war in jedem Einzelfall zu überprüfen²⁶. Ausdrücklich anerkannt wurde die Schutzgesetzeigenschaft in der Rechtsprechung für das Boykottverbot²⁷, das Diskriminierungsverbot²⁸ und das Verbot von Ausschließlichkeitsbindungen²⁹. Eine höchstrichterliche Klärung der Frage, ob auch ein Verstoß gegen das Kartellverbot selbst Dritte zum Ersatz des daraus resultierenden Schadens berechtigen könnte, erfolgte nicht³⁰. Mit der Verankerung einer speziell auf Kartellrechtsverstöße ausgelegten Haftungsnorm in § 35 GWB a.F. knüpfte der GWB-Gesetzgeber an die Haftungsstruktur des § 823 Abs. 2 BGB an. Das Schutzgesetzprinzip, nach dem schadensersatzberechtigt nur derjenige sein soll, dessen Schutz die verletzte Norm zu dienen bestimmt ist, wurde ausdrücklich für das GWB übernommen und auch auf die Schutzverfügungen der Kartellbehörde ausgedehnt. Die Entwicklung wurde fortan bestimmt von der Diskussion um die Frage, welche der Normen des GWB

²³ Vgl. *Carrington*, German Law Journal 2004, 1413 ff. Dazu ausführlich unten § 3.

²⁴ RG v. 27.6.1929, RGZ 125, 166, (170).

²⁵ *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 1. Aufl., § 35 Rn. 3, unter Verweis auf *Isay/Tschierschky*, KartellVO, § 9 Anm. 18.

²⁶ Grundlegend BGHZ 13, 33, 41; aus der zeitgenössischen Literatur, vgl. vor allem *Ballerstedt*, JZ 1956, 267, 270 f.; *Flume*, WuW 1956, 457, 465 ff.

²⁷ OLG Düsseldorf GRUR 50, 380, 381.

²⁸ BGHZ 29, 344, 349 f.; OLG Düsseldorf WuW/E OLG 230, 233 f.

²⁹ BGHZ 13, 33, 41.

³⁰ In diese Richtung LG Hildesheim WuW/E LG/AG 77 ff.; *Flume*, WuW 1956, 457, 468 f.; dagegen *Ballerstedt*, JZ 1956, 267, 270 f.; vgl. zum Ganzen den Überblick bei *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 1. Aufl., § 35 Rn. 5 m.w.N.

überhaupt als Schutzgesetz qualifiziert werden könne und wer in den Schutzbereich der jeweiligen Norm einzubeziehen sei. Bei einzelnen Normen wurde die Schutzgesetzeigenschaft bereits in der Gesetzesbegründung herausgestellt³¹ (§§ 1, 14, 25 und 26 in der Fassung der 5. GWB-Novelle), bei einigen wenigen war die Schutzgesetzeigenschaft bis zur Streichung des Schutzgesetzfordernisses in der 7. GWB-Novelle umstritten.

D. Frankreich und England

In Frankreich, wo sich das Kartellrecht wie in vielen anderen europäischen Staaten als Teildisziplin zum *Wirtschaftsverwaltungsrecht* gebildet hat³², spielen Schadensersatzprozesse zur Durchsetzung des Kartellrechts in der historischen Betrachtung keine nennenswerte Rolle³³. Haftungsgrundlage waren und sind die allgemeinen deliktsrechtlichen Regeln des Code civil (Art. 1382 f. CC). In England entwickelte sich die Haftung wegen Verstößen gegen modernes englisches und europäisches Kartellrecht (Competition Act 1998, EGV) in den Bahnen des allgemeinen *tort law* (*tort des breach of statutory duty*). Zu dieser Entwicklung und den Grundstrukturen der Haftung im englischen und französischen Recht, vgl. ausführlich unten § 3.

E. Kartelldeliktsrecht in der Europäischen Gemeinschaft

Auf europäischer Ebene blieb die Frage der zivilrechtlichen Haftungsfolgen bei Verstößen gegen Art. 85 und 86 EGV in den Gründungsjahren der Europäischen Gemeinschaft offen. Der *Deringer-Report* sprach sich dafür aus, die Frage der *remedies* bei der Verletzung von EG-Kartellrecht in der Verordnung Nr. 17 zu berücksichtigen; es sollte aber kein Vorschlag einer einheitlichen Regelung unterbreitet werden, bevor nicht eine Studie zu den einschlägigen Bestimmungen im Recht der Mitgliedstaaten vorliege³⁴. Im Ergebnis blieb der Schadensersatzanspruch von der Kartellverfahrensverordnung ausgeklammert. Die Verfügbarkeit privaten Rechtsschutzes wegen

³¹ Begr. RegE, BT-Drucks. 2/1158 v. 22.1.1955, S. 44.

³² Vgl. *Basedow*, ZWeR 2006, 294, 295.

³³ Vgl. *Winkler*, in: Ehlermann/Atanasiu, European Competition Law Annual 2001, S. 119, 127 f.

³⁴ *Deringer, Arved*, Bericht im Namen des Binnenmarktausschusses zu der Konsultation des Europäischen Parlaments durch den Rat der Europäischen Gemeinschaft betreffend eine erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des EWG-Vertrages (Dokument 104/1960–61), in: Europäisches Parlament, Sitzungsdokumente 1961–1962, Dokument 57 v. 7. September 1961, S. 30 Rn. 123.

Verletzung europäischen Kartellrechts blieb bis zu der wegweisenden Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in *BRT v. Sabam*³⁵ umstritten³⁶. In der Folge erkannten die Obergerichte einzelner Mitgliedstaaten die zivilrechtliche Haftung wegen Verletzung EG-Kartellrechts im Grundsatz an³⁷. Gleichwohl blieb die Bedeutung kartellrechtlicher Schadensersatzklagen wegen Verstößen gegen EG-Kartellrecht in der gerichtlichen Praxis zunächst gering³⁸.

Erst mit dem Beginn der Vorbereitungen einer umfassenden Kartellverfahrensreform gegen Ende der neunziger Jahre und dem Bestreben, die privaten Akteure stärker in die Durchsetzung des europäischen Kartellrechts einzubinden, hat die zivilrechtliche Haftung wegen der Verletzung EG-Kartellrechts wieder größere Aufmerksamkeit erfahren.

F. Fazit

Seit der Verurteilung des Londoner Kaufmanns wegen der Ausbeutung einer Lizenz zum Süßweinvertrieb hat das Recht der Schadensersatzhaftung bei Kartellrechtsvergehen bereits eine beachtliche Wegstrecke zurückgelegt. In den Vereinigten Staaten hat die private Kartellrechtsdurchsetzung zweifelsohne die größte Wirkungsmacht entfaltet. In Europa gehörten kartellrechtliche Schadensersatzklagen lange Zeit nicht in gleicher Weise zum zivilgerichtlichen Alltag. Ein Verständnis des Kartelldeliktsrechts als originär amerikanisches Phänomen ginge jedoch an den historischen Realitäten vorbei.

³⁵ EuGH, Urteil v. 30.01.1974, Rs. C-127/73 („*BRT/SABAM*“), Slg. 1974, 51, 62.

³⁶ Vgl. dazu oben Einführung, S. 4.

³⁷ Vgl. für die untersuchten Rechtsordnungen ausführlich unten § 3 A I, B I und C.

³⁸ In der rechtswissenschaftlichen Literatur sowie im Rahmen zweier Auftragsstudien der Kommission ist die Frage der Haftung bei Verstößen gegen EG-Kartellrecht im Laufe der Zeit dagegen wiederholt aufgegriffen worden, vgl. *Koch* (1968); *Baur*, EuR 1988, 258; *Braakmann* (1997).

§ 2 Die „Rechtsnatur“ der Haftung

A. Problemstellung

Unter dem Stichwort der *Rechtsnatur* wird im Zusammenhang mit den Haftungsfolgen von Verstößen gegen Unionsrecht die Frage diskutiert, ob der durch einen solchen Verstoß ausgelöste Schadensersatzanspruch dem Unionsrecht oder dem – gegebenenfalls unionsrechtskonform anzupassen- den – Haftungsrecht der Mitgliedstaaten entstammt¹.

