

Die Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts

Herausgegeben von
SUSANNE AUGENHOFER

Mohr Siebeck

Die Europäisierung des
Kartell- und Lauterkeitsrechts



Die Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts

Herausgegeben von
Susanne Augenhöfer

Mohr Siebeck

Susanne Augenhöfer, geboren 1977; Studium der Rechtswissenschaften in Graz; 2001 Promotion; LL.M.-Studium an der Yale Law School sowie an der FU Berlin; Assistentin am Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht, Universität Wien; z.Zt. Jean Monnet Fellow am Europäischen Hochschulinstitut Florenz.

ISBN 978-3-16-150036-7 / eISBN 978-3-16-162861-0 unveränderte eBook-Ausgabe 2024

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

© 2009 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 aus der Minion gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Held in Rottenburg gebunden.

Vorwort

Dem vorliegenden Band liegen Vorträge zugrunde, die die Autoren bei der am 27./28. November 2008 von o. Univ. Prof. Dr. Heinz Krejci und der Herausgeberin veranstalteten Tagung »Wettbewerbsrecht 2008/2009: Novellen und Reformen« gehalten und dort mit Vertretern aus Richterschaft, Behörden und der Praxis diskutiert haben.

Anlass der Tagung war die zunehmende Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts. Diese zeigt sich aktuell im Kartellrecht im Bestreben der Europäischen Kommission die privatrechtliche Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen zu fördern. Mit der Verabschiedung eines entsprechenden europäischen Regelwerkes ist wohl im Laufe des Jahres 2009 zu rechnen. Im Lauterkeitsrecht waren die Mitgliedstaaten bereits durch die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken gezwungen, ihre nationalen Vorschriften den europäischen Vorgaben anzupassen. Diese beiden Vorhaben werden in den Beiträgen aus verschiedenen Blickwinkeln – deutsche/österreichische Rechtsordnung, Praxis/Wissenschaft – beleuchtet und allfällige Alternativen zum *private enforcement* untersucht. Ebenso werden die Entwicklungslinien im europäischen Kartellrecht sowie dessen Verhältnis zum Lauterkeitsrecht aufgezeigt.

Herzlich gedankt sei den Autoren für Ihre Beiträge, die gute Zusammenarbeit sowie ihnen und den Teilnehmern an der Podiumsdiskussion für die spannende und anregende Diskussion während der Tagung. Diese wurde durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Wien sowie durch die Kanzleien Binder Grösswang, Freshfields Bruckhaus Deringer und Schönherr unterstützt, wofür an dieser Stelle nochmals herzlich gedankt wird. Dem Verlag Mohr Siebeck danke ich für die Aufnahme ins Verlagsprogramm und die freundliche Unterstützung bei der Erstellung des Buches. Schließlich bedanke ich mich bei o. Univ. Prof. Dr. Heinz Krejci herzlich für die gemeinsame Organisation der Tagung und die nicht nur bei dieser gewährten Freiheiten und für die langjährige Unterstützung.

Florenz/Wien, März 2009

Susanne Augenhöfer

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	IX
<i>Jürgen Basedow</i> Entwicklungslinien des europäischen Rechts der Wettbewerbs- beschränkungen. Von der Dezentralisierung über die Ökonomisierung zur privaten Durchsetzung	1
<i>Rainer Becker</i> Schadensersatzklagen bei Verstoß gegen das Kartell- und Missbrauchsverbot: Europäische Vorgaben und Vorhaben	15
<i>Susanne Augenhöfer</i> <i>Private enforcement</i> : Anforderungen an die österreichische und deutsche Rechtsordnung	39
<i>Raoul Hoffer</i> <i>Private enforcement</i> aus Sicht der Praxis	63
<i>Volker Emmerich</i> Überlegungen zum Verhältnis von Kartellrecht und Lauterkeitsrecht aus deutscher Sicht	73
<i>Hans-Georg Koppensteiner</i> Das UWG nach der Novelle 2007	85
<i>Helmut Köhler</i> Die Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland	101
<i>Astrid Stadler</i> Der Gewinnabschöpfungsanspruch: eine Variante des <i>private enforcement</i> ?	117
Autorenverzeichnis	141

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Auffassung
a. a. O.	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AK	Arbeiterkammer
allg.	allgemein
AMC	Antitrust Modernization Commission
ArbG	Arbeitsgesetz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
B2B	Business to Business
B2C	Business to Consumer
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
Begr.	Begründung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes
B-VG	Bundesverfassungsgesetz (Österreich)
bzw.	beziehungsweise
Ch.	Chapter
CMLR	Common Market Law Review
d. h.	das heißt
DB	Der Betrieb
DCFR	Draft Common Frame of Reference
ders.	derselbe
DG	Generaldirektion
Dok.	Dokument
Drucks.	Drucksache

