



---

KERNPUNKTE

## **ZUM VORSCHLAG FÜR EINE RICHTLINIE ÜBER BESTIMMTE VORSCHRIFTEN FÜR SCHADENSERSATZKLAGEN NACH EINZELSTAATLICHEM RECHT GEGEN ZUWIDERHANDLUNGEN GEGEN WETTBEWERBSRECHTLICHE BESTIMMUNGEN DER MITGLIEDSSTAATEN UND DER EUROPÄISCHEN UNION**

KOM (2013) 404 final

---

### **I. Vorbemerkung**

Der Markenverband ist die Spitzenorganisation der deutschen Markenwirtschaft. Er vertritt die Interessen von gegenwärtig rund 400 Mitgliedern auf nationaler und europäischer Ebene. Er tritt ein für ein positives Konsumklima, für transparenten Leistungswettbewerb, für mündige Verbraucher, für den Schutz geistigen Eigentums und für nachhaltiges Wirtschaften. Er ist registrierter Interessenvertreter bei der EU-Kommission (Nr. 2157421414-31).

Das vorliegende Kernpunktepapier konzentriert sich auf zentrale Punkte, die aus der Sicht der markenorientierten Wirtschaft in Deutschland zu dem Richtlinienentwurf anzumerken sind. Detailliertere Positionen bleiben einem separaten Papier vorbehalten.

Die deutsche Markenwirtschaft bekennt sich ausdrücklich zu einer effektiven Durchsetzung der Wettbewerbsregeln der Europäischen Union im Zusammenspiel öffentlicher und privater Rechtsdurchsetzung. Dazu gehört es auch, sicherzustellen, dass die von Wettbewerbsbeschränkungen Betroffenen ihren im AEUV fußenden Anspruch auf eine Kompensation erlittener Schäden tatsächlich durchsetzen können. Sie bezweifelt jedoch, ob der Richtlinienentwurf zumal in der gegenwärtigen Fassung erforderlich und geeignet ist, den Weg für eine effektive und angemessene Kompensation zu bereiten.

### **II. Keine Notwendigkeit für die vorgeschlagene Richtlinie**

Sowohl Art. 103 als auch Art. 114 AEUV bieten keine ausreichende Ermächtigungsgrundlage für den vorgelegten Richtlinienentwurf. Weder ist eine ausreichende Begründung der Notwendigkeit für eine derartige europaweite Regelung gegeben, noch sprechen allgemeine Gründe für eine solche. Vielmehr bestehen nach Dafürhalten des Markenverbandes in allen Mitgliedstaaten ausreichende Regelungen zur Geltendmachung des europarechtlich begründeten Schadensersatzanspruchs.

Sollten in einzelnen nationalen Fällen Defizite bestehen, so erscheint es angemessen, diese auf nationaler Ebene zu beheben. Nur auf diese Weise lässt sich gewährleisten, dass die nationalen Schadensersatz- und Prozessrechtsregime, die einerseits die europarechtlich begründeten Ansprüche umfassen, andererseits aber weit darüber hinaus gehen, in der jeweils eigenen Rechts- und Rechtsanwendungstradition friktionslos gestaltet und aufrechterhalten werden können. Mit einem singulären Eingriff in die nationalen Rechtsordnungen im Interesse eines vereinheitlichten Kartellschadensersatz- und -prozessrechts wird die Einheit der Rechtsordnungen gefährdet. Vergleichbare Eingriffe sind ansonsten nicht bekannt, auch in anderen Regelungsbereichen nicht, die eine unmittelbare Anspruchsbegründung zugunsten der Betroffenen aus europäischem Recht kennen.

Eine Zuständigkeit des europäischen Gesetzgebers für rein nationale Fälle besteht nicht. Daher ist die Definition des auch rein nationale Sachverhalte erfassenden Geltungsbereiches des Art. 1 und Art 2 des Entwurfes zu weit.

### **III. Kompensationsprinzip definiert Umfang und Grenzen eines private Enforcement**

#### **1) Kein Schadensersatz bei bloßer Gefährdungshaftung ohne Erfolgseintritt**

Die kartellrechtlichen Vorschriften stellen Gefährdungsdelikte dar; für eine Tatbestandsverwirklichung ist es bereits ausreichend, wenn die Gefahr der Schädigung besteht. Aufgrund der Ergebnisoffenheit des Wettbewerbs kann auch nicht auf den Eintritt eines Schadens abgestellt werden, denn das „richtige“ Ergebnis ohne Beeinträchtigung des Wettbewerbsprozesses kann nicht feststehen. Selbstverständlich schließt dies nicht aus, dass im konkreten Einzelfall ein Schaden entsteht, etwa durch überhöhte Preise; etwa beim „bloßen“ wettbewerbswidrigen Informationsaustausch aber ist dies doch zweifelhaft.