Dabei geht es nicht nur – jedenfalls nicht primär – um eine Festlegung, ob in den Entscheidungsgründen eines Schadensersatz zusprechenden Urteils eine Norm des nationalen Rechts oder ein ungeschriebenes Institut des Unionsrechts zur Begründung der Haftung zu zitieren ist. Ginge es nur um das Etikett der Haftung, könnte der mehr an praktischen Ergebnissen interessierte und mit den Grundzügen der Diskussion um das Bestehen oder Nichtbestehen eines originär gemeinschaftsrechtlichen *Staatshaftungsanspruchs* vertraute Leser² das nun folgende Kapitel getrost überspringen³. Wie das nationale Gericht den Haftungsanspruch benennt und dogmatisch einordnet, ist aus der Perspektive des allein am unionsrechtskonformen Prüfungsergebnis orientierten Unionsrechts ohne Belang⁴. Wird die Forderung nach der Ersatzmöglichkeit durch Kartellrechtsverstöße entstandener Schäden im Kern mit dem *effet utile*, der praktischen Wirksamkeit der Art. 101 und 102 AEUV begründet⁵, lässt sich hieraus für die mitgliedstaatlichen Gerichte allein eine „*obligation de résultat*“⁶ ableiten. Auf das

¹ Vgl. für den Bereich der Staatshaftung etwa *Cornils*, S. 89 ff., insbes. 91. Ähnlich die Begrifflichkeit der Debatte im Vereinigten Königreich, ob ein *new tort* anerkannt werden müsse, um der „*community nature of the claim*“ Rechnung zu tragen, vgl. etwa *Jones/Sufrin*, 2. Aufl., S. 1219.

² Vgl. *Herdegen*, § 11 Rn. 8, „eher akademische Frage“.

³ Zur parallel gelagerten Diskussion um die Rechtsnatur der Staatshaftung *Zuleeg*, VVDStRL 53 (1994), 154, 159: „Wichtig ist nur das Ergebnis.“

⁴ Vgl. bereits für die Staatshaftung, *Kischel*, EuR 40 (2005), 441, 455.

⁵ Vgl. EuGH, Urteil v. 20.9.2001, Rs. 453/99 („*Courage*“), Slg. 2001, I-6297, Rn. 26.

⁶ Vgl. *Komminos*, CMLRev. 2002, 447, 488, unter Verweis auf *Prechal*, „EC requirements for an effective remedy“, in: Lonbay und Biondi (Hrsg.), „Remedies for breach of EC competition law“ S. 4; die Redewendung von der „*obligation de résultat*“ bezieht

Label der „Anspruchsgrundlage“⁷ kommt es aus der Sicht des Unionsrechts nicht an⁸.

Unter dem Stichwort der *Rechtsnatur des Anspruchs* geht es jedoch keineswegs nur um Fragen, die das Etikett „rein akademisch“ verdienen. Bei der Abfassung eines Urteils wird sich der Zivilrichter nicht nur fragen, welche Norm oder welches Institut er am Anfang der Urteilsgründe zitieren soll. Er wird sich vor allem überlegen müssen, ob und inwieweit er die einzelnen Anspruchsvoraussetzungen der Haftungsnorm des nationalen Rechts entnehmen kann oder ob er nicht unmittelbar auf Vorgaben des Europarechts abstellen muss. Er wird wissen müssen, ob und inwieweit er für die Ausfüllung der einzelnen Prüfungspunkte auf ihm vertraute nationale Maßstäbe zurückgreifen kann (etwa für den Begriff der „Kausalität“) oder ob er gehalten ist, ein spezifisch europarechtliches und damit europaweit einheitliches Verständnis jedes einzelnen dieser Kriterien zugrunde zu legen.

B. Die Rechtsnatur der *Staatshaftung* wegen Verletzung von Unionsrecht

Die Fragestellung findet – das ist nicht zu übersehen – eine Parallele in der Auseinandersetzung um die Rechtsnatur der Staatshaftung im europäischen Kontext⁹, wenn auch – und dies sei bereits an dieser Stelle angemerkt – *Courage*¹⁰ gegenüber den klassischen Staatshaftungsurteilen deutliche Abweichungen aufweist. Wie *Courage* stützt auch die *Francovich-Recht-*

sich ursprünglich auf die Verpflichtung der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung einer Richtlinie.

⁷ Bereits die Frage nach der „Anspruchsgrundlage“ deutet auf die BGB-rechtlich geprägte Perspektive des Fragestellers hin (vgl. § 194 BGB). Doch auch im englischen Recht, das traditionell weniger nach „Anspruchsgrundlagen“ denn mehr nach „rights“ und „remedies“ fragt (zur Terminologie vgl. unten), wird die Debatte unter dem Stichwort „basis of the claim“ geführt, vgl. zum Kartellschadensersatz. Vgl. *Jones/Sufrin*, S. 1338; zurückgehend auf *Whish*, ECLR 1994, 60, 64 f.

⁸ Dementsprechend halten denn auch im Rahmen der Diskussion um die Verortung der Staatshaftung selbst eindeutige Befürworter einer gemeinschaftsrechtlichen Lösung den Rückgriff auf eine nationalrechtliche Anspruchsgrundlage nicht für rechtswidrig (vgl. *Cornils*, S. 130; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, S. 524 ff; *Kischel*, EuR 40 (2005), 441, 455). Und in „*Palmisani*“ hat auch der EuGH in der Tatsache, dass der italienische Staat die Haftungsfolgen einer verspäteten Richtlinienumsetzung in einem nationalen Rechtsakt gleich ausdrücklich mitgeregelt hatte, *als solche* keine Probleme gesehen (vgl. EuGH, Urteil v. 10.7.1997, Rs. C-261/95 („*Palmisani*“), Slg. 1997, I-4025, Rn. 8, 23 ff.).

⁹ Der Versuch einer „neutralen“ Umschreibung geht zurück auf *Maurer*, „Staatshaftung im europäischen Kontext“, in: FS Boujong 1996, S. 591 ff.

¹⁰ EuGH, Urteil v. 20.9.2001, Rs. 453/99 („*Courage*“), Slg. 2001, I-6297, Rn. 26.

sprechung die Haftung der Mitgliedstaaten wegen der Verletzung von Gemeinschaftsrecht im Ausgangspunkt auf den *effet utile* des Gemeinschaftsrechts. Nach der Kernaussage des *Francovich*-Urteils wäre „die volle Wirksamkeit der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen beeinträchtigt und der Schutz der durch sie begründeten Rechte gemindert, wenn der Einzelne nicht die Möglichkeit hätte, für den Fall eine Entschädigung zu verlangen, dass seine Rechte durch einen Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht verletzt werden, die einem Mitgliedstaat zuzurechnen sind“¹¹. In *Francovich* heißt es weiter, der Grundsatz einer Haftung des Staates für Schäden, die auf einer derartigen Haftung beruhen, folge „aus dem Wesen der mit dem EWG-Vertrag geschaffenen Rechtsordnung“¹². Es sei ein „Grundsatz des Gemeinschaftsrechts“, dass die Mitgliedstaaten zum Ersatz der Schäden verpflichtet seien, die dem Einzelnen durch Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, die dem Staat zuzurechnen sind¹³. Ein solcher Schadensersatzanspruch sei anzuerkennen, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind: erstens, dass die *Rechtsnorm*, gegen die verstoßen worden ist, *bezwecke, dem Einzelnen Rechte zu verleihen*, zweitens, dass der *Verstoß hinreichend qualifiziert* sei und drittens, dass zwischen dem Verstoß gegen die dem Staat obliegende Verpflichtung und dem den geschädigten Personen entstandenen Schaden *ein unmittelbarer Kausalzusammenhang* bestehe¹⁴.

In diesen Ausführungen ist – idealtypisierend vereinfacht¹⁵ – von großen Teilen der Literatur und auch in der nationalen Rechtsprechung die Begründung einer *originär europarechtlichen Anspruchsgrundlage* gesehen worden¹⁶. Diese Position kann sich insbesondere auf den weiteren Wortlaut der *Francovich*-Entscheidung stützen, „wonach die oben genannten Voraussetzungen ausreichen, um dem Einzelnen einen Anspruch auf Entschädigung zu geben, der unmittelbar im Gemeinschaftsrecht begründet ist“ („ainsi imposé par le droit communautaire“)¹⁷. Die Gegenansicht zieht

¹¹ EuGH, Urteil v. 19.11.1991, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90 („*Francovich*“), Slg. 1991, I-5357, Rn. 33. Zu den Begründungselementen im Einzelnen, vgl. *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 288 Rn. 36 ff.

¹² EuGH, Urteil v. 19.11.1991, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90 („*Francovich*“), Slg. 1991, I-5357, Rn. 35.

¹³ EuGH, Urteil v. 19.11.1991, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90 („*Francovich*“), Slg. 1991, I-5357, Rn. 37.

¹⁴ Vgl. etwa EuGH, Urteil v. 23.5.1996, Rs. C-5/94 („*Hedley Lomas*“), Slg. 1996, I-2553, Rn. 25 f.

¹⁵ Überblick bei *Kischel*, EuR 40 (2005), 441 ff.

¹⁶ LG Bonn EuZW 1999, S. 732; vgl. auch BGH 134, 30, (33, 36); *Cornils*, S. 132; *Ossenbühl*, S. 526 f; *Geiger*, Art. 10 EGV, Rn. 46, vgl. aber Rn. 51.

