

Deutsche Vereinigung
für gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht e.V.

Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
Konrad-Adenauer-Ufer 11 • RheinAtrium • 50668 Köln

Europäische Kommission
Generaldirektion Wettbewerb, Referat A 5
Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-
Wettbewerbsrechts
B-1049 Brüssel
BELGIEN

Der Generalsekretär

Konrad-Adenauer-Ufer 11
RheinAtrium
50668 Köln

Telefon (0221) 650 65-151
Telefax (0221) 650 65-205
e-mail: office@grur.de
www.grur.de

Dienstag, 15. Juli 2008

Weißbuch "Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts"

Sehr geehrter Herr Generaldirektor,

die Europäische Kommission hat zu dem Weißbuch "Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts" ein Konsultationsverfahren in Gang gesetzt und die beteiligten Kreise eingeladen, bis zum 15. Juli 2008 zu dem Weißbuch Stellung zu nehmen.

Die Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht ist eine wissenschaftliche Vereinigung, zu deren satzungsgemäßen Zwecken die Beratung der Organe der Gesetzgebung in Fragen des gewerblichen Rechtsschutzes gehört. Ihr gehören Vertreter aller am gewerblichen Rechtsschutz interessierten Berufsgruppen an, Rechts- und Patentanwälte, Richter, Professoren, Beamte der Spezialbehörden und der mit einschlägigen Fragen befassten Ministerien sowie Unternehmensvertreter. Die Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht hat daher auch traditionell zu allen wesentlichen den gewerblichen Rechtsschutz betreffenden Gesetzesvorhaben Stellung genommen.

Der Fachausschuss Kartellrecht und der Arbeitskreis Verfahrensrecht der Vereinigung haben sich in einer Sitzung sehr ausführlich mit dem Weißbuch befasst und die vorliegende Stellungnahme erarbeitet.

I. Allgemeine Überlegungen

Der deutsche Gesetzgeber hat im Jahre 2005 mit der 7. GWB-Novelle in den §§ 33 – 34a GWB die Rechte der durch Wettbewerbsverstöße Geschädigten erheblich verbessert; aus der Sicht der Deutschen Vereinigung wird dadurch bereits ein weitgehender Schutz gewährleistet, der auch die Problematik der Streu- und Bagatellschäden berücksichtigt. Gleichwohl begrüßt die Deutsche Vereinigung die Absicht der Kommission, die Rechte der Geschädigten in der Europäischen Union auf eine einheitliche Grundlage zu stellen.

Allgemein ist zu den im Weißbuch niedergelegten Plänen der Kommission folgendes anzumerken:

- Bei der Regelung sollte berücksichtigt werden, dass die Geschädigten zwar einerseits Zugang zu wirksamen Rechtsschutzinstrumenten erhalten, dass aber andererseits der in Anspruch genommenen Seite in fairer Weise die Möglichkeit der Verteidigung erhalten bleibt. Es muss der Grundsatz der Waffengleichheit bei Klägern und Beklagten gelten.
- Die Vereinigung hat den Eindruck gewonnen, dass dem Weißbuch vornehmlich Hardcore-Wettbewerbsbeschränkungen als Modellannahme zugrunde liegen und dass die aufgrund dieser Annahme gewonnenen Regelungen anderen Formen von Wettbewerbsbeschränkungen, etwa bei Lizenzverträgen, nicht gerecht werden.
- Eine Regelung sollte nicht unbesehen Rechtsinstrumente der Vereinigten Staaten von Amerika übernehmen, deren Integration in das Schadensersatzsystem europäischer Länder mit der europäischen Rechtskultur nicht vereinbar wäre und im Ergebnis mehr Probleme aufwerfen als Lösungen bringen würde.

II. Einzelfragen

Zu den einzelnen von der Kommission vorgeschlagenen Maßnahmen ist auf folgendes hinzuweisen:

1. Klagebefugnis

Die Vereinigung stimmt der Kommission darin zu, dass eine Klagebefugnis von Verbänden erforderlich ist, um das Problem der Streu- und Bagatellschäden zu lösen. Eine solche Regelung hat der deutsche Gesetzgeber auch bereits in § 33 Abs. 2 GWB eingeführt. Es muss jedoch sichergestellt sein, dass die eingeklagten Beträge auch die geschädigten Verbraucher erreichen und nicht etwa ganz oder teilweise dem Verband zukommen. Damit verbindet sich die Frage, welche Geschädigten bei der Verteilung berücksichtigt werden sollen. Wenn man davon ausgeht, dass der Verband nur für diejenigen Geschädigten tätig werden kann, die ihn dazu bevollmächtigt oder in sonstiger Weise ermächtigt haben, lässt sich diese Frage zwar noch einfach beantworten. Schwierig wird es dagegen, wenn man eine solche Bevollmächtigung oder Ermächtigung nicht voraussetzt. Dann besteht das Problem, dass erhebliche Teile der Geschädigten bei der Verteilung keine Berücksichtigung finden.