Mit einer allgemeinen, wenn auch widerleglichen Vermutung, durch einen Wettbewerbsverstoß würde ein individueller Schaden entstehen, besteht die Gefahr, dass Schadensersatzklagen entgegen den Intentionen der Kommission zu einer weiteren Sanktionierung führte, anstatt kompensatorische Aufgaben zu erfüllen. Ein solcher Schadensersatzanspruch führte selber zu Wettbewerbsverzerrung und diene nicht der Durchsetzung der Wettbewerbsregeln. Der Beweis des Negativen, nämlich, dass ein Schaden nicht eingetreten ist, ist regelmäßig und aus erkenntnistheoretischen Gründen nicht zu führen. Aus diesem Grund arbeitet die deutsche Rechtsprechung in solchen Fällen nicht mit Beweislasten, sondern sekundären Darlegungslasten: „Wegen der Schwierigkeiten des Negativbeweises kann vom Prozessgegner nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast das substantiierte Bestreiten der negativen Tatsache unter Darlegung der für das Positive sprechenden Tatsachen und Umstände verlangt werden (BGH, Urt. v. 08. 10. 1992 - I ZR 220/90). Nur diese vom Gegner vorgetragene Umstände braucht der Beweispflichtige dann zu widerlegen“ (BGH, Urteil vom 19. 4. 2005 - X ZR 15/04). Eine derart differenzierte Vorgehensweise erscheint auch für Art. 13 Abs. 2 und 16 des Entwurfes angezeigt.

Das Vorgenannte gilt umso mehr, als Schadensersatzklagen wegen Verstoßes gegen die Wettbewerbsregeln nicht nur gegenüber Unternehmen sondern auch gegen Privatpersonen möglich sind. Werden die häufig ehemaligen Mitarbeiter auf Schadensersatz in Anspruch genommen, so besteht weder das behauptete Informationsgefälle, noch eine nachvollziehbare Notwendigkeit, aus

allgemeinen „Gerechtigkeitsaspekten außerhalb des allgemeinen Schadensrechtes“, diesen Personen eine umfassende Beweislast im Sinne der Art. 13 oder 16 aufzuerlegen, zumal die Kommission in der Begründung unter Punkt 4.5 richtigerweise davon ausgeht, dass „der Nachweis und die Quantifizierung eines kartellrechtlichen Schadens im Allgemeinen in Bezug auf die Sachverhaltsfeststellung und -bewertung sehr aufwändig“ ist und „unter Umständen die Anwendung komplexer ökonomischer Modelle erfordert“.

## **2) Schadensersatz erfordert Verschulden**

Art. 2 des Entwurfes regelt den allgemeinen Grundsatz, dass derjenige, der einen Schaden erlitten hat, den vollständigen Schaden verlangen kann. Es fehlt hingegen die notwendige Einschränkung, dass zur Ersatzleistung nur verpflichtet sein kann, wer rechtswidrig und schuldhaft die Wettbewerbsregeln verletzt hat.

Das Verschulden muss ausgeschlossen sein, wenn sich der Betroffene im Rahmen einer Selbstveranlagung auf eine sorgfältig fundierte Fach-Expertise, auch von beratenden Anwälten, verlassen hat, die im Ergebnis unzutreffend ist.

## **3) Offenlegung von Beweismitteln**

Im Übrigen ist zu betonen, vorbehaltlich einer detaillierteren Kommentierung im Positionspapier mit Blick auf die weiteren in dem Entwurf enthaltenen Regelungen, dass Regeln zum Schadensersatz und zu Gerichtsverfahrensordnungen stets auf Basis der kontinentaleuropäischen Rechtstradition ausgestaltet sein müssen.

Eine Ausgestaltung in Richtung von typischen Elementen des Common Law, wie „Pre-trial Discovery“, „Disclosure“, entspricht per se nicht den kontinentaleuropäischen Zivilrechtssystemen und führt zu erheblichen Systembrüchen, insbesondere, wenn wie hier eine Regelung eines einzelnen Bereiches, Kartellschadensersatz, erfolgt und sich nicht auf allgemeine Schadensersatzvorgaben erstreckt.