¹⁷ EuGH, Urteil v. 19.11.1991, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90 („*Francovich*“), Slg. 1991, I-5357, Rn. 41.

demgegenüber für die Begründung der Haftung die nationale Anspruchsgrundlage heran (Amtshaftung oder enteignungsgleicher Eingriff) und passt diese – soweit erforderlich – den europarechtlichen Mindestvorgaben an¹⁸. Auch diese Position findet im Wortlaut der Staatshaftungs-Rechtsprechung einen Ansatzpunkt, wenn es im Weiteren heißt:

„Hiervon abgesehen hat der Staat die Folgen des verursachten Schadens im Rahmen des nationalen Haftungsrechts zu beheben. Mangels einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung ist es nämlich Sache der nationalen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten, die zuständigen Gerichte zu bestimmen und das Verfahren für die Klage auszugestalten, die den vollen Schutz der dem einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenen Rechte gewährleisten sollen [...]. Auch dürfen die im Schadensersatzrecht der einzelnen Mitgliedstaaten festgelegten materiellen und formellen Voraussetzungen nicht ungünstiger sein als bei ähnlichen Klagen, die nur nationales Recht betreffen, und sie dürfen nicht so ausgestaltet sein, dass sie es praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren, die Entschädigung zu erlangen.“¹⁹

Im Spektrum dieser beiden Grundpositionen finden sich teils terminologische teils systematische Akzentverschiebungen in die eine oder andere Richtung²⁰. Nach *Detterbeck* ist die Anspruchsgrundlage zwar gemeinschaftsrechtlicher Natur, für die Prüfungsfolge aber auf den Haftungsrahmen der § 839 BGB, Art. 34 GG abzustellen, so dass von einer *gemeinschaftsrechtlichen Amtshaftung* gesprochen werden könne²¹. Andere befürworten ein Subsidiaritätsverhältnis, bei dem zwar in erster Linie das nationale Haftungsinstitut in gemeinschaftsrechtskonformer Weise anzuwenden sei, jedoch ein gemeinschaftsrechtlicher Anspruch selbst greife, wenn die Mitgliedstaaten den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben nicht nachkämen²² oder (wie etwa im Fall der Haftung wegen normativen Unrechts) gar kein nationales Haftungsinstitut bestehe²³. Unter dem Strich

¹⁸ Vgl. etwa *Maurer*, § 28, Rn. 56; *Streinz*, Europarecht, Rn. 175; *Papier*, in: Maunz/Dürig, Art. 34 Rn. 80; *Schoch*, Die Verwaltung 34 (2001), 261, 277; *Ossenbühl*, in: Festschrift Everling 1995, 1031, 1042.

¹⁹ EuGH, Urteil v. 19.11.1991, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90 („*Francovich*“), Slg. 1991, I-5357, Rn. 42 f.; Rückendeckung fanden die Gegner einer europarechtlichen Verortung der Anspruchsgrundlage zudem in der Rechtssache EuGH, Urteil v. 1.6.1999, Rs. C-302/97 („*Konle*“), Slg. 1999, I-3099, in der der EuGH klarstellte, dass es ausreiche, wenn nicht der Gesamtstaat, sondern ein Bundesstaat auf die Entschädigung hafte, solange ein wirksamer und gegenüber dem Schutz nationalen Rechts gleichwertiger Schutz gewährleistet sei. Denn, so wurde ausgeführt, eine Anspruchsgrundlage, der nicht einmal der Schuldner entnommen werden könne, sei nur schwer nachvollziehbar; vgl. *Gundel*, DVBl. 2001, 95, 101.

²⁰ Vgl. *Kischel*, EuR 40 (2005), 441, 442 mit weiteren Nachweisen und einem Überblick über die jeweiligen Argumente.

²¹ *Detterbeck*, AöR 125 (2000), 202, 209, 239, 241 ff.

²² *Kluth*, in: Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht, Bd. 2, § 70 I, S. 581 f.

²³ *Herdegen*, § 11 Rn. 8.

überwiegt hinsichtlich der *Staatshaftung* die Verortung von Rechtsnatur und Anspruchsvoraussetzungen unmittelbar auf der Ebene des Unionsrechts²⁴.

C. Übertragung auf die Haftung Privater?

I. Die Stellungnahme des Generalanwalts van Gerven in *Banks*

Im Zusammenhang mit der Verletzung von *Gemeinschaftskartellrecht* hatte sich in einem EuGH-Verfahren erstmals Generalanwalt van Gerven dafür ausgesprochen, die *Francovich-Rechtsprechung* jedenfalls im Grundsatz auch auf die Haftung Privater zu übertragen²⁵. In der Rechtssache *Banks*, die die Haftung wegen einer Verletzung der Wettbewerbsvorschriften des *EGKS-Vertrages* zum Gegenstand hatte, hatte er unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die *Francovich-Rechtsprechung* ausgeführt, „dass der Anspruch auf Ersatz des Schadens, der dadurch entstanden ist, dass ein Unternehmen gegen gemeinschaftliche Wettbewerbsvorschriften mit unmittelbarer Wirkung verstößt, seine Grundlage in der Gemeinschaftsrechtsordnung selbst“ finde²⁶, und daraus den Schluss gezogen, dass es erstens „sonach Sache des Gerichtshofes“ sei, die *Einzelheiten* der betreffenden Schadensersatzklagen klarzustellen und zweitens „das nationale Gericht Bestimmungen seines nationalen Rechts unangewendet lassen muss, wenn diese eine vollständige Geltendmachung des gemeinschaftsrechtlichen Schadensersatzanspruchs, so wie er vom Gerichtshof definiert worden ist, verhindern“²⁷.

Der Gerichtshof selbst hat sich in *Banks* nicht weiter mit diesen Ausführungen beschäftigt, da er entgegen der Ansicht des Generalanwalts bereits

²⁴ Eine einheitliche Sichtweise hat sich trotz der mittlerweile über 15 Jahre erstreckenden, zahlenmäßig reichen Entscheidungspraxis noch nicht herausgebildet. Gleichwohl erscheinen sich auf der von u.a. *Herdegen* vertretenen pragmatischen Herangehensweise (wenn vorhanden nationales Recht, ggf. modifiziert durch die drei genannten Voraussetzungen, ansonsten EU-Recht unmittelbar) offenbar befriedigende Ergebnisse erzielen zu lassen.

²⁵ Schlussanträge des Generalanwalts van Gerven in der Rs. C-128/92 („*Banks*“), Slg. 1994, I-1209, Rn. 49.

²⁶ Schlussanträge des Generalanwalts van Gerven in der Rs. C-128/92 („*Banks*“), Slg. 1994, I-1209, Rn. 45. Was die Ausgestaltung der Anspruchsvoraussetzungen im Einzelnen anbelangte, wollte er allerdings nicht auf die in seinen Augen spezifisch auf die Staatshaftung zugeschnittenen Kriterien abstellen, sondern auf den aus der Rechtsprechung zu Art. 340 AEUV (ex Art. 288 EG) bekannten Kanon Normverstoß, Schaden und Kausalität, Rn. 49.

²⁷ Schlussanträge des Generalanwalts van Gerven in der Rs. C-128/92 („*Banks*“), Slg. 1994, I-1209, Rn. 46.

die unmittelbare Wirkung des als verletzt in Rede stehenden Art. 65 EGKS-Vertrag vor den nationalen Gerichten verneinte²⁸.

Mit einem grundlegenden Aufsatz aus dem Jahr 2000²⁹ – also noch vor *Courage* – hat *van Gerven* den von ihm in *Banks* vertretenen Ansatz weiterentwickelt, wenn auch in etwas modifizierter Form: Bemüht um eine *Common Law*-kompatible Terminologie unterscheidet *van Gerven* für seine Analyse die Kategorien „rights, remedies and procedures“. Mit „right“ bezeichnet er dabei eine Rechtsposition, die dem Einzelnen zusteht (subjektives Recht) und die mittels einer oder mehrerer „remedies“ (von ihm definiert als „classes of action, intended to make good infringements of the right concerned“)³⁰ im gerichtlichen Verfahren durchgesetzt werden in Übereinstimmung mit sog. „procedures“, i. e. Verfahrensregeln im engeren Sinne, die die Ausübung solcher *classes of action* betreffen und das jeweilige *remedy* operationabel machen sollen³¹. Zu den *rights* zählt er dabei u.a. die Grundrechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit, die Grundfreiheiten des EG-Vertrags, aber auch spezifische Rechte *in rem* oder *in personam*, die etwa die Herrschaftsmacht über eine bestimmte Sache oder über das Verhalten einer anderen Person vermittelten³². *Remedies* im Zusammenhang mit Gemeinschaftsrecht seien das allgemeine *remedy*, entgegenstehendes nationales Recht nicht zu beachten, und die spezifischen *remedies* Restitution, einstweilige Verfügung (*injunctive relief*) und Kompensation³³. Hiervon ausgehend leitet *van Gerven* folgende Forderungen ab: (1.) Die Schaffung von Gemeinschaftsrechten, die in der ganzen Gemeinschaft einen einheitlichen Inhalt haben, setze das Vorhandensein eines entsprechenden *remedy* voraus („ubi ius, ibi remedium“). Die Voraussetzungen für den Erfolg des *remedy* müssten dieselben sein, die das *Recht* voraussetze. (2.) Form und Inhalt des *remedy* seien in Ermangelung einer gemeinschaftlichen Regelung Sache der Mitgliedstaaten, vorausgesetzt das *remedy* des nationalen Rechts biete *angemessenen* und nicht bloß einen *Mindestschutz* des betroffenen Rechts, d.h. dass der *redress* in angemessenem Verhältnis stehen müsse zu der Natur und dem Grad der Beeinträchtigung des in Rede stehenden Rechts. Das Erfordernis, dass die Ausgestaltung im Recht der Mitgliedstaaten den Schutz des Rechtes nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren, dürfe dagegen nur für die *procedures*, i.e. Verfahrensregeln im engeren Sinne, gelten³⁴.