E. L. Rev.	European Law Review
ECLR	European Competition Law Review
ed.	Editor(s)
EG(V)	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg.	endgültig
ERCL	European Review of Contract Law
Erg.	Ergebnis
ECN	European Competition Network
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen (Österreich)
EVU	Energieversorgungsunternehmen
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWHC	High Court of England and Wales
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
ff.	(fort)folgende
FinMStG	Finanzmarktstabilisierungsgesetz
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GD	Generaldirektion
ggf.	gegebenenfalls
GP	Gesetzgebungsperiode
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Rechtsprechungsreport
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hrsg.	Herausgeber
i. d. H. v.	in der Höhe von
i. e. S.	im engeren Sinn
i. S.	im Sinne
insbes.	insbesondere
JBl	Juristische Blätter (Österreich)
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
KapMuG	Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz
KartellG	Kartellgesetz (Österreich)
KMU	Kleine und Mittlere Unternehmen
krit.	kritisch
KSchG	Konsumentenschutzgesetz (Österreich)
Lauterkeits-RL	Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken
LG	Landgericht (Deutschland), Landesgericht (Österreich)

lit.	litera
m. E.	meines Erachtens
m. w. Nachw.	mit weiteren Nachweisen
MedG	Mediengesetz (Österreich)
MR	Medien und Recht (Österreich)
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVG	Nahversorgungsgesetz (Österreich)
o.	oben
ÖAnwBl	Anwaltsblatt (Österreich)
ÖBl	Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
OZK	Zeitschrift für Kartell- und Wettbewerbsrecht (Österreich)
PAngV	Preisangabenverordnung
PrAG	Preisauszeichnungsgesetz
PVÜ	Pariser Verbandsübereinkommen zum Schutze des Gewerblichen Eigentums
r.	rechts
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdW	Recht der Wirtschaft (Österreich)
RegE	Regierungsentwurf
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
RZ	Österreichische Richterzeitschrift
S.	Seite; Satz
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
Tz.	Textziffer
u.	unten

u. a.	unter anderem
U. S. C.	United States Code
u. U.	unter Umständen
UGP-Richtlinie	Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken
UKlaG	Unterlassungsklagengesetz
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
v.	versus
verb.	verbunden
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
VKI	Verein für Konsumenteninformation (Österreich)
VO	Verordnung
Vol.	Volume
VuR	Verbraucher und Recht
VZ	Verbraucherzentrale
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter (Österreich)
WettbG	Wettbewerbsgesetz (Österreich)
wobl	Wohnrechtliche Blätter (Österreich)
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
Z.	Ziffer
z. B.	zum Beispiel
zahlr.	zahlreich(e)
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZPO	Zivilprozessordnung
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

Entwicklungslinien des europäischen Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen

Von der Dezentralisierung über die Ökonomisierung zur privaten Durchsetzung

Jürgen Basedow

I. Einleitung: Vier Phasen der europäischen Kartellrechtsentwicklung

Das Wettbewerbsrecht ist seit den ersten Tagen ein Kernstück der europäischen Integration. Im Vertrag über die Montanunion von 1951¹ war es – wenige Jahre nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs – im Wesentlichen noch darum gegangen, die Bildung von Machtstellungen in den kriegswichtigen Industrien von Kohle und Stahl und damit eine erneute Gefährdung des Friedens in Europa zu verhindern. Die Verrechtlichung der Marktbeziehungen auf der Grundlage des Wettbewerbsmodells und ihre Überwachung durch eine Hohe Behörde erwiesen sich schon bald als erfolgreich; sie trugen nicht unwesentlich zur Wiederbelebung der europäischen Montanwirtschaft in den 50er Jahren bei.² Die Erweiterung des Wettbewerbsmodells auf andere Märkte im Vertrag über die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft von 1957³ war daher nur folgerichtig.

Der Vertrag von Rom sieht das Wettbewerbsrecht als eine funktionale Ergänzung zur Öffnung der nationalen Märkte. Die Marktöffnung ist Aufgabe der Verkehrsfreiheiten, also der Freiheiten des Waren- und Kapitalverkehrs, der Niederlassung und Dienstleistungen sowie der Freizügigkeit der Arbeitnehmer. Den dadurch entfachten Wettbewerb zwischen in- und ausländischen Unternehmen gilt es vor Beschränkungen zu schützen, mögen sie nun von Mitgliedstaaten oder von privaten Unter-

¹ Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl vom 18. 4. 1951, BGBl. 1952 II, S. 447. Dass es hier vor allem um die Verminderung von Kriegsrisiken ging, geht aus dem zugrunde liegenden Schumann-Plan hervor, siehe den Abdruck der Erklärung der französischen Regierung über eine gemeinsame deutsch-französische Schwerindustrie vom 9. 5. 1950 bei *Reiner Schulze/Thomas Hoeren* (Hrsg.), *Dokumente zum europäischen Recht* Bd. 1, Berlin 1999, Dok. 3, S. 8–10.

² Siehe das historische Resümee bei *Jürgen Basedow*, *Kartellrecht im Land der Kartelle*, WuW 2008, 270–273.

³ Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25. 3. 1957, BGBl. II, S. 766.

nehmen ausgehen. In funktionaler Betrachtung regelt das Wettbewerbskapitel des Vertrages daher die privaten Wettbewerbsbeschränkungen in Art. 81 und 82 zusammen mit staatlichen Wettbewerbsbeschränkungen, nämlich durch öffentliche Unternehmen in Art. 86 und staatliche Beihilfen in Art. 87. Die ursprünglich im Vertrag von Rom vorgesehene Handhabe gegen Dumpingpraktiken einzelner Mitgliedstaaten erwies sich im Gemeinsamen Markt als gegenstandslos und wurde später gestrichen.⁴

Nach der Entstehungsphase der 50er Jahre lassen sich im europäischen Wettbewerbsrecht drei weitere Entwicklungsphasen trennen: In der *Pionierphase* der 60er und 70er Jahre hat sich die Kommission mit der Durchführungsverordnung Nr. 17⁵ und den Gruppenfreistellungsverordnungen⁶ die Instrumente zur Anwendung von Kartell- und Missbrauchsverbot geschaffen. Die *Expansionsphase* der 80er Jahre dehnte die Anwendung des Wettbewerbsrechts einerseits in frühere Ausnahmebereiche wie Energie⁷, Verkehr⁸ und Versicherungen⁹ aus. Andererseits brachte sie die Einführung der Zusammenschlusskontrolle¹⁰, die 1957 nicht mit aus dem Vertrag über die Montanunion in den EWG-Vertrag übernommen worden war. Nach dem Ende der Zentralverwaltungswirtschaften in Osteuropa setzte ab Mitte der 90er Jahre eine *postsozialistische Phase der Neuorientierung* im europäischen Kartellrecht ein, die ihren Abschluss noch nicht gefunden hat.

Die europäische Kartellrechtsentwicklung wird in dieser vierten, postsozialistischen Phase aus zwei Quellen gespeist. Zum einen kamen zunehmend Zweifel daran auf, ob die Europäische Kommission als zentrale Vollzugsbehörde ihre Aufgabe in Zukunft noch erfüllen kann. Für die Zukunft rechnete man mit dem Beitritt zahlreicher mittel- und osteuropäischer Staaten mit einem Markt von einer halben Mil-

⁴ Vgl. den früheren Art. 91 EWGV.

⁵ Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages vom 6. 2. 1962, ABl. 1962, 204.

⁶ Die Gruppenfreistellungsverordnungen wurden – in großer Zahl – von der Kommission erlassen, die dazu ermächtigt worden ist durch die Verordnung Nr. 19/65 des Rates vom 2. 3. 1965 über die Anwendung von Artikel 85 (3) des Vertrages auf Gruppen von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, ABl. 1965, 533.

⁷ Der Energiesektor war zum Teil dem EGKS-Vertrag, oben Fn. 1, und zum Teil dem Euratom-Vertrag vom 25. 3. 1957, BGBl. II, S. 1014, unterworfen; im Übrigen war das allgemeine europäische Kartellrecht voll anwendbar. Dennoch ist es erst nach der Deregulierung im Zuge der Binnenmarktpolitik zur effektiven Anwendung der Art. 81 und 82 gekommen; eine der ersten Entscheidungen war EuGH 27. 4. 1994, Rs. C-393/92 (*Almelo ./. Isselmij*), Slg. 1994 I-1477. Eingehend zur Entwicklung der Energiemärkte *Nyssens/Schnichels*, in *Faull/Nikpay*, The EC Law of Competition, 2. Aufl. Oxford 2007, ch. 12.

⁸ Siehe näher *Jürgen Basedow*, Wettbewerb auf den Verkehrsmärkten, Heidelberg 1989, S. 157 ff., 173 ff.

⁹ Siehe den Überblick bei *Hans-Peter Schwintowski*, Der private Versicherungsvertrag zwischen Recht und Markt, Baden-Baden 1987, S. 241 ff., 314 ff. sowie *Ryan/Martinez Rivero/Nijenhuis*, in *Faull/Nikpay* (oben Fn. 7) no. 11, 92 ff.

¹⁰ Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. 12. 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 1989 L 395/1.

liarde Menschen, also – verglichen mit 1958 – einer Verdreifachung der Bevölkerung. Würde die Kommission dies noch bewältigen? Der Ruf nach neuen Durchsetzungsregeln wurde laut. Er führte einerseits zur Dezentralisierung der Kartellrechtsanwendung, siehe sogleich II., andererseits zu Initiativen zur verstärkten privaten Durchsetzung des Kartellrechts in Zivilprozessen, unten III.

Zum anderen drangen in den 90er Jahren auch die Gedanken der Chicago-Schule nach Europa vor. Die radikale Vereinfachung des kartellrechtlichen Denkens auf eine reine Wohlfahrtsanalyse unter Ausblendung aller Aspekte der Wirtschaftsfreiheit übte eine beträchtliche Suggestivkraft auf die europäischen Studenten aus, die in den 70er und 80er Jahren an amerikanischen Universitäten das *Antitrust*-Recht erlernten und die nun zunehmend Einfluss auf die Entwicklung des europäischen Kartellrechts nahmen. Das Ergebnis ist der so genannte *more economic approach* der Europäischen Kommission, der allmählich die materielle Wettbewerbsanalyse in allen Bereichen durchdringt, siehe unten IV.