Zu den Opt-in-Gruppenklagen vertritt die Vereinigung die Auffassung, dass ein Anschluss weiterer Kläger an eine bereits bestehenden Gruppe von Klägern nicht ohne deren Zustimmung erfolgen darf. Das Interesse einer solchen bereits bestehenden Gruppe an einer schnellen und effektiven Durchführung des Verfahrens kann durch den Hinzutritt weiterer Kläger, deren Fälle komplizierter liegen, erheblich beeinträchtigt werden.

2. Beweismittel

Die Vereinigung weist darauf hin, dass die deutsche Rechtspraxis bereits über Instrumente verfügt, die der von der Kommission zu Recht hervorgehobenen

Informationsasymmetrie Rechnung tragen. Seit dem Jahr 2001 sieht das deutsche Zivilprozessrecht erweiterte Möglichkeiten vor, durch richterliche Anordnung die Vorlage von konkret bezeichneten Urkunden und anderen Dokumenten anzuordnen (§§ 142, 144 ZPO). Das deutsche Recht kennt aber keinen unmittelbaren Zwang gegen eine Prozesspartei wegen Nichtbeachtung der Anordnung. Es reagiert vielmehr mit indirekten Sanktionen auf eine schuldhaftige Beweisvereitelung, indem negative Schlussfolgerungen zu Lasten der sich weigernden Partei gezogen werden. Diese abgeschwächte Sanktionsmöglichkeit ist vorzuziehen.

Es sollte ferner berücksichtigt werden, dass auch andere Sanktionen als die Gewährung von Schadensersatz, etwa die Nichtigkeitsfeststellung oder die Folgenbeseitigung rechtswidrigen Verhaltens, einer Regelung bedürfen.

Die von der Kommission vorgeschlagene Fortführung des in dem Art. 7 der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums zu Grunde liegenden Ansatzes sollte nicht zu einem gesonderten Beweisermittlungsverfahren im Kartellrecht führen, das den Grund des behaupteten Kartellrechtsverstoßes aufklären soll. Hier sieht die Vereinigung die Gefahr, dass ein gesondertes Beweisermittlungsverfahren zum Einfallstor für ein discovery-Verfahren ähnlich dem amerikanischen Rechts werden kann. Es darf kein Ausforschungsbeweis ermöglicht werden. Es muss vielmehr eine Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass ein Schaden eingetreten ist. Darüberhinaus besteht die Gefahr, dass beim Bestehen eines gesonderten Beweisermittlungsverfahrens Gerichte verlangen werden, dass dieses zunächst ausgeschöpft wird, bevor eine Erleichterung der Vortragslast oder eine richterliche Schätzung der Schadenshöhe in Betracht kommt.

Es sollte also darauf geachtet werden, dass sich die vorgesehene Regelung auf die Feststellung der Schadenshöhe beschränkt und sich nicht auf weitere Umstände erstreckt wird, etwa auf die Frage, ob überhaupt eine Verletzung vorliegt, erstreckt. Das ließe sich beispielsweise dadurch erreichen, dass eine solche Beweismittelregelung erst dann eingreift, wenn eine Rechtsverletzung durch eine behördliche Entscheidung festgestellt worden ist.

Im übrigen muss ausgeschlossen werden, dass die geplante Beweismittelregelung als Druckmittel benutzt werden kann, um vom Beklagten Geldzahlungen oder eine für diesen unangemessene Vergleichsregelung zu erreichen.

Auf jeden Fall sollte die Regelung so gehalten sein, dass den nationalen Gerichten ein breiter Entscheidungsspielraum gelassen wird, da sie den individuellen Besonderheiten des jeweiligen Falles am ehesten gerecht werden können.

3. Bindungswirkung von Entscheidungen nationaler Wettbewerbsbehörden

Der deutsche Gesetzgeber hat bereits in § 33 Abs. 4 GWB eine Regelung über die Bindungswirkung von Entscheidungen nationaler Wettbewerbsbehörden getroffen. Es ist darauf hinzuweisen, dass diese Regelung rechtspolitisch und verfassungsrechtlich außerordentlich umstritten war. Sie sollte daher nicht noch weiter ausgedehnt werden. Bei der von der Kommission beabsichtigten Bindungswirkung sieht die Vereinigung vor allem folgende Probleme:

- Die Entscheidungspraxis der Kartellbehörden und der zuständigen Rechtsmittelgerichte ist in den einzelnen Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich. Der

erste Schritt sollte die Schaffung rechtlich und tatsächlich einheitlicher Mindeststandards für die Durchführung kartellbehördlicher Verfahren sein.