²⁸ EuGH, Urteil v. 13.4.1994, Rs. C-128/92 („*Banks*“), Slg. 1994, I-1209, Rn. 17 ff.

²⁹ *Van Gerven*, CMLRev. 2000, 501 ff.

³⁰ Der Begriff hat im Deutschen wohl keine ganz exakte Entsprechung.

³¹ *Van Gerven*, CMLRev. 2000, 501, 502.

³² *Van Gerven*, CMLRev. 2000, 501, 502 f.

³³ *Van Gerven*, CMLRev. 2000, 501, 503.

³⁴ *Van Gerven*, CMLRev. 2000, 501, 503 f.

Was die Ausgestaltung des *remedy* betrifft differenziert *van Gerven* weiter zwischen sog. „*constitutive*“ und sog. „*executive*“ *remedial rules*. Die konstitutiven Voraussetzungen eines *remedy*, zu denen *van Gerven* die Kategorien „Kausalität“, „Schaden“, „hinreichend qualifizierter Verstoß“ und die „Individualschutzrichtung der verletzten Norm“ zählt, seien mit hinreichender Präzision durch den EuGH zu definieren und müssten einen *identischen* Inhalt überall in der Gemeinschaft haben. Die „*executive remedial rules*“, i.e. die Regeln, die die Form und Reichweite des *remedy rationae materiae* und *personae* betreffen, verblieben in der Kompetenz der Mitgliedstaaten. Zu diesen *executive remedial rules* zählt *van Gerven* zum einen Regeln, die bestimmen von wem und gegen wen ein Verfahren angestrengt werden kann³⁵, Regeln, die Form und „*extent*“ des *remedy* betreffen (als Beispiel nennt er die *Art* des Schadensersatzes, *welche* Schadensposten liquidiert werden können), die Beweisanforderungen, Regeln hinsichtlich der zulässigen Beweismittel und schließlich Regeln über Präklusion und Verjährung³⁶. Die mitgliedstaatliche Ausgestaltung dieser *executive remedial rules* habe nicht nur einem *minimum effectiveness-test* zu genügen, wie er in der Forderung zum Ausdruck komme, dass die nationale Regel die Anwendung des Gemeinschaftsrechts nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren darf; geboten sei ein Standard *adäquaten* Rechtsschutzes³⁷. Angesichts der enormen Auswirkung der Ausgestaltung der „*executive remedial rules*“ auf den Inhalt des *Community rights*, müsse deren Ausgestaltung *so effektiv und so einheitlich wie möglich* erfolgen. Ein niedrigerer Standard würde zu vielen Ineffizienzen führen und großen Unterschieden zwischen den Mitgliedstaaten Vorschub leisten³⁸.

II. Die Courage-Entscheidung und ihre Rezeption in den Mitgliedstaaten

Vor dem Hintergrund der *Francovich*-Rechtsprechung und der auf *Banks* folgenden Debatte um ihre Übertragbarkeit auf die Haftung Privater³⁹ erging die *Courage*-Entscheidung in einem gemeinschaftsrechtlich vergleichsweise gut vorgeformten Kontext. Gleichwohl hat der EuGH den mitgliedstaatlichen Gerichten in *Courage* keine eindeutige Antwort auf die

³⁵ Von ihm so bezeichnet als Aktiv- und Passivlegitimation und übertragen auf Kategorien des deutschen Rechts wohl tatsächlich auch als solche gemeint (und nicht etwa die im vorliegenden Zusammenhang weniger problematische „Klagebefugnis“).

³⁶ *Van Gerven*, CMLRev. 2000, 501, 525.

³⁷ *Van Gerven*, CMLRev. 2000, 501, 529 f.

³⁸ *Van Gerven*, CMLRev. 2000, 501, 530.

³⁹ Vgl. neben *van Gerven*: *Winterstein*, ECLR 1995, 49; kritisch bereits *Weyer*, ZEuP 1999, 424, 425.

Frage gegeben, wie die Voraussetzungen der Haftung wegen Verstößen gegen EU-Kartellrecht in Zukunft zu bestimmen sind. Wie bereits oben ausgeführt, findet sich zum einen das sich auf den *effet utile* stützende Postulat, nach dem die

„volle Wirksamkeit des Art. 81 EG beeinträchtigt wäre, wenn nicht jedermann den Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist.“⁴⁰

Hier kommt deutlich zum Ausdruck, dass bei Verstößen gegen Art. 101 AEUV dem Geschädigten *von Unionsrechts wegen* Schadensersatz zu leisten ist. Gleichwohl heißt es weiter:

„Mangels einer einschlägigen Gemeinschaftsregelung ist es jedoch Sache des innerstaatlichen Rechts der einzelnen Mitgliedstaaten, die [...] *Verfahrensmodalitäten* für Klagen zu regeln, die den Schutz der dem Bürger *aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts erwachsenden Rechte* gewährleisten sollen, sofern diese Modalitäten nicht weniger günstig ausgestaltet sind, als die entsprechender innerstaatlicher Klagen [Äquivalenzgrundsatz] und die Ausübung der durch die Gemeinschaftsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren [Effektivitätsgrundsatz].“⁴¹

Vor dem Hintergrund, dass der EuGH für die Begründung des Anspruchs einerseits auf den europarechtlichen *effet utile* abstellt, für die „*Verfahrensmodalitäten*“ aber gleichwohl auf die nationale Rechtsordnung verweist, verwundert es nicht, dass sich auch in Bezug auf *Courage* unterschiedliche Anschauungen darüber herausgebildet haben, wie die Voraussetzungen des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs in Zukunft zu bestimmen seien. Idealtypisch (und etwas vereinfachend) lassen sich zwei Grundpositionen unterscheiden: Die eine Seite verortet die Anspruchsgrundlage selbst nach wie vor im nationalen Recht und will lediglich deren Anwendung an den Vorgaben des Äquivalenz- und Effektivitätsprinzips des Europarechts messen⁴², die andere sieht in *Courage* die Anerkennung eines originär europarechtlichen Anspruchs, dessen Voraussetzungen umfassend durch das Europarecht determiniert werden⁴³.

⁴⁰ EuGH, Urteil v. 20.9.2001, Rs. 453/99 („*Courage*“), Slg. 2001, I-6297, Rn. 26.

⁴¹ EuGH, Urteil v. 20.9.2001, Rs. 453/99 („*Courage*“), Slg. 2001, I-6297, Rn. 29; Hervorhebungen durch den Verfasser.

⁴² *Weyer*, ZEuP 2003, 318, 343; *Wurmnest*, in *Behrens* u.a., S. 213 (221 ff.); *Bundeskartellamt*, Diskussionspapier, S. 6; *Bulst*, S. 187; *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 288, Rn. 53; *Säcker/Jaecks*, in: *MünchKomm, KartR*, Band 1, Art. 81 Rn. 828 ff.