II. Dezentralisierung

1. Konstitutive Freistellungen vor 2003

Seit der Verkündung der Verordnung Nr. 17 im Jahre 1962 wurde das europäische Wettbewerbsrecht durch das Freistellungsmonopol der Kommission im Rahmen des Art. 81 Abs. 3 EG charakterisiert.¹¹ Nur angemeldete Absprachen konnten freigestellt werden.¹² Nationale Behörden und Gerichte konnten (und mussten) sogar das Kartellverbot gemäß Art. 81 Abs. 1 EG – damals wie heute – anwenden.¹³ Ein Freistellungsantrag in Brüssel führte aber zur Aussetzung¹⁴ und damit zur Verzögerung der nationalen Verfahren. Die Zahl der Beschwerden und Freistellungsanträge bei der Kommission nahmen unaufhaltsam zu. Sie zu bewältigen, war die Kommission schon bald nicht mehr in der Lage.

Als Ausweg ersann die Kommission einerseits Gruppenfreistellungen, zu denen sie vom Rat in großem Umfang ermächtigt wurde.¹⁵ Zum anderen beantwortete sie Anträge auf Einzelfreistellung mit so genannten *comfort letters*. Sie stellte darin lediglich fest, dass sie zurzeit keinen Anlass zum Einschreiten sehe, sich aber das Recht zu einer späteren Untersuchung vorbehalte.¹⁶ Die resultierende Rechtsunsicherheit war erheblich. Waren Verträge nach der Ausstellung eines solchen *comfort letter* nun von nationalen Gerichten als wirksam oder gemäß Art. 81 Abs. 2 EG als nichtig an-

¹¹ Siehe Art. 9 Abs. 1 VO Nr. 17, oben Fn. 5.

¹² Siehe Art. 4 Abs. 1 Satz 2 VO Nr. 17, oben Fn. 5.

¹³ Siehe Art. 9 Abs. 3 VO Nr. 17, oben Fn. 5.

¹⁴ EuGH 28. 2. 1991, Rs. C-234–89 (*Delimitis ./. Henninger Bräu*), Slg. 1991 I-935 Tz. 48, 52.

¹⁵ Siehe oben Fn. 6.

¹⁶ Siehe dazu etwa *Christopher Bellamy/Graham Child*, *Common Market Law of Competition*, 3. Aufl. London 1987, no. 3-013.

zusehen? Mit der Erweiterung der Gemeinschaft würde sich dieses Problem mengenmäßig noch deutlich verschärfen.

2. Art. 81 Abs. 3 EG als Legalausnahme

Als Lösung ordnet Art. 1 Abs. 2 der neuen Kartellverordnung 1/2003¹⁷ die unmittelbare Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG an. Nationale Gerichte und Behörden wenden also nicht nur das Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1, sondern zugleich auch die Freistellungsvorschrift des Absatzes 3 an. Diese wird damit zur Legalausnahme. Zugleich verlieren sie das Ermessen, bei der Würdigung wettbewerbsschädigenden Verhaltens statt der Art. 81 und 82 EG das nationale Wettbewerbsrecht anzuwenden. Soweit eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels im Raume steht, richtet sich die Rechtmäßigkeit von Kartellabsprachen und Verhaltensabstimmungen im Ergebnis ausschließlich nach Art. 81.¹⁸ Bei missbräuchlichen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen gilt dies im Prinzip auch, doch kann sich strengeres nationales Recht hier gegenüber Art. 82 durchsetzen.¹⁹

Mit der Zurückdrängung nationaler Maßstäbe möchte die Gemeinschaft verhindern, dass die Dezentralisierung zu einer Verzerrung der materiellen Wettbewerbsprinzipien der EG führt. Dem gleichen Ziel dient auch die Einrichtung eines Netzwerkes, des *European Competition Network*, das für eine Zuweisung der Fälle an einzelne Behörden sorgt.²⁰ Es besteht aus der Kommission und den mitgliedstaatlichen Behörden. Sie sind zu enger Kooperation verpflichtet, wie sich aus verschiedenen Vorschriften der Verordnung 1/2003 und weiteren Dokumenten ergibt, so einer gemeinsamen Erklärung des Rates und der Kommission²¹ und einer sogenannten Netzwerk-Bekanntmachung²². Nach Angaben aus verschiedenen Wettbewerbsbehörden verläuft die Zusammenarbeit durchaus erfolgreich.

3. Kritik

Dennoch kann man am Gesamtkonzept zweifeln. Ohne hier auf Einzelheiten einzugehen, seien einige Punkte resümiert. Zu denken gibt erstens, dass die Verordnung 1/2003 just zu dem Zeitpunkt in Kraft trat, als die wirtschaftliche Situation in den Mitgliedstaaten nach dem Beitritt verschiedener osteuropäischer Länder mit nach

¹⁷ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. Nr. L 1 vom 4. 1. 2003, S. 1.