Im deutschen Recht besteht bereits ein ausgewogenes und angemessenes Prozessrecht auf Basis des Beibringungsgrundsatzes, den Regeln der Beweislast einschließlich sekundärer Beweislast, mit der Möglichkeit einer Auskunftsklage und der Anordnung von Urkundenvorlegung nach § 142 und Anordnung der Aktenübermittlung nach 143 ZPO. Dies bietet bereits heute die Möglichkeit der Einsichtnahme in Unterlagen jenseits von „Fishing Expeditions“ und kann als Vorbild zur Überwindung von Informationsschwierigkeiten dienen. In jedem Fall ist die Verpflichtung zur Offenlegung von Dokumenten im vorliegenden Entwurf zu allgemein gehalten und ist einzuschränken. Eine allgemeine „Discovery“ muss ausgeschlossen und auch die Frage der Art und Weise der Offenlegung selber an ein zu konkretisierendes Verhältnismäßigkeitsprinzip gebunden werden. Die Beschränkung der Offenlegung in Art. 6 müsste sich zumindest auch auf solche Dokumente erstrecken, die etwa zur Vorbereitung oder sonst im Zusammenhang der in Art 6 Abs. 1 aufgeführten Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen erstellt wurden.

Berlin, den 25.09.2013

gez. Dr. Andreas Gayk



---

POSITIONSPAPIER

## **ZUM VORSCHLAG FÜR EINE RICHTLINIE ÜBER BESTIMMTE VORSCHRIFTEN FÜR SCHADENSERSATZKLAGEN NACH EINZELSTAATLICHEM RECHT GEGEN ZUWIDERHANDLUNGEN GEGEN WETTBEWERBSRECHTLICHE BESTIMMUNGEN DER MITGLIEDSSTAATEN UND DER EUROPÄISCHEN UNION**

KOM (2013) 404 final

---

### **I. Vorbemerkung**

Der Markenverband ist die Spitzenorganisation der deutschen Markenwirtschaft. Er vertritt die Interessen von gegenwärtig rund 400 Mitgliedern auf nationaler und europäischer Ebene. Er tritt ein für ein positives Konsumklima, für transparenten Leistungswettbewerb, für mündige Verbraucher, für den Schutz geistigen Eigentums und für nachhaltiges Wirtschaften. Er ist registrierter Interessenvertreter bei der EU-Kommission (Nr. 2157421414-31).

Die deutsche Markenwirtschaft bekennt sich ausdrücklich zu einer effektiven Durchsetzung der Wettbewerbsregeln der Europäischen Union im Zusammenspiel öffentlicher und privater Rechtsdurchsetzung. Dazu gehört die bereits auf Grund des Primärrechts bestehende Verpflichtung der Mitgliedstaaten, sicherzustellen, dass die von Wettbewerbsbeschränkungen Betroffenen ihren im AEUV fußenden Anspruch auf eine Kompensation erlittener Schäden tatsächlich durchsetzen können. Europäisches Kartellrecht enthält inhaltlich klare Vorgaben für die behördliche Durchsetzung. Vorgaben für die private Durchsetzung müssen wesentliche Prinzipien des Schadensrechts beachten und auch prozessual in der Rechtstradition der Mitgliedsländer der Europäischen Union stehen. Die deutsche Markenwirtschaft bezweifelt, ob der Richtlinienentwurf - zumal in der gegenwärtigen Fassung - erforderlich und geeignet ist, den Weg für eine solche effektive und angemessene Kompensation zu bereiten.

### **II. Gesetzgebungskompetenz Notwendigkeit für die vorgeschlagene Richtlinie**

Weder Art. 103 als auch Art. 114 AEUV bieten eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage für den vorgelegten Richtlinienentwurf. Weder ist eine ausreichende Begründung der Notwendigkeit für eine derartige europaweite Regelung gegeben, noch sprechen allgemeine Gründe für eine solche. Der Vorschlag beschäftigt sich mit der prozessualen Durchsetzung eines europarechtlich begründeten Schadenersatzanspruchs, während die Kommission in den Fragen und Antworten zu dem Richtlinienvorschlag selbst betont, dass unverändert die Verfolgung von Verstößen gegen die

Wettbewerbsregeln und die Abschreckung vor ihrer Begehung weiterhin Aufgabe der Wettbewerbsbehörden bleibt.

Damit aber dient sie nicht der Verwirklichung der Wettbewerbsregeln, sondern regelt das Verfahren für Folgeansprüche. Art. 103 AEUV bildet zwar die Grundlage zur Regelung des Kartellrechts und des Kartellverfahrensrechts, nicht aber des Zivilprozessrechts, das hier im Vordergrund steht.