⁴³ *Mäsch*, EuR 2003, 825, 842; *Nowak*, EuZW 2001, 717, 718; *Alvizou*, LIEI 29 (2002), 177, 184; ebenso *Röhrig*, S. 154; unklar dagegen *Komninos*, CMLRev. 2002, 447, der einerseits *Weyer* für die Verortung der Anspruchsgrundlage im nationalen Recht scharf kritisiert („others fail completely to see these basic principles and merely speak of national remedies which are adapted by having recourse to classical minimum effective-

1. Die Lehre von der umfassenden Determinierung der Anspruchsvoraussetzungen durch das Unionsrecht

In der Literatur haben sich vor allem *Mäsch* und *Nowak* sowie *Komninos* dafür ausgesprochen, in *Courage* eine Klarstellung im Sinne einer gemeinschaftsrechtlichen Verortung der in Rede stehenden Haftung zu sehen, mit der Konsequenz, dass die Ausgestaltung des Schadensersatzanspruchs abschließend – oder jedenfalls in seinen wesentlichen Anspruchsvoraussetzungen⁴⁴ – durch das Gemeinschaftsrecht bestimmt werde⁴⁵. *Mäsch* bringt diese Sichtweise auf den Punkt:

„Es gibt in der Sache, ohne dass der EuGH das ausdrücklich so nennt, einen eigenen gemeinschaftsrechtlichen Schadensersatzanspruch betroffener Marktteilnehmer bei Verstößen gegen das Kartellverbot. Die zukünftige Aufgabe ist es, die Konturen dieses Anspruchs aus dem Gemeinschaftsrecht heraus zu schärfen, statt die einzelnen Tatbestandsmerkmale nationaler Ansprüche am Gemeinschaftsrecht zu messen und gegebenenfalls zu korrigieren.“⁴⁶

Der Ansatz geht in seinem Ausgangspunkt zurück auf die oben referierten Schlussanträge Generalanwalt *van Gerven* in *Banks*. *Mäsch* begründet seine Ansicht in Anlehnung an *van Gerven* zum einen mit der Untrennbarkeit von *right* und *remedy* („ubi ius, ibi remedium“)⁴⁷: Eine Rechtsposition werde erst dadurch zu einem wirklichen subjektiven Recht, dass sie mit einer besonderen Durchsetzungsmacht ausgestattet sei⁴⁸. Die Durchsetzungsmacht zeige sich in Ansprüchen, die dem Inhaber der Rechtsposition

ness proviso“, S. 482), andererseits ausdrücklich einräumt, dass „it will be the national law to offer the appropriate cause of action, in order to reach the result, which is to rectify the harm“ (S. 480). Vor *Courage* bereits *van Gerven*, Schlussanträge zu EuGH, Urteil v. 13.4.1994, Rs. C-128/92 („*Banks*“), Slg. 1994, I-1209, Rn. 36 ff. *Stillfried/Stockenhuber*, WBl. 1995, S. 301, S. 345; *Winterstein*, ECLR 1995, 49, 50 f.; *Jones*, S. 75, 78.

⁴⁴ Vgl. *Komninos*, S. 174 ff. (192), wonach die „constitutive conditions“ abschließend durch das Gemeinschaftsrecht festgelegt werden.

⁴⁵ *Mäsch*, EuR 2003, 825, 834 f., 842; *Nowak*, EuZW 2001, 717, 718; vgl. vor *Courage* bereits GA *van Gerven*, Schlussanträge zu EuGH, Urteil v. 13.4.1994, Rs. C-128/92 („*Banks*“), Slg. 1994, I-1209, 1212, Rn. 36 ff.; *Jones*, S. 78; *Stillfried/Stockenhuber*, WBl. 1995, 345 ff. (352); *Votteler*, S. 164 f.; vgl. auch *Komninos*, CMLRev. 2002, 447, 465 ff.: Der EuGH habe in *Courage* zwischen dem traditionellen und dem mehr integristischen Weg die Frage der Rechtsnatur der Anspruchsgrundlage abschließend zugunsten des Gemeinschaftsrechts entschieden.

⁴⁶ *Mäsch*, EuR 2003, 825, 842; vgl. in Bezug auf die unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Haftungsnormen auch *Komninos*, S. 192: „Irrespective of these national provisions (...) we submit that Community Law in the post-*Courage/Manfredi* era itself defines the constitutive conditions of the right in damages“; vgl. hierzu auch *ders.*, S. 174 f.

⁴⁷ *Mäsch*, EuR 2003, 825, 845; vgl. ebenso bereits *van Gerven*, CMLRev. 2000, 501, 503; vgl. auch *Komninos*, CMLRev. 2002, 447, 480.

⁴⁸ *Mäsch*, EuR 2003, 825, 845.

im Falle ihrer Verletzung gegenüber dem Verletzer zustehen. Ansprüche dienten damit nicht nur dem subjektiven Recht, sondern konkretisierten es zugleich, gäben ihm inhaltliche Konturen. Subjektives Recht und Anspruchsinhalt und -voraussetzungen bei seiner Verletzung seien *untrennbar* miteinander verbunden⁴⁹. Dann aber könne die Konsequenz nur lauten, dass derjenige, der für den Anspruch Tatbestandsmerkmale aufstelle, damit zugleich das dahinterstehende subjektive Recht definiere⁵⁰. Wenn nun aber das subjektive Recht selbst aus dem Gemeinschaftsrecht folge, müsse auch die Definition seiner Konturen über die aus ihm fließenden Ansprüche dem Gemeinschaftsrecht obliegen, weil der Inhalt eines subjektiven Gemeinschaftsrechts in der Union überall einheitlich sein müsse⁵¹. *Mäsch* betont die praktischen Vorteile dieses „neuen Ansatzes“. Die Abhängigkeit des Gemeinschaftsrechts von den Durchsetzungsmechanismen des nationalen Rechts gefährde seine einheitliche Anwendung⁵². Diese aber sei, wie der EuGH unter anderem in *Zuckerfabrik Süderdithmarschen* ausgeführt habe, ein „Grunderfordernis der gemeinschaftlichen Rechtsordnung“⁵³. Ohne die Anerkennung einheitlicher Haftungsvoraussetzungen drohe das aus dem Kartellverbot des Art. 81 EG fließende subjektive Recht in den unterschiedlichen Mitgliedstaaten ein unterschiedliches Schicksal zu erleiden. Das Effektivitäts- und Äquivalenzgebot vermöge nur die größten Auswüchse zu verhindern. Bei Anerkennung eines gemeinschaftsrechtlichen Anspruchs sei es darüber hinaus allein Sache des Europäischen Gerichtshofes, autonom und für alle Gerichte der Mitgliedstaaten verbindlich die zivilrechtlichen Folgen aus einem Verstoß gegen das Kartellverbot festzulegen, was die Möglichkeit eröffne, eine Reihe von Grundsätzen aus der Rechtsprechung zur Gemeinschaftshaftung nach Art. 288 EG (jetzt Art. 340 AEUV) für das Kartelldeliktsrecht fruchtbar zu machen⁵⁴.

2. Die Lehre von der unionsrechtlichen Kontrolle der nationalen Rechtsfolgenregel

Die jedenfalls in der deutschen Literatur wohl überwiegende Gegenposition⁵⁵ hält demgegenüber im Grundsatz an dem herkömmlichen Verständ-

⁴⁹ *Mäsch*, EuR 2003, 825, 845.

⁵⁰ *Mäsch*, EuR 2003, 825, 845 f.

⁵¹ *Mäsch*, EuR 2003, 825, 846.

⁵² *Mäsch*, EuR 2003, 825, 842.

⁵³ EuGH, Urteil v. 21.02.1991, verb. Rs. C-143/88 und C-92/89 („*Zuckerfabrik Süderdithmarschen*“), Slg. 1991, I-415, Rn. 26.

⁵⁴ *Mäsch*, EuR 2003, 825, 843 f.

⁵⁵ *Weyer*, ZEuP 2003, 318, 343; *Wurmnest*, in: *Behrens* u.a., 213, 221 f.; *Bundeskartellamt*, Diskussionspapier, S. 6; *Bulst*, S. 187; *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 288, Rn. 53; *Säcker/Jaecks*, in: *MünchKomm, KartR*, Band 1, Art. 81 Rn. 828 ff. Aus eng-

nis einer unionsrechtlichen Kontrolle der *nationalen Rechtsfolgenregelung* fest. Entgegen anderslautender Interpretationsversuche in der Literatur habe der EuGH diesen Ansatz nicht zugunsten einer möglichst umfassenden Ausgestaltung durch das Gemeinschaftsrecht aufgegeben⁵⁶. Insbesondere *Weyer* und *Wurmnest* haben sich deutlich dagegen ausgesprochen, die Ergebnisse aus der Diskussion um die Verortung der *Francovich-Rechtsprechung* eins zu eins auf die Haftung Privater wegen Kartellrechtsverstößen zu übertragen. *Wurmnest*⁵⁷ verweist auf die auffälligen Abweichungen in *Courage* gegenüber dem Duktus der Staatshaftungs-Urteile. In der Tat fehlt es in *Courage* an dem Passus, dass der Schadensersatzanspruch bei Verletzung der Wettbewerbsregeln ein „Grundsatz des Gemeinschaftsrechts“ sei.⁵⁸ Darüber hinaus fehlt es an der Feststellung, dass die Haftung ihre Grundlage *unmittelbar* im Gemeinschaftsrecht finde⁵⁹. Vor allem nennt der EuGH in *Courage* anders als in den Staatshaftungsurteilentscheidungen auch keine Haftungsvoraussetzungen, sondern greift vielmehr auf die in der *REWE-Rechtsprechung*⁶⁰ geprägte Formel zurück, nach der es mangels einer einschlägigen Gemeinschaftsregelung Sache des *innerstaatlichen* Rechts ist, (im Rahmen des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes) die Verfahrensmodalitäten für Klagen zu regeln, um die gemeinschaftsrechtlich gewährten Rechte durchzusetzen⁶¹.