¹⁸ Vgl. Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO 1/2003, oben Fn. 17.

¹⁹ Vgl. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003, oben Fn. 17.

²⁰ Christina Oelke, Das europäische Wettbewerbsnetz, Baden-Baden 2006.

²¹ Gemeinsame Erklärung des Rates und der Kommission zur Arbeitsweise des Netzes der Wettbewerbsbehörden vom 10. 12. 2002, Ratsdokument 15435/02 ADD1.

²² Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, ABl. C 101 v. 27. 4. 2004, S. 43.

wie vor hohen Staatsquoten und einer wettbewerbsfeindlichen Tradition besonders heterogen war. Kein guter Zeitpunkt für eine Dezentralisierung!

Zweitens gehen die wirtschaftspolitischen Überzeugungen auch in den Altstaaten der Union auseinander. Überall reden Politiker – unabhängig von der Aktionärsstruktur – von den »eigenen« Unternehmen, die man unterstützen müsse. Die weitgefassten Tatbestandselemente der Art. 81 und 82 EG bieten in jedem Land Einfallstore für eine Förderung von »nationalen Champions«.

Drittens sind die Regeln über die Zuweisung eines Falles im europäischen Netz der Wettbewerbsbehörden so unbestimmt, dass kein Unternehmen im Voraus beurteilen kann, welche nationale Behörde sein Verhalten untersuchen und ahnden wird. Soweit einzelne Mitgliedstaaten auch strafrechtliche Sanktionen vorsehen, ist dies im Hinblick auf justizielle Grundrechte wie Art. 6 EMRK oder Art. 47 der Charta der Grundrechte höchst bedenklich.

Mängel bestehen viertens auch hinsichtlich der Kooperationsmechanismen; so ist eine wechselseitige Anerkennung und Vollstreckung der mitgliedstaatlichen Entscheidungen in der Verordnung 1/2003 nicht vorgesehen.

Schließlich wird man als Fünftes die latenten Sanktionsdefizite beklagen. Wenn das Behördennetzwerk einen Fall der Behörde eines Mitgliedstaates zuweist, wird diese Behörde in aller Regel nur die Wettbewerbsbeschränkungen einschließlich der Umsätze der beteiligten Unternehmen auf dem eigenen nationalen Markt untersuchen. Demgemäß richtet sich dann auch die Höhe einer festgesetzten Buße nach den Umsätzen auf diesem nationalen Markt und nicht nach den europaweit erzielten Umsätzen.

Alles in allem dürften die Art. 81 und 82 EG zwar heute häufiger durchgesetzt werden als früher. Der Preis dafür ist jedoch erheblich: Inhomogenität der Rechtsanwendung in der Gemeinschaft, Einbußen an Rechtsstaatlichkeit und latente Untersanktionierung wiegen schwer.

III. Private Durchsetzung des Wettbewerbsrechts

1. Anstöße durch den Gerichtshof

Die Schwäche der zentralen Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts durch die Kommission könnte auch dadurch kompensiert werden, dass Wettbewerbsverstöße künftig in stärkerem Umfang von Zivilgerichten sanktioniert werden. Als Einrede ist die Berufung auf einen Wettbewerbsverstoß des Prozessgegners nichts Neues; im Erfolgsfall greift die Nichtigkeitsfolge des Art. 81 Abs. 2 EG.²³ Seit einigen Jahren konzentriert sich die Diskussion dagegen auf den offensiven Gebrauch der Art. 81 und 82 EG durch die Opfer von Wettbewerbsverstößen. Das Gemeinschafts-

²³ Vgl. dazu nur *Karsten Schmidt*, in *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht*, Kommentar, Bd. I 1997, Art. 85 Abs. 2 Rn. 38 ff.

recht selbst hat solche Ansprüche auf Schadenersatz bis vor kurzem nicht anerkannt, erst recht nicht Ansprüche auf dreifachen Schadenersatz, wie sie der amerikanische *Clayton Act* zuerkennt.²⁴

Das Gemeinschaftsrecht ist jedoch in Rechtsprechung und Gesetzgebung in Bewegung geraten. Schon im Modernisierungsweißbuch von 1999 betonte die Kommission, dass der Vorschlag für die spätere Verordnung 1/2003 auf die Förderung der privaten Durchsetzung durch die mitgliedstaatlichen Gerichte abziele.²⁵ Tatsächlich können nationale Zivilgerichte über Schadenersatzklagen wegen Verletzung des Art. 81 EG nun unmittelbar entscheiden, ohne lange auf eine Freistellungsentscheidung der Kommission warten zu müssen.