Zudem bestehen nach Dafürhalten des Markenverbandes in den Mitgliedstaaten ausreichende Regelungen zur Geltendmachung des europarechtlich begründeten Schadensersatzanspruchs. Sollten in einzelnen nationalen Fällen Defizite existieren, so sind diese auf nationaler Ebene zu beheben. Nur auf diese Weise lässt sich gewährleisten, dass die nationalen Schadensersatz- und Prozessrechtsregime, die einerseits die europarechtlich begründeten Ansprüche umfassen, andererseits aber weit darüber hinaus gehen, in der jeweils eigenen Rechts- und Rechtsanwendungstradition friktionslos gestaltet und aufrechterhalten werden können. Mit einem singulären Eingriff in die nationalen Rechtsordnungen im Interesse eines vereinheitlichten Kartellschadensersatz- und -prozessrechts wird die Einheit der nationalen Rechtsordnungen erheblich gefährdet. Es besteht die Gefahr, dass es auf Grund der Richtlinie zu jetzt im Detail noch nicht absehbaren Wertungswidersprüchen in den nationalen Zivil-(prozess)ordnungen kommen wird. Vergleichbare Eingriffe sind ansonsten nicht bekannt, auch in anderen Regelungsbereichen nicht, die eine unmittelbare Anspruchsbegründung zugunsten der Betroffenen aus europäischem Recht kennen. Es gibt keinen Grund, nur mit Blick auf das kartellrechtliche Schadensersatzrecht eine andere Vorgehensweise zu protegiere.

Wie die Richtlinie der Verwirklichung des Binnenmarktes dienen soll (Art. 114 AEUV), ist ebenfalls nicht erkennbar. Das Internationale Privatrecht sieht für die Geltendmachung von Ansprüchen aus den bei Verstößen gegen die Wettbewerbsregeln vorliegenden unerlaubten Handlungen hinreichend Möglichkeiten zur Bestimmung des Mitgliedstaates vor, in dem die Ansprüche geltend gemacht werden können, um eine effektive Durchsetzung zu ermöglichen. Auch ein Vergleich mit der Richtlinie 2004/48/EG vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums vermag hier zu keinem anderen Ergebnis führen, da Regelungen zur Ausgestaltung von Schadensersatzansprüchen nicht Voraussetzung für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes sind, während ein einheitliches Schutz- und unmittelbares Durchsetzungsniveau der Rechte des geistigen Eigentums unmittelbar Bedingung für Waren- und Dienstleistungsverkehr im Binnenmarkt sind. Die alleinige Existenz von materiell und verfahrensrechtlich unterschiedlichen Ausgestaltungen einzelstaatlicher Rechtsvorschriften vermag einen europäischen Gesetzgebungsbedarf zumal in der vorgelegten Art und Weise nicht rechtfertigen.

Insbesondere mit Blick auf in der Richtlinie vorgesehene Regelungsdetails zur Ausgestaltung und Berücksichtigung von Gerichtsverfahren (z. B. Art. 15) ist nicht ersichtlich, woraus sich die entsprechende Gesetzgebungsbefugnis der Europäischen Union herleiten soll.

In keinem Fall besteht eine Zuständigkeit des europäischen Gesetzgebers für rein nationale Fälle, in denen Ersatzansprüche aufgrund eines Verstoßes gegen nationale Wettbewerbsrechte durchgesetzt werden sollen. Daher ist die Definition des auch rein nationale Sachverhalte erfassenden Geltungsbereiches des Art. 1 und Art. 2 des Entwurfes zu weit.

Entsprechend den Ausführungen der Kommission kann sich der Regelungsgegenstand der Richtlinie sinnvoller Weise allein auf Fälle der Follow-On-Klagen beziehen. Diese Zweckausrichtung ist ausdrücklich zu normieren.

### **III. Kompensationsprinzip definiert Umfang und Grenzen eines private Enforcement**

#### **1) Kein Schadensersatz bei bloßer Gefährdungshaftung ohne Erfolgseintritt**

Die kartellrechtlichen Vorschriften stellen Gefährdungsdelikte dar; für eine Tatbestandsverwirklichung ist es bereits ausreichend, wenn die Gefahr der Schädigung besteht. Dieser Ansatz des Wettbewerbsrechts ist notwendig, da aufgrund der Ergebnisoffenheit des Wettbewerbs nicht auf den Eintritt eines Schadens abgestellt werden kann, denn das „richtige“ Ergebnis ohne Beeinträchtigung des Wettbewerbsprozesses kann nicht eindeutig festgestellt werden. Entsprechend ist für die Frage von Schadensersatzansprüchen auf Grund von Kartellrechtsverstößen aber festzustellen, dass nicht pauschal für jeden Kartellverstoß ein Schaden bei Kunden oder sonstigen Dritten bewirkt wird und entsprechend vermutet werden darf. Dies wird besonders deutlich in Fällen von vertikalen Vereinbarungen, in denen unklar ist, ob die Freistellungsvoraussetzungen gemäß Art. 101 Abs. 3 erfüllt sind. Auch in Fällen eines „bloßen“ wettbewerbswidrigen Informationsaustausch ist kaum vorstellbar, wie ein Schaden verursacht worden sein sollte. Die Definition des Kartells in Art. 4(12) so weit gefasst ist, dass jegliches wettbewerbsverstoßende Verhalten erfasst ist.