Nach *Weyer* spricht im Übrigen auch der *besondere Status der Staatshaftung* gegen eine Übertragung⁶². Der Schutz der Rechte des Einzelnen vor staatlicher Schädigung liege schon deshalb auf einer anderen Ebene, weil staatliche Organe nur aufgrund rechtsgebundener Kompetenz handeln. Dem korrespondiere einerseits das spezifische Kriterium „des hinreichend qualifizierten Verstoßes“, andererseits aber auch eine besondere Verpflichtung der öffentlichen Hand, die rechtswidrigen Folgen eines Rechtsverstoßes gegen Gemeinschaftsrecht zu beheben⁶³. Die eingeschränk-

lischer Perspektive vgl. auch *Provimi Ltd. v. Aventis&others*, [2003] EWHC 96, Rn. 25: „And it must be shown as a matter of *English law*, that the entity that is in breach of art 81 is liable in damages to this particular claimant for that breach.“

⁵⁶ *Weyer*, ZEuP 2003, 318, 343.

⁵⁷ *Wurmnest*, in: *Behrens u.a.*, 213, 221 f.

⁵⁸ Vgl. EuGH, Urteil v. 19.11.1991, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90 („*Francovich*“), Slg. 1991, I-5357, Rn. 37.

⁵⁹ Vgl. demgegenüber EuGH, Urteil v. 05.03.1996, verb. Rs. C-46/93 u. C-48/93 („*Brasserie du Pêcheur and Factortame*“), Slg. 1996, I-1029, Rn. 67.

⁶⁰ EuGH, Urteil v. 16.12.1976, Rs. 33/76 („*Rewe*“), Slg. 1976, 1989, Rn. 5.

⁶¹ *Wurmnest*, in: *Behrens u.a.*, 213, 221 f.

⁶² *Weyer*, ZEuP 2003, 318, 329.

⁶³ *Weyer*, ZEuP 2003, 318, 329.

te Durchsetzbarkeit⁶⁴ gerade *mitgliedstaatlicher* Verpflichtungen liefert nach *Weyer* eine zusätzliche Rechtfertigung der uneingeschränkten, unmittelbaren Wirkung des Staatshaftungsanspruchs. Für die Schadensersatzhaftung Privater ließe sich diese Rechtfertigung nicht anführen⁶⁵. Auch *Ruffert* lehnt die Konstruktion eines gemeinschaftsrechtlichen Haftungsanspruchs nach dem Vorbild der mitgliedstaatlichen Staatshaftung unter Verweis auf den besonderen, auf die Mitgliedstaaten bezogenen Sanktionscharakter ab⁶⁶.

3. Stellungnahme

Wie im Ausgangspunkt die Entwicklung der Staatshaftung für die Nichtumsetzung von Richtlinien in *Franovich* handelt es sich auch bei den Ausführungen des EuGH hinsichtlich der Haftung Privater wegen Verletzung EU-Kartellrechts um eine weitgehende richterliche Rechtsfortbildung⁶⁷. Mangels jedweder legislativen Vorgabe auf europäischer Ebene – der Gesetzgeber der VO 17/62 hatte bewusst auf eine Regelung verzichtet, solange nicht Erkenntnisse über die Ausgestaltung in den Mitgliedstaaten vorlägen⁶⁸ – bleibt für die Rechtsfindung nicht viel mehr als der Wortlaut der Entscheidungen in *Courage* und *Manfredi*⁶⁹ – sowie ein systematischer Abgleich dieser Urteile mit den zahlreicher vertretenen Judikaten zur europäischen Staatshaftung. Einigkeit besteht insoweit, dass im Grundsatz⁷⁰ die Möglichkeit, Schadensersatz zu erhalten *von Unionsrechts wegen* gewährleistet sein muss. Das hier anklingende „subjektive Recht“ findet seinen Ausdruck unmittelbar im Wortlaut der *Courage*-Entscheidung, und dort besonders deutlich in der englischen Originalfassung, wenn es heißt:

„The full effectiveness of Article 85 of the Treaty and, in particular, the practical effect of the prohibition laid down in Article 85(1) would be put at risk if it were not open to

⁶⁴ Auch *Wurmnest* weist darauf hin, dass im Staatshaftungsrecht etwa bei der Nichtumsetzung von Richtlinien – das gilt in Deutschland für den Schutz gegenüber normativem Unrecht generell – für den einzelnen eine Rechtsschutzlücke bestanden habe, die so im Kartelldeliktsrecht nicht gegeben sei, vgl. *Wurmnest*, in: *Behrens* u.a., 213, 223.

⁶⁵ *Weyer*, ZEuP 2003, 318, 330.

⁶⁶ *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 288, Rn. 53.

⁶⁷ In Bezug auf Rechtsprechung zum Staatshaftungsrecht *Herdegen*, § 11 Rn. 8.

⁶⁸ Vgl. oben § 1 E.

⁶⁹ EuGH, Urteil v. 13.7.2006, verb. Rs. C-295/04 bis 298/04 („*Manfredi*“), Slg. 2006, I-6619.

⁷⁰ Auch wenn, wie *Wurmnest* zu Recht bemerkt hat, der Gerichtshof in *Courage* anders als in *Franovich* nicht ausdrücklich festgestellt hat, dass der Entschädigungsanspruch ein „Grundsatz des Gemeinschaftsrechts“ sei (a.a.O. Rn. 37), lassen *Courage* Rn. 25 bis 26 doch keinen Zweifel, dass der effet utile des Art. 101 AEUV für den Fall, dass aufgrund seiner Verletzung ein Dritter einen Schadens erlitten hat, *Schadensersatz von Unionsrechts wegen* zu leisten ist.

any individual to claim damages for loss caused to him by a contract or by conduct liable to restrict or distort competition. Indeed, the *existence of such a right* strengthens the working of the Community competition rules and discourages agreements or practices, which are frequently covert, which are liable to restrict or distort competition.“⁷¹

Danach gibt es bei Verletzung von EU-Kartellrecht ein – und insoweit besteht Einigkeit⁷² – unionsrechtlich begründetes Recht auf Schadensersatz. Dogmatische Grundlage ist das Gebot der effektiven Durchsetzung der Art. 101 und 102 AEUV, d.h. im Ergebnis, wie *Weyer* zutreffend herausstellt, die Teilhabe an der unmittelbaren Wirkung der Art. 101 f. AEUV⁷³. Fraglich ist aber, ob damit – wie *Mäsch* und *Röhrig* meinen – bereits entschieden ist, dass die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen des Schadensersatzanspruchs umfassend durch das Unionsrecht festgelegt bzw. einheitlich und abschließend aus diesem heraus zu entwickeln sind.

a) Das Argument von der Untrennbarkeit von right und remedy

Die These *Mäschs*, wonach die Gewährung eines subjektiven Rechts untrennbar mit der inhaltlichen Ausgestaltung der Ansprüche im Fall seiner Verletzung verbunden sei, mit der Konsequenz, dass, wenn das subjektive Recht selbst aus dem Gemeinschaftsrecht folge, auch die Definition seiner Konturen über die aus ihm fließenden Ansprüche dem Gemeinschaftsrecht obliegen müsse, erscheint bei näherem Hinsehen keineswegs zwingend.

Zwar ist es richtig, dass auf der gleichen Normebene die Definition von subjektivem Recht und Anspruchsinhalt Hand in Hand gehen (vgl. §§ 903, 1004 BGB). Betrachtet man aber verschiedene Normebenen, besagt die Tatsache, dass auf der höheren Ebene das „right“ verankert ist, nicht, dass dort auch die einzelnen Voraussetzungen der aus dem Recht fließenden Ansprüche im Detail geregelt sein müssen⁷⁴. *Detterbeck* hat bereits in der Diskussion um die Verortung der mitgliedstaatlichen Staatshaftung darauf hingewiesen, dass der ambivalente Charakter von Ansprüchen in der deut-

⁷¹ EuGH, Urteil v. 20.9.2001, Rs. 453/99 („*Courage*“), Slg. 2001, I-6297, Rn. 29; vgl. nunmehr auch Erwägungsgrund 7 Satz 2 VO 1/2003: „In Rechtsstreitigkeiten zwischen Privatpersonen schützen sie [die mitgliedstaatlichen Gerichte] die sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebenden subjektiven Rechte, indem sie unter anderem den durch die Zuwiderhandlung Geschädigten Schadensersatz zuerkennen.“

⁷² Auch Vertreter des zweiten Ansatzes erkennen ein gemeinschaftsrechtlich begründetes „Recht“ auf Schadensersatz an, vgl. *Wurmnest*, in: *Behrens* u.a., 213, 221.

⁷³ *Weyer*, ZEuP 2003, 318, 342; *Weyer* ZEuP 1999, 424, 463; der *Commission Staff* geht von einer Herleitung über Art. 10 EG aus, vgl. *Commission Staff Working Paper/Grünbuch*, Rn. 17.