Inzwischen hat der Europäische Gerichtshof in der Rechtsache *Courage v. Crehan*²⁶ auch bestätigt, dass die praktische Wirksamkeit des Kartellverbots beeinträchtigt werde, »wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könne, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist.«²⁷ Damit war in der Sache eine gemeinschaftsrechtliche Grundlage für Schadenersatzansprüche anerkannt. 2006 folgte der Gerichtshof in der Sache *Manfredi* aus dem Effektivitätsgrundsatz, dass ein Kartellopfere »nicht nur Ersatz des Vermögensschadens (damnum emergens), sondern auch des entgangenen Gewinns (lucrum cessans) sowie die Zahlung von Zinsen verlangen können muss.«²⁸ Über andere Fragen entscheide dagegen das maßgebliche nationale Recht.²⁹

Soweit die betreffenden Ansprüche deliktischer Natur sind, hat der Gemeinschaftsgesetzgeber inzwischen in Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung bestimmt, dass in diesen Fragen grundsätzlich das Recht des betroffenen Marktes maßgeblich ist; bei Auswirkungen in mehreren Staaten tritt unter Umständen die *lex fori* an die Stelle.³⁰

²⁴ Vgl. § 4 Clayton Act, 15 U.S.C. § 15 – Suits by persons injured.

²⁵ Vgl. Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag niedergelegten Wettbewerbsregeln und zur Änderung der Verordnungen (EWG) Nr. 1017/68, (EWG) Nr. 2988/74, (EWG) Nr. 4056/86 und (EWG) Nr. 3975/87 (»Durchführungsverordnung zu den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag«); KOM (2000), 582 endg., Bericht Teil 2 C 1 (a).

²⁶ EuGH 20. 9. 2001, Rs. C-453/99 (*Courage Ltd. ./ Crehan*), Slg. 2001 I – 6297.

²⁷ Vgl. Rn. 26 des Urteils.

²⁸ EuGH 13. 7. 2006, verb. Rs. C-295–288/04 (*Manfredi ./ Lloyd Adriatico*), Slg. 1996 I-6619 Tz. 100.

²⁹ EuGH, vorige Fn., Tz. 92.

³⁰ Siehe Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. 7. 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl. 2007 L 199/40; siehe *Peter Mankowski*, Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung, RIW 2008, 177–193.

2. Legislative Entwicklung

Parallel zu dieser richterrechtlichen Entwicklung hat die Kommission einen politischen Willensbildungsprozess über Schadenersatzklagen wegen Verletzung der Art. 81 und 82 EG in Gang gesetzt. Nach einem vorbereitenden Symposium am Europäischen Hochschulinstitut in Florenz im Jahre 2001³¹ berief sie 2004 eine Sachverständigengruppe³², die bei der Vorbereitung des Grünbuchs von 2005 mitwirkte.³³ Nach einer breiten Diskussion in den Fachkreisen ist im Frühjahr 2008 nun ein Weißbuch über »Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts« veröffentlicht worden, in dem die Kommission eine Reihe von Vorschlägen unterbreitet und rechtspolitische Optionen aufzeigt.³⁴

Im Einzelnen geht es dabei um die Klagebefugnis für einzelne Verbraucher, aber auch für bestehende Interessengruppierungen sowie *ad hoc* zu gründende Verbände; um den Zugang zu Beweismitteln durch Etablierung von Offenlegungspflichten; um die Bindungswirkung von bestandskräftigen Entscheidungen nationaler Behörden in anderen Mitgliedstaaten; um das Verschuldenserfordernis bei der Anspruchsbeurteilung; um die Erleichterung der Schadensberechnung; um den Einwand der Schadensabwälzung, der gegenüber direkten Abnehmern zugelassen, gegenüber indirekten Abnehmern dagegen nicht gestattet werden soll; um den Beginn und die Hemmung der Verjährung; um die Höhe und Verteilung der Gerichtskosten sowie um das Verhältnis zwischen den Kronzeugenregelungen der behördlichen Kartellverfahren und möglichen Schadenersatzprozessen.

3. Würdigende Anmerkungen

Die angesprochenen Fragen betreffen weite Bereiche des Zivil- und Zivilprozessrechts. Für eine auch nur kursorische Würdigung fehlen hier Zeit und Raum, würde doch jede von ihnen eine ausführliche Stellungnahme in einem eigenen Vortrag verdienen. Anstelle einer solchen Einzelwürdigung mögen zwei allgemeinere Bemerkungen den Abschluss bilden.

Zum einen setzt sich in den geschilderten Bestrebungen der Kommission eine Tendenz in der europäischen Gesetzgebung fort, die zur Ausformung spezieller Deliktsrechte in einzelnen Bereichen führt. So werden etwa in der Richtlinie 2005/29

³¹ Vgl. Claus Dieter Ehlermann/Isabela Atanasiu (Hrsg.), *Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford 2003.

³² Unter dem Vorsitz von Walter van Gerven gehörten der Kommission an: Der Verfasser dieses Beitrags; Sir Christopher Bellamy; Carole Champalaune; Robert Mok.