Mit einer allgemeinen, wenn auch widerleglichen Vermutung, durch einen Wettbewerbsverstoß würde ein individueller Schaden entstehen, besteht die Gefahr, dass Schadensersatzklagen entgegen den Intentionen der Kommission zu einer weiteren Sanktionierung führten, anstatt kompensatorische Aufgaben zu erfüllen. Ein solcher Schadensersatzanspruch führte selber zu Wettbewerbsverzerrung und diene nicht der Durchsetzung der Wettbewerbsregeln. Der Beweis des Negativen, nämlich, dass ein Schaden nicht eingetreten ist, ist regelmäßig und aus erkenntnistheoretischen Gründen nicht zu führen. Aus diesem Grund arbeitet die deutsche Rechtsprechung in solchen Fällen nicht mit Beweislasten, sondern sekundären Darlegungslasten: „Wegen der Schwierigkeiten des Negativbeweises kann vom Prozessgegner nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast das substantiierte Bestreiten der negativen Tatsache unter Darlegung der für das Positive sprechenden Tatsachen und Umstände verlangt werden (BGH, Urt. v. 08.10.1992 I ZR 220/90). Nur diese vom Gegner vorgetragene Umstände braucht der Beweispflichtige dann zu widerlegen“ (BGH, Urteil vom 19. 4. 2005 - X ZR 15/04). Eine derart differenzierte Vorgehensweise erscheint auch für Art. 13 Abs. 2 und 16 des Entwurfes angezeigt.

Das Vorgenannte gilt umso mehr, als Schadensersatzklagen wegen Verstoßes gegen die Wettbewerbsregeln nicht nur gegenüber Unternehmen sondern auch gegen Privatpersonen möglich sind. Werden die häufig ehemaligen Mitarbeiter auf Schadensersatz in Anspruch genommen, so besteht weder das behauptete Informationsgefälle, noch eine nachvollziehbare Notwendigkeit, aus allgemeinen „Gerechtigkeitsaspekten außerhalb des allgemeinen Schadensrechtes“, diesen Personen eine umfassende Beweislast im Sinne der Art. 13 oder 16 aufzuerlegen, zumal die Kommission in der Begründung unter Punkt 4.5 richtigerweise davon ausgeht, dass „der Nachweis und die

Quantifizierung eines kartellrechtlichen Schadens im Allgemeinen in Bezug auf die Sachverhaltsfeststellung und -bewertung sehr aufwändig“ ist und „unter Umständen die Anwendung komplexer ökonomischer Modelle erfordert“.

Gegen die Vermutungsregelung des Art. 16 Abs. 1 spricht im Übrigen, dass bisherige empirische Studien sich ausschließlich mit Schäden von echten Kartellen (i.e.S.) beschäftigt haben, nicht jedoch mit den Fragen des Missbrauchs von Marktmacht oder gar den Fällen eines gegen Wettbewerbsregeln verstoßenden Informationsaustauschs. Gerade bei der weiten Definition des Kartellverstoßes fehlt dementsprechend eine empirische Evidenz für diese Vermutung.

Das deutsche Recht bietet genügend Mechanismen, um die von der Europäischen Kommission konstatierten, tatsächlich schwierigen Beweislagen zu lösen. Es ist für eine schlüssige Klage ausreichend, einen Schaden glaubhaft zu substantiieren.

Diese Substantiierungsverpflichtung ist für den Geschädigten auch nicht unbillig, denn er muss grundsätzlich ja glaubhaft argumentieren können, warum er glaubt, Geschädigter zu sein. Nur so können missbräuchliche Klagen verhindert werden.

Die Kompensationsfunktion des Schadensersatzes muss, wie auch in allen anderen Wirtschaftsbe-  
reichen, in denen Beweisschwierigkeiten bestehen, Dreh- und Angelpunkt bleiben. Wird nicht eine Situation hergestellt, die der Realität ohne Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht möglichst nahe kommt, so tritt lediglich eine Wettbewerbsverzerrung an die Stelle einer anderen.

## **2) Schadensersatz erfordert Verschulden**

Art. 2 des Entwurfes regelt den allgemeinen Grundsatz, dass derjenige, der einen Schaden erlitten hat, den vollständigen Schaden verlangen kann. Es fehlt hingegen die notwendige Einschränkung, dass zur Ersatzleistung nur verpflichtet sein kann, wer rechtswidrig und schuldhaft die Wettbewerbsregeln verletzt hat. Auch für Follow-on-Klagen ist eine besondere Feststellung des Verschuldens notwendig, da sich die Tatbestandswirkung der kartellbehördlichen Entscheidung nicht auf dieses bezieht. Das Verschuldenserfordernis sollte daher ausdrücklich aufgenommen werden.

Verschulden muss ausgeschlossen sein, wenn sich der Betreffende im Rahmen einer Selbstveranlagung auf eine sorgfältig fundierte Fach-Expertise, auch von beratenden Anwälten, verlassen hat, die im Ergebnis unzutreffend ist.