⁷⁴ Beispiel: Auch wenn das Grundgesetz (Art. 14 GG) und ebenso der unionsrechtliche Grundrechtekanon die Eigentumsfreiheit als subjektives Recht anerkennen, werden hierdurch die Tatbestandsvoraussetzungen der *actio negatoria* (§ 1004 BGB) nicht abschließend determiniert.

schen Rechtsordnung nichts ungewöhnliches sei: So wie im nationalen Staatshaftungsrecht die rechtsnormative Verankerung häufig auf der Ebene des Verfassungsrechts liege, während die konkrete Ausgestaltung der Tatbestände durch einfaches Gesetzes- oder Richterrecht erfolge, könne auch der gemeinschaftsrechtliche Anspruch gleichsam als verfassungsrechtliche Vorgabe der Grundstrukturen des neuen Haftungsinstituts gesehen werden, dessen *tatbestandliche Ausformung* nach Anspruchsvoraussetzungen und Haftungsbeschränkungen – man mag hinzufügen: im Rahmen der unionsrechtlichen Äquivalenz- und Effektivitätsvorgabe – den nach nationalem Recht zuständigen Instanzen obliegt⁷⁵. Dieser Befund ist auch von den Befürwortern einer abschließenden Ausgestaltung des Staatshaftungsanspruchs durch das Gemeinschaftsrecht im Hinblick auf die erste Stufe der *Francovich*-Entscheidung (Staatshaftung als allgemeiner Rechtsgrundsatz) für plausibel gehalten worden⁷⁶. Die Parallele zur verfassungsrechtlichen Verankerung ist zwar in Bezug auf die mitgliedstaatliche *Staatshaftung* insoweit verworfen worden, als die Staatshaftungsrechtsprechung *des EuGH* auf der zweiten Stufe *die Anspruchsvoraussetzungen selbst definierte*: Indem der Gerichtshof konkrete Anspruchsvoraussetzungen aufgerichtet habe, habe er selbst schon auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts die Ausprägung des Tatbestands in seinen wesentlichen und charakteristischen Grundzügen vorgenommen; die Aufgabenteilung zwischen den Rechtsquellenebenen sei also, anders als bei der innerstaatlichen Verschränkung von Verfassungsrecht und einfachem Recht, nicht von der Art, dass die „Staatshaftung zwar verfassungsrechtliches Gebot“ wäre, „ihre Ausprägung aber auf der Ebene des einfachen Gesetzesrechts“ stattfände⁷⁷. *Anders* als in *Francovich*⁷⁸ und *anders* als auch in allen nachfolgenden Staatshaftungsentscheidungen⁷⁹, findet sich in *Courage* die zweite Stufe, auf der der EuGH ausdrücklich einzelne Haftungsvoraussetzungen aufzählt, aber gerade nicht. Die Ansicht *Nowaks*, der EuGH habe doch in *Courage* Rn. 26 die einschlägigen, materiellen Haftungsvoraussetzungen

⁷⁵ Detterbeck, VerwArch. 85 (1994), 159, 184.

⁷⁶ Cornils, S. 119.

⁷⁷ Cornils, S. 119 unter Verweis auf *Ossenbühl*, DVBl. 1994, 977, 981.

⁷⁸ EuGH, Urteil v. 19.11.1991, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90 („*Francovich*“), Slg. 1991, I-5357, Rn. 39–41.

⁷⁹ Vgl. insoweit etwa EuGH, Urteil v. 5.3.1996, verb. Rs. C-46/93 u. C-48/93 („*Brasserie du Pêcheur and Factortame*“), Slg. 1996, I-1029, Rn. 51 ff, 66; EuGH, Urteil v. 23.5.1996, Rs. C-5/94 („*Hedley Lomas*“), Slg. 1996, I-2553, Rn. 25 ff.; EuGH, Urteil v. 26.3.1996 – Rs. C-392/93 („*British Telecommunications*“), Slg. 1996 I-1631, Rn. 39; EuGH, Urteil v. 8.10.1996, verb. Rs. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 u. C-190/94 („*Dillenkofer*“), Slg. 1996, I-4845, Rn. 21 ff.; EuGH, Urteil v. 4.7.2000, Rs. C-424/97 „*Haim*“ Slg. 2000, I-5123, Rn. 36; EuGH, Urteil v. 30.9.2003, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), ABl. v. 15.11.2003 C 275/01, Rn. 51.

(Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV, Schaden und Kausalität) genannt, vermag nicht zu überzeugen. Die explizite Aufzählung von Haftungsvoraussetzungen in den Staatshaftungsurteilen

„[...] so verlangt die volle Wirksamkeit einen Entschädigungsanspruch, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind, erstens ...“⁸⁰

mit der abschließenden Feststellung

„Diese Voraussetzungen reichen aus, um dem Einzelnen einen Anspruch zu geben“⁸¹

findet in *Courage* keine Entsprechung. Dieser Unterschied lässt sich auch nicht damit erklären, dass einzelne Merkmale wie z.B. die besondere Qualifikation des Verstoßes spezifisch auf die Staatshaftung zugeschnitten sind⁸² und die Voraussetzungen daher möglicherweise nicht eins zu eins hätten übertragen werden können. Hätte der Gerichtshof die Haftungsvoraussetzungen abschließend durch das Gemeinschaftsrecht durch den Kanon „Normverstoß, Schaden und Kausalität“ festlegen wollen, hätte es angesichts des Beispiels in den Staatshaftungsfällen nahegelegen, dies auch so zu formulieren.

Dass die Auslassung der Aufzählung einzelner Haftungsvoraussetzungen unbedacht und ohne Bedeutung für das Gesamtverständnis des Verhältnisses zum nationalen Recht erfolgt ist, lässt sich angesichts der von *van Gerven* in *Banks* angestoßenen und im Vorfeld der *Courage*-Entscheidung bereits intensiv geführten Debatte über die Übertragbarkeit der *Francovich*-Grundsätze schwerlich behaupten.

Blickt man in diesem Zusammenhang auf Kommentierungen aus dem englischen Rechtskreis, dem der Ausgangsfall entstammt und der stärker an Kategorien von *rights* and *remedies* orientiert ist als das an Anspruchsgrundlagen orientierte deutsche Recht, so fällt auf, dass es auch dort nicht als Widerspruch wahrgenommen wird, einerseits anzuerkennen, dass „in principle“ ein „*Community right to damages*“ besteht, für die Voraussetzungen der Haftung im Einzelnen aber auf nationales Haftungsrecht zurückzugreifen⁸³.

Auch wenn die Parallele zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Rechtsposition und deren Konkretisierung im einfachen Recht nicht in allen Belangen zu tragen vermag: Das Beispiel zeigt doch, dass zumindest bei verschiedenen Normebenen der von *Mäsch* aufgestellte Grundsatz der

⁸⁰ Vgl. etwa EuGH, Urteil v. 19.11.1991, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90 („*Francovich*“), Slg. 1991, I-5357, Rn. 39 ff.

⁸¹ Vgl. etwa EuGH, Urteil v. 19.11.1991, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90 („*Francovich*“), a.a.O., Rn. 41.

⁸² Vgl. dazu ausführlich etwa unten § 9 (Verschulden).

⁸³ Vgl. *Jones/Sufrin*, 2. Aufl., S. 1214: „The Court in *Crehan* did not, however, as had been done in *Factortame*, specifically require that there be a direct causal link [...] In the absence of a ruling on that point, it seems that national rules on causation apply.“

Untrennbarkeit von *right* und *remedy* nicht verlangt, dass die Anerkennung des Rechts auf der höheren Ebene die tatbestandliche Ausgestaltung auf der niedrigeren Ebene in allen Einzelheiten vorgibt⁸⁴.

Der Zusammenhang von *ius* und *remedium* ist insoweit kein zwingendes Argument, dass die Anspruchsvoraussetzungen umfassend und bis in alle Einzelheiten durch das Europarecht vorgegeben sind bzw. allein aus diesem heraus zu entwickeln seien.

b) Das Argument des Grunderfordernisses einer einheitlichen Anwendung

Für den Ansatz, die Anspruchsvoraussetzungen vollumfänglich aus dem Unionsrecht zu entwickeln, ist zum zweiten vorgebracht worden, die Abhängigkeit des Unionsrechts von den Durchsetzungsmechanismen des nationalen Rechts gefährde seine *einheitliche Anwendung*⁸⁵. Diese sei aber nach weithin geteilter Ansicht des Europäischen Gerichtshofes, wie er sie in dem grundlegenden Urteil *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*⁸⁶ geäußert habe, ein Grunderfordernis der gemeinschaftlichen Rechtsordnung⁸⁷. Verwies man für die aus dem gemeinschaftlichen subjektiven Recht folgenden Ansprüche auf das nationale Recht, so sei dieses Grunderfordernis zwangsläufig nicht gewährleistet; die Kontrolle anhand des Effizienzgebotes und des Diskriminierungsgebotes verhindere nur die größten Auswüchse⁸⁸; und sie griffe gänzlich ins Leere, wenn die Verfahrensbeteiligten sich an diese Gebote nicht erinnern wollten und könnten und es deshalb zu einer u.U. notwendigen Korrektur des nationalen Rechts durch eine Vorlage des EuGH gar nicht komme⁸⁹. Der Gefahr der nationalen Eigenbrötelei sei hingegen vorgebeugt, wenn die Tatbestandsmerkmale unmittelbar aus dem europäischen Recht gewonnen würden und überall in der Gemeinschaft dieselben seien⁹⁰.