³³ Grünbuch »Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrecht«, KOM (2005) 672 vom 19. 12. 2005, dazu wurde in englischer Sprache ein sehr viel umfangreicheres *Commission Staff Working Paper* publiziert; beide auch in Jürgen Basedow (Hrsg.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, Alphen aan den Rijn 2007, S. 257 ff.

³⁴ Weißbuch »Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts«, KOM (2008) 165 vom 2. 4. 2008; auch hierzu wurde in englischer Sprache ein *Commission Staff Working Paper* publiziert: SEC (2008) 404.

über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern und Verbrauchern Ansprüche auf Unterlassung und Beseitigung, wenngleich nicht auf Schadenersatz verankert,³⁵ und die Richtlinie 2004/48 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums begründet zugunsten des Rechtsinhabers neben Auskunftsrechten auch Ansprüche auf Abhilfe- und Ersatzmaßnahmen sowie auf Schadenersatz.³⁶ Die genannten Richtlinien führen auch zu einer sektoralen Angleichung in manchen prozessrechtlichen Fragen, gerade so, wie dies auch in manchen verbraucherrechtlichen Richtlinien und nun auch im erwähnten kartellrechtlichen Weißbuch vorgesehen ist. Auch wenn die europäische Rechtsharmonisierung immer nur im Detail voranschreiten kann, wird hier doch der Bedarf für übergreifende Konzepte spürbar, auch wenn sie naturgemäß immer nur langfristig wirken können.

Eine zweite allgemeinere Bemerkung betrifft die Rolle der Kläger. Im Geschäftsleben gehen die wenigsten zu Gericht, weil sie Gerechtigkeit wiederherstellen wollen; Michael Kohlhaas war kein Kaufmann. Wer im Wirtschaftsrecht klagt, folgt im Allgemeinen einem nüchternen Kalkül: Er fragt sich nach der Wahrscheinlichkeit des Prozessgewinns und ob es vielleicht andere, kommerzielle Lösungen gibt, die mehr Erfolg versprechen. Die private Durchsetzung des Kartellrechts steht insofern in Konkurrenz zu Arrangements des Klägers mit dem Kartell, also Absprachen, durch die er sich zum Teil der Wettbewerbsbeschränkung macht. Dies ist bei allen Bestrebungen zu einer stärkeren Ökonomisierung der Kartellrechtsanwendung zu bedenken, von denen nun die Rede sein soll.³⁷

IV. Der *more economic approach*

1. Die *Chicago-Schule*

Ein weiteres Charakteristikum der Modernisierung des europäischen Wettbewerbsrechts ist die gewachsene Bedeutung der Wirtschaftswissenschaften. Sie hat ihren Ursprung nicht in den Anwendungsproblemen, die sich in einer gewaltig erweiterten Gemeinschaft ergeben, sondern wie schon erwähnt in den Lehren der *Chicago School of Antitrust*, die mit der Reagan-Administration in den 80er Jahren zur dominanten Denkrichtung im amerikanischen Wettbewerbsrecht wurde. Die Chicago-Schule reagierte auf eine sehr rigide Rechtsprechung der US-Gerichte, die über Jahrzehnte hinweg zum Schutz kleinerer Wettbewerber zahlreiche Verhaltensweisen wie Kampf-

³⁵ Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. 5. 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern, ABl. 2005 L 149/22, siehe Art. 11.

³⁶ Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. 4. 2004 zur Durchsetzung des Rechts des geistigen Eigentums, ABl. 2004 L 157/45; siehe Art. 10, 12, 13.

³⁷ Vgl. schon Jürgen Basedow, Das Kartelldeliktsrecht und der »More Economic Approach«, EuZW 2006, 97.

preise, Kopplungsabsprachen oder Ausschließlichkeitsbindungen für rechtswidrig erklärten, ohne ihrer wettbewerbliehen Ambivalenz hinreichend Rechnung zu tragen.³⁸

Die Chicago-Schule hat dem ein schlichtes und deshalb gedanklich sehr attraktives Gedankengebäude entgegengesetzt, das sich im Wesentlichen aus drei Elementen zusammensetzt.³⁹ (1) Als Leitbild gilt nicht der Schutz der Wettbewerber, sondern die Maximierung der Wohlfahrt, worunter durchweg die Konsumentenwohlfahrt verstanden wird; der Wettbewerb ist nur Mittel der Wohlfahrtsmaximierung. (2) Die Aufgabe der Wettbewerbsanalyse besteht darin, die Wohlfahrtseffekte von Verhaltensweisen auf den Märkten zu ermitteln. Es komme letztlich nicht darauf an, ob die wettbewerbliehen Struktur eines Marktes durch ein bestimmtes Verhalten beeinträchtigt werde und es danach weniger Wettbewerber als vorher gebe. Entscheidend seien vielmehr die Wohlfahrtswirkungen des Verhaltens der Beteiligten, die mit den Mitteln der Prognose festzustellen seien. Soweit Märkte für den Zutritt neuer Wettbewerber offen sind, könne man prognostizieren, dass monopolistisches Verhalten marktbeherrschender Unternehmen zu neuen Marktzutritten führe. Diese würden das Verhalten des Marktbeherrschers schon im Vorfeld disziplinieren. (3) Effizienzgewinne seien auf jeden Fall im Rahmen der Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen zu berücksichtigen.