## **3) Passing-on Defense (Art. 12 - Art. 15)**

Es ist sicherzustellen, dass das Zusammenspiel der Regelungen nicht zu einer mehrfachen Inanspruchnahme der Beklagten führen kann. In dem vorliegenden Entwurf riskieren die Beweisregelungen eine Überkompensation. Dies erscheint insbesondere im Rahmen des Art. 12.2 möglich, der in Fällen, in denen die Geltendmachung eines Schadens auf der nächsten Vertriebsstufe aus rechtlichen Gründen nicht möglich ist (welche Fälle das sein sollen, ist dem Markenverband nicht klar), den Einwand des „Passing-on Defense“ ausschließt, auch wenn der Schaden auf der oberen Vertriebsstufe nicht angefallen ist. Art. 12.2 sollte daher gestrichen werden.

In diesem Zusammenhang weisen wir auf die problematische Folge hin, dass eine Entscheidung des Gerichtes über ein „Passing-on Defense“ ungeachtet der Regelung in Art. 15 keine

Tatbestandswirkung entfaltet, so dass hier die Gefahr von widersprechenden Gerichtsentscheidungen besteht.

Wie bereits ausgeführt (Punkt III.1), ist die Regelung der Beweislastumkehr in Art. 13 Abs. 2 unsachgemäß und zu streichen. Denn auch der Beklagte wird in der Regel die geschäftlichen Beziehungen der Lieferketten nicht kennen. In jedem Fall ist daher sicherzustellen, dass die Beklagten gleichen Zugang zu Dokumenten haben wie Kläger, wie dies auch zutreffend in Art. 5 Abs. 1; 2. Satz im Entwurf vorgesehen ist.

#### **4) Gesamtschuldnerhaftung (Art. 11)**

Art. 11 des Entwurfes geht von der gesamtschuldnerischen Haftung der beteiligten „Unternehmen“ aus. Der Markenverband versteht die Formulierung dahingehend, dass eine gesamtschuldnerische Haftung von Privatpersonen ausgeschlossen sein soll; das ist zu begrüßen und klarzustellen. Der Markenverband begrüßt ferner eine Privilegierung des ersten Kronzeugen auch im Rahmen der gesamtschuldnerischen Haftung, um einen Anreiz für die Teilnahme an Kronzeugenprogrammen zu geben.

In der praktischen Umsetzung ist sicherzustellen, dass die Verjährung des Anspruches gegen den Kronzeugen mit der Einrede durch den Kronzeugen entsprechend gehemmt ist, bis der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung gegen die anderen Gesamtschuldner ohne Erfolg versucht hat, und dem Kronzeugen ist die Beweislast für seine Haftungseinrede, insbesondere der Höhe seines eingeschränkten Schadensanteils, aufzuerlegen.

Der Regelungsgehalt von Art. 11 Abs. 4 bleibt unklar. Dieser Absatz sollte gestrichen werden.

#### **5) Schadensumfang**

Art. 2 Abs. 2 des Richtlinienentwurfs sieht unter der Überschrift der vollen Schadenskompensation einen Zinsanspruch des Geschädigten vom Zeitpunkt des Verstoßes bis zum Zeitpunkt der vollständigen Kompensation vor. Damit geht der Vorschlag über das Maß dessen hinaus, was ansonsten bei unerlaubten Handlungen üblich ist. Dem Geschädigten mag es unbenommen sein, einen tatsächlichen Zinsverlust vorzutragen und darzutun. Einen bestimmten und verlustunabhängigen Zinsanspruch aber kann es wie auch ansonsten nur nach Verzug bzw. Rechtshängigkeit geben. Auch in diesem Bereich greift der Richtlinienentwurf wiederum in die nationalen Rechtsordnungen ein, ohne dass eine Rechtfertigung für die singuläre Behandlung des Kartellschadenersatzes erkennbar wäre.

### **IV. Rolle des Prozessrechts: Herbeiführung gesetzmäßiger und richtiger, aber auch gerechter Entscheidungen**

Das Prozessrecht hat dienende Funktion. Es muss die Herbeiführung gesetzmäßiger und richtiger, aber auch gerechter Entscheidungen bezwecken und ist Voraussetzung für die Durchsetzung materiellen Rechts. Prozessrecht darf materielles Recht nicht unverhältnismäßig und unsachgerecht beeinflussen. Wie bereits unter Punkt III.1 ausgeführt, sind die Vermutungsregeln der Art. 13 Art. 2 und Art. 16 Abs. 1 eine solche nicht sachgerechte Verfälschung materiellen Rechts durch Verfahrensrecht. Darüber hinaus weist der Markenverband noch auf die folgenden Punkte hin.