Es kann an dieser Stelle dahinstehen, ob das Plädoyer *Mäschs* für europaweit einheitliche Haftungsmaßstäbe *de lege ferenda* seine Berechtigung hat⁹¹. *De lege lata* – man mag einschränkend hinzufügen: nach dem derzei-

⁸⁴ Vgl. wiederum das Beispiel von oben: Auch wenn das Grundgesetz (Art. 14 GG) und auch der unionsrechtliche Grundrechtekanon die Eigentumsfreiheit als subjektives Recht anerkennen, werden hierdurch die Tatbestandsvoraussetzungen der *actio negatoria* (§ 1004 BGB) nicht abschließend determiniert.

⁸⁵ *Mäsch*, EuR 2003, 825, 842.

⁸⁶ EuGH, Urteil v. 21.02.1991, verb. Rs. C-143/88 und C-92/89, Slg. 1991, I-415, Rn. 26.

⁸⁷ *Mäsch*, EuR 2003, 825, 842 f.

⁸⁸ *Mäsch*, EuR 2003, 825, 843.

⁸⁹ *Mäsch*, EuR 2003, 825, 843.

⁹⁰ *Mäsch*, EuR 2003, 825, 843.

⁹¹ Kritisch *Wurmnest*, in: *Behrens* u.a., 213, 222; vgl. zum Postulat einer Harmonisierung durch einen Sekundärrechtsakt der Union, ausführlich unten 3. Teil.

tigen Stand der richterrechtlichen Rechtsfortbildung durch den EuGH – findet sich für die Annahme einer unionsrechtlichen Vollvereinheitlichung aller materiellen Voraussetzungen keine Grundlage. Gerade die Tatsache, dass der EuGH in *Courage anders* als in *Zuckerfabrik Süderdithmarschen* mit keinem Wort eine einheitliche Anwendung postuliert, zeigt, dass die Frage nach der Ausgestaltung der Privatrechtsfolgen eines Verstoßes gegen EU-Recht außerhalb von Art. 101 Abs. 2 AEUV nicht den gleichen Vorgaben unterliegt wie die Frage, unter welchen Voraussetzungen die unmittelbare Anwendung einer Unionsrechtsnorm ausgesetzt werden darf⁹². Für die Privatrechtsfolgen gilt – außerhalb der ausdrücklich bestimmten Fälle wie Art. 101 Abs. 2 AEUV und in Ermangelung einer (ausdrücklichen) sekundärrechtlichen Ausgestaltung – der Grundsatz der einheitlichen Anwendung gerade nicht.⁹³ Der *EuGH* geht schließlich selbst von der Möglichkeit einer uneinheitlichen Anwendung aus, wenn er im Grundsatz die Verfügbarkeit überkompensatorischen Schadensersatzes zu Abschreckungszwecken generell *nicht* als vom Unionsrecht geboten hält, aufgrund des *Äquivalenzgrundsatzes* wohl aber dann, wenn das nationale Recht bei Verstößen gegen vergleichbare Normen des nationalen Rechts eine entsprechende Sanktion vorsieht⁹⁴. Danach nimmt das Unionsrecht unterschiedliche Schutzniveaus in den Mitgliedstaaten nicht nur in Kauf: Durch den Äquivalenzgrundsatz wird die Anwendung schärferer Sanktionen als in anderen Mitgliedstaaten bei entsprechender innerstaatlicher Ausgestaltung sogar zur unionsrechtlichen Verpflichtung.

c) Rückschlüsse aus dem Aufbau der *Courage*-Entscheidung?

Gegen eine Einschränkung des Konzepts der Kontrolle der nationalen Zivilrechtsfolgen auf Fragen außerhalb der materiellrechtlichen Ausgestaltung der Haftung spricht im Übrigen auch das weitere Vorgehen in *Courage*.

⁹² Darum ging es in EuGH, Urteil v. 21.2.1991, verb. Rs. C-143/88 und C-92/89 („*Zuckerfabrik Süderdithmarschen*“), Slg. 1991, I-415.

⁹³ So hat selbst *van Gerven*, der mit seiner Stellungnahme in *Banks* eine Vorreiterrolle für die causa eines gemeinschaftsrechtlichen Schadensersatzanspruchs übernommen hatte, eingeräumt, dass das Erfordernis der einheitlichen Anwendung – bzw. zugespitzt der einheitlichen Durchsetzung – keineswegs ein allumfassender Grundsatz des Gemeinschaftsrechts sei, der eine verschiedenartige Ausgestaltung durch die Mitgliedstaaten nicht zulasse, vgl. *van Gerven*, CMLRev. 2000, 501, 505. Auch die Kommission geht für den status quo im Ergebnis von unterschiedlichen Voraussetzungen aus, wenn sie sich die These von der *astonishing diversity* auch im Hinblick auf materielle Kriterien zu eigen macht und auf dieser Grundlage Maßnahmen auf der Ebene des Sekundärrechts fordert.

⁹⁴ Vgl. EuGH, Urteil v. 13.7.2006, verb. Rs. C-295/04 bis 298/04 („*Manfredi*“), Slg. 2006, I-6619, Rn. 99.

Nach Festlegung des Prüfungsrahmensmaßstabs in Rn. 29 – Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz – fährt der EuGH in Rn. 30 fort:

„Hierzu hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass das Gemeinschaftsrecht die innerstaatlichen Gerichte nicht daran hindert, dafür Sorge zu tragen, dass der Schutz der gemeinschaftlichen Rechte nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Anspruchsberechtigten führt“.

Gleichfalls am Maßstab des Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatzes – und nicht etwa vor dem Hintergrund einer gemeinschaftsrechtlichen Einheitslösung – setzt der EuGH einen Rahmen für die Berücksichtigung des Mitverschuldens, wenn er klarstellt, dass das Gemeinschaftsrecht ebenso wenig eine Regel des innerstaatlichen Rechts verbiete, die einer Partei, die eine erhebliche Verantwortung für die Wettbewerbsverzerrung trägt, das Recht verwehrt, von ihrem Vertragspartner Schadensersatz zu verlangen⁹⁵. Die Anwendbarkeit des nationalen materiellen Rechtssatzes und dessen Kontrolle an den Vorgaben der Effektivität und Äquivalenz erscheint hier nicht bloß als Lockerung, als *Ausnahme* von einem Grundsatz, der die materielle Ausgestaltung umfassend dem Gemeinschaftsrecht vorbehält: Sie ist die *Regel*. Zwar können *Mäsch* und *Komninos* für sich in Anspruch nehmen, dass der EuGH in Rn. 28 die „*ex turpi causa – defence*“ des englischen Rechts letztlich bereits ausgeschlossen hat, bevor er den Rahmen für die gemeinschaftsrechtliche Kontrolle der zivilrechtlichen Ausgestaltung mit der Erwähnung des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes in Rn. 29 überhaupt näher konkretisiert. Auf den ersten Blick – und insoweit ist der Aufbau nicht ganz glücklich – mag der Eindruck entstehen, die anspruchsausschließende *ex turpi causa*-Einwendung würde an einem anderen Maßstab gemessen als eine mitgliedstaatliche Mitverschuldens- oder Bereicherungsregel. Plausible inhaltliche Gründe für eine solche Differenzierung, warum der *Bereicherungs-* und *Mitverschuldenseinwand* am *Effektivitäts-* und *Äquivalenzkriterium* gemessen werden sollten, nicht aber der *ex turpi causa*-Einwand, sind jedoch nicht erkennbar. Dass die Unzulässigerklärung bereits erfolgte, bevor der EuGH ausführt, welche mitgliedstaatlichen Regeln geeignet wären, den Test zu passieren, lässt sich wohl nur damit erklären, dass die in Rede stehende Einwendung „von vornherein“, „a priori“⁹⁶ zu einem Ausschluss einer bestimmten Klägergruppe, der Kartellbeteiligten, führt. Ein solcher Ausschluss „a priori“ war wohl von vornherein nicht geeignet, dem Effektivitätsgedanken zu genügen, ohne dass es hierzu näherer Ausführungen bedurfte⁹⁷. Eine Regel, dass nur solche materiell-rechtlichen mitgliedstaatlichen Bestimmungen dem tradi-

⁹⁵ EuGH, Urteil v. 20.9.2001, Rs. 453/99 („*Courage*“), Slg. 2001, I-6297, Rn. 31.

⁹⁶ Vgl. Rn. 27 in der französischen Sprachfassung.

⁹⁷ Vgl. dazu ausführlich unten § 6 B I 1.