Diese Gedanken haben sowohl die legislative wie auch die exekutive Behandlung des europäischen Wettbewerbsrechts während des letzten Jahrzehnts in vielen Bereichen beeinflusst. Die Betonung der wettbewerbliehen Effekte schlägt sich etwa nieder in den Leitlinien für horizontale Zusammenarbeit⁴⁰, aber auch in der Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Beschränkungen, nach der vertikale Bindungen jedenfalls dann als unbedenklich gelten, wenn die betroffenen Marktanteile unter 30% liegen.⁴¹ Eine umfassende Überarbeitung der Anwendungspraxis des Missbrauchsverbots gemäß Art. 82 EG auf Verdrängungspraktiken wird seit nunmehr rund drei Jahren beraten.⁴² Auch dabei geht es um eine präzisere Erfassung der Wohlfahrtswirkungen, insbesondere im Hinblick auf Marktzutrittsbarrieren. Für den Bereich der staatlichen Beihilfen hat die Kommission ebenfalls einen Aktions-

³⁸ Zur Chicago-Schule siehe etwa *Ingo Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 8. Aufl., Stuttgart 2005, S. 19 ff.

³⁹ Siehe eingehend und grundlegend hierzu *Wolfgang Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, erscheint demnächst, § 7 B.

⁴⁰ Bekanntmachung der Kommission: Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. Nr. C 3 vom 6. 1. 2000, S. 2 ff.

⁴¹ Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. L 336 vom 29. 12. 1999, S. 21 ff.

⁴² DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, December 2005, jetzt ersetzt durch Communication from the Commission, Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, Entwurf vom 3. 12. 2008, siehe <<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/guidance.pdf>>.

plan veröffentlicht, nach dem bei der Rechtfertigung von Beihilfen gemäß Art. 87 Abs. 3 EG stärker auf ökonomische Eigenarten der betroffenen Märkte, insbesondere auf Marktversagen zu achten ist.⁴³ Ein besonders wichtiges rechtliches Indiz für diese Entwicklung ist auch das materielle Untersagungskriterium der neuen Fusionskontrollverordnung 139/2004⁴⁴. Dazu hier einige paradigmatische Ausführungen.

2. Von der alten zur neuen Fusionskontrollverordnung

Nach der früheren Fusionskontrollverordnung 4064/89 waren Zusammenschlüsse, die »eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde«, für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären. Das zweite Tatbestandsmerkmal dieses zweistufigen Tests, die erhebliche Wettbewerbsbehinderung, hat neben dem Marktbeherrschungstest keine nennenswerte eigenständige Rolle gespielt.⁴⁵ Mit dem Marktbeherrschungstest knüpfte die Verordnung indirekt an die gedanklichen Kategorien des Art. 82 EG an, insbesondere auch an die vom Gerichtshof aufgestellte Vermutung einer Marktbeherrschung bei einem Marktanteil von über 50%⁴⁶ und an die Rechtsprechung zur kollektiven Marktbeherrschung.

Artikel 2 Abs. 3 der Verordnung 139/2004 hat die Reihenfolge der beiden Tatbestandsmerkmale umgekehrt. Unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt sind nunmehr »Zusammenschlüsse, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, insbesondere durch die Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung.« Der Marktbeherrschungstest ist nun also nur noch ein Beispiel für eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs, für ein »significant impediment to effective competition« (SIEC). Nach dem neuen SIEC-Test kann folglich auch ein Zusammenschluss, der eine marktbeherrschende Stellung weder begründet noch verstärkt, verboten werden.

Inwiefern bringt das neue Untersagungskriterium ökonomische Überlegungen zum Tragen? Und inwiefern besteht überhaupt ein Bedarf für eine Erweiterung der Untersagungsmöglichkeiten? Erwägungsgrund 25 der Verordnung 139/2004 verweist in diesem Zusammenhang auf die so genannten nicht koordinierten bzw. unilateralen Effekte, die ein Zusammenschluss in oligopolistischen Märkten haben kann.

⁴³ Aktionsplan Staatliche Beihilfen, KOM (2005) 107 vom 7. 6. 2005.

⁴⁴ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (»EG-Fusionskontrollverordnung«), ABl. Nr. L 24 vom 29. 1. 2004, S. 1 ff.

⁴⁵ Vgl. zur Diskussion um die Bedeutung dieses Tatbestandsmerkmals *Immenga*, in *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar, Bd. I, 1997, FKVO Art. 2 Rn. 18 ff. sowie *Rösler*, in *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, Bd. VI, Art. 2 FKVO Tz. 216 ff.

⁴⁶ EuGH 3. 7. 1991, Rs. C-62/86 (*AKZO Chemie ./. Kommission*), Slg. 1991 I-3359 Tz. 60.