## 1) Offenlegung von Beweismitteln (Art. 5 - 7)

Regeln zum Schadensersatz und zu Gerichtsverfahrensordnungen müssen stets auf Basis der (kontinental-)europäischen Rechtstradition gestaltet sein. Eine Ausgestaltung in Richtung von typischen Elementen des Common Law, wie „Pre-trial Discovery“, „Disclosure“, entspricht nicht den (kontinental-)europäischen Zivilrechtssystemen und führt zu erheblichen Systembrüchen, insbesondere, wenn wie hier eine Regelung eines einzelnen Bereiches, Kartellschadensersatz, erfolgt und sich nicht auf allgemeine Schadensersatzvorgaben erstreckt.

Im deutschen Recht besteht bereits ein ausgewogenes und angemessenes Prozessrecht auf Basis des Beibringungsgrundsatzes, den Regeln der Beweislast einschließlich sekundärer Beweislast, mit der Möglichkeit einer Auskunftsklage und der Anordnung von Urkundenvorlegung nach § 142 ZPO und Anordnung der Aktenübermittlung nach 143 ZPO. Dies bietet bereits heute die Möglichkeit der Einsichtnahme in Unterlagen jenseits von „Fishing Expeditions“ und kann als Vorbild zur Überwindung von Informationsschwierigkeiten dienen. In jedem Fall ist die Verpflichtung zur Offenlegung von Dokumenten im vorliegenden Entwurf zu allgemein gehalten und ist einzuschränken. Eine allgemeine „Discovery“ muss ausgeschlossen und auch die Frage der Art und Weise der Offenlegung selber an ein zu konkretisierendes Verhältnismäßigkeitsprinzip gebunden werden.

Eine Substantiierungsverpflichtung für den Kläger ist nicht unbillig und verhindert missbräuchliche Klagen. Der Markenverband sieht durch das Zusammenspiel von Art. 5 - 7 und Art. 16 ansonsten auch das Risiko einer falschen Anreizsetzung für Schadensersatzklagen mit dem Zweck, einen Lästigkeitsfaktor bei den betroffenen Unternehmen zu erzielen, diese unter Druck zu setzen, beispielsweise um Vergleichszahlungen zu erpressen oder um Einblick in vertrauliche Unterlagen zu erhalten. Die unbestimmten Regelungen zur Vertraulichkeit und Vielzahl offener unbestimmter Rechtsbegriffe verstärken den Eindruck der deutschen Marktwirtschaft, die ein erhebliches Risikopotential in dieser unbestimmten Regelung sehen. Die Gefahr des Ausforschungsmisbrauchs muss daher als Mindesteinschränkung dieser Regelungen als expliziter Abwägungsgrund für einen Offenlegungsantrag durch das Gericht aufgenommen werden. Globale Offenlegungsanträge sind auszuschließen und es ist sicherzustellen, dass über die Einsichtnahme von Unterlagen und Dokumenten individualisiert entschieden wird. Ansonsten bietet sich das Kartellschadensersatzrecht als Medium für einen unzulässigen Informationsaustausch.

Existierende umfassende Offenlegungsverpflichtungen, wie sie beispielsweise in der Richtlinie 2004/48/EG enthalten sind, vermögen die Forderung nach umfassendem Nachbesserungsbedarf dieser Regelungen nicht zu entkräften. In diesen Fällen dient z. B. die umfassende Offenlegungsverpflichtung der Ermittlung der Berechnungsgrundlage des zustehenden Schadensersatzes. Denn der ersatzfähige Schaden des Rechtsinhabers wird hier alternativ berechnet nach

- dem Schaden der bei ihm tatsächlich eingetreten ist oder
- der ihm entgangenen Lizenzeinnahme oder
- dem bei dem Verletzer entstandenen Gewinn.

Die Berechnungsalternativen basieren auf der Erkenntnis, dass das verletzte geistige Eigentumsrecht nicht nur vor Schaden schützen soll, sondern zugleich auch Ertragschancen zuordnet, und zwar auf den Rechteinhaber. Will er auf informierter Grundlage zwischen den Alternativen wählen,

so ist er auf die Informationen, die z. T. ausschließlich in der Sphäre des Schädigers liegen, zwingend angewiesen. So aber liegt es hier nicht. Im Kartellschadenersatzrecht geht es ausschließlich um die Frage, wie der Geschädigte gestanden hätte, wäre es nicht zu einem Wettbewerbsverstoß gekommen. Das aber bestimmt sich nicht aus der Sphäre des Verletzers.

## **2) Besondere Regelungen zur Kronzeugenregelung (Art. 6 - 7)**

Der Schutz der Kronzeugenprogramme ist wichtiges Element einer effektiven Durchsetzung des Wettbewerbsrechts. Der Schutz müsste aus Sicht des Markenverbandes sinnvoller Weise noch umfassender sein. Jedenfalls müsste sich die Beschränkung der Offenlegung in Art. 6 auch auf solche Dokumente erstrecken, die etwa zur Vorbereitung oder sonst im Zusammenhang der in Art. 6 Abs. 1 aufgeführten Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen erstellt wurden. Auch wäre es nach unserem Dafürhalten sinnvoll, alle Unterlagen nach Art. 6 Abs. 2, also Unterlagen, die zum Zwecke des Bußgeldverfahrens erstellt wurden, vor der Offenlegung zu schützen.

Soweit nach einzelstaatlichem Recht auch Privatpersonen insbesondere als (ehemalige) Mitarbeiter in die behördlichen Verfahren einbezogen sind, müssen sie zur Erlangung von Immunität ggf. gesonderte Kronzeugenerklärungen und können ggf. separate Vergleichsausführungen abgeben. Es muss zur Sicherung effektiver Kronzeugenprogramme gewährleistet sein, dass diese Erklärungen den gleichen Schutz genießen wie die Unternehmenserklärungen selbst. Das sollte in der Richtlinie klargestellt werden.

## **3) Sanktionen (Art. 8)**

Die in Art. 8 geregelten umfassenden Sanktionen in Fällen, in denen die Offenlegungsverpflichtungen auch von Dritten nicht erfüllt werden können, stellen einen nicht sachgerechten Eingriff in nationales Prozessrecht dar. Sie erstrecken sich sogar auf Fälle von Fahrlässigkeit (Art. 8 Abs. 1 (b) (ii) und lässt außer Acht, dass Unternehmen darauf angewiesen sind, regelmäßig und ohne inhaltliche Überprüfung Unterlagen zu vernichten. Diese Vernichtung, oder das Unterlassen der Weiter-speicherung wird regelmäßig nicht im Zusammenhang und mit einem Bewusstsein der möglichen Eignung als Beweismittel für erhobene oder künftige Schadensersatzlagen erfolgen.

Diese Regelung sollte gestrichen werden. Eine mangelnde Mitwirkung im Rahmen von Prozessen kann das Gericht im Rahmen der freien Beweiswürdigung berücksichtigen.

## **4) Bindungswirkung (Art. 9)**

Art. 16 der VO 1/2003/EG sowie Art. 33 Abs. 4 GWB ordnen bereits an, dass die in einem Schadensersatzverfahren angerufenen Gerichte an bestandskräftige Entscheidungen der Kartellbehörden gebunden sind. Art. 9 sollte jedoch berücksichtigen, dass bei einer Follow-on-Klage gegen den vom Bußgeld freigestellten Kronzeugen nur nach einer EU-Kommissionsentscheidung, nicht aber nach einer Entscheidung des Bundeskartellamts die Bindungswirkung zu Gunsten des Klägers besteht; das Bundeskartellamt schließt im Rahmen des Vollerlasses nicht mit einer rechtskräftigen Entscheidung ab.

Ferner ist klarzustellen, dass sich die Bindungswirkung auf die Feststellungen des Kartellverstoßes und Zurechnungsfragen erstreckt, nicht jedoch auf Kausalität und Zurechnungsfragen zu der Höhe

des Schadensersatzes oder zu dem Verschulden der Kartellanten. Es ist sicherzustellen, dass diese Fragen der rechtlichen Würdigung der Zivilgerichte im Rahmen der freien Beweiswürdigung überlassen bleiben.

#### **5) Verjährung (Art. 10)**

Im Sinne der Rechtsklarheit muss eine Verjährung ungeachtet behördlichen Tätigwerdens und Kenntnisnahme auch abstrakt eintreten. Soweit diese Richtlinie allein auf Fälle von Follow-on-Klagen bezieht, sind entsprechende europäische Vorgaben zur Verjährung der Ansprüche sicherlich im Sinne der Rechtsklarheit zu begrüßen. Dessen ungeachtet muss es im Sinne der Rechtssicherheit aber auch eine kenntnisunabhängige Verjährung geben. In Deutschland beläuft sich diese auf 10 Jahre gemäß § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB.

Darüber hinaus ist jedoch nicht erkennbar, warum hier gegenüber der allgemeinen Vorschriften des § 199 BGB ein abweichender Verjährungszeitraum von 5 Jahren gegenüber 3 Jahren interessengerecht sein soll. Durch die Wirkung der Hemmung nach Art. 10 Abs. 5 wird mit Blick auf laufende Verfahren auch ohne eine verlängerte Verjährung ausreichend Rechnung getragen. Ferner können innerhalb von drei Jahren ab Kenntnis verjährungsunterbrechende Maßnahmen erwartet werden.

Berlin, den 10.10.2013

gez. Dr. Andreas Gayk