- Damit verbindet sich die Gefahr des forum shopping. Da sich die Verletzungsschäden in vielen Fällen über das gesamte Gebiet der Europäischen Union oder zumindest über große Teile davon erstrecken werden, besteht die Gefahr, dass sich Kläger zunächst an Wettbewerbsbehörden beziehungsweise Gerichte wenden werden, deren Rechtsprechung für sie am günstigsten ist, um dann in anderen Gebieten der EU auf deren Entscheidungen beziehungsweise Urteile verweisen zu können. Es besteht sogar die Gefahr eines doppelten forum shopping, indem zunächst die Wettbewerbsbehörde und sodann das Schadensersatzgericht im Hinblick auf eine möglichst günstige Rechtsprechung ausgesucht werden. Im übrigen kann auch eine negative Feststellungsklage des Verletzers bei einem Schadensersatzgericht nach dem Prinzip des forum shopping erhoben werden.
- Es bestehen erhebliche tatsächliche Schwierigkeiten. Die durch einen Wettbewerbsverstoß potentiell Geschädigten müssten bei einer so weitgehenden Bindungswirkung auch in fremden Verfahren in anderen Staaten intervenieren, um einem für sie ungünstigen Verfahrensausgang entgegenzuwirken. Das stellt nicht nur eine weitgehend praktische Unmöglichkeit dar, die durch die Sprachenproblematik noch verschärft wird, sondern es würden auch kontraproduktive Verzögerungen eintreten.
- Schließlich ist nicht einzusehen, warum nicht auch weitere, möglicherweise nachträglich zutage getretene Umstände Berücksichtigung finden sollen, welche die bisherige Beurteilung der Wettbewerbsbeschränkung fraglich erscheinen lassen. Es können erschwerende oder entlastende Umstände in einem Mitgliedstaat vorliegen, die in einem anderen Mitgliedstaat nicht bestehen und von der dortigen Behörde nicht gesehen wurden oder nicht gesehen werden konnten, oder die sie im Rahmen ihres Verfolgungsermessens nicht interessiert haben. So kann die zeitliche Dauer einer Wettbewerbsbeschränkung oder die Zahl der von ihr betroffenen Produkt national unterschiedlich sein.

Insgesamt dürfte eine so weitgehende Bindungswirkung mehr Probleme aufwerfen als lösen. Es sollte deswegen überlegt werden, ob die Bindungswirkung nicht auf das nationale Gebiet der jeweiligen Kartellbehörde zu beschränken ist. Im übrigen wird mit der Anerkennung der kartellbehördlichen Entscheidung als einfachem Beweismittel und als Beurteilungshilfe dem Kläger meist schon ausreichend gedient sein. Unnötige Doppelarbeit werden die Schadensersatzgerichte schon von sich aus vermeiden, von einer notwendigen Neubeurteilung sollte man sie aber nicht abhalten.

4. Verschuldenserfordernis

Die Vereinigung weist darauf hin, dass nach deutschem Recht das Verschuldenserfordernis eine unabdingbare Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch ist, abgesehen von den Tatbeständen der Gefährdungshaftung, die hier aber nicht in Frage kommen. Eine verschuldensfreie Haftung bei Wettbewerbsverstößen würde einen Bruch mit deutscher Rechtskultur und -tradition bedeuten, für den die Vereinigung keinen Anlass sieht. Auch die Kommission geht nicht davon aus, dass eine verschuldensfreie Haftung einzuführen ist.

Der Begriff des genuin entschuldbaren Irrtums, den die Kommission im Weißbuch verwendet, sollte nicht dazu führen, dass der normale Fahrlässigkeitsmaßstab verlassen und ein schärferer Fahrlässigkeitsmaßstab eingeführt wird. Gerade im Zusammenhang mit der von der Kommission beabsichtigten Beweislastumkehr hat die Vereinigung hier erhebliche Bedenken. Der normale Fahrlässigkeitsbegriff ist flexibel genug, um die zahlreichen und sehr unterschiedlichen Sachverhalte zu erfassen. Seine Anwendung sollte nicht näher konkretisiert, sondern dem nationalen Richter überlassen bleiben.

5. Schadensersatz

Wenn die Kommission davon ausgeht, dass der Geschädigte vollständigen Ersatz seiner erlittenen Schäden erhalten soll, sollte klargestellt werden, dass sich der Schadensersatz darauf beschränkt und dass nicht durch approximative Methoden der Schadensberechnung oder der Schadensschätzung der Ersatz über die erlittene Einbuße hinausgeht; insbesondere dürfen approximative Methoden und Schadensschätzung kein Sanktionselement sein.

Die Vereinigung weist ferner darauf hin, dass nach deutschem Recht (§ 33 Abs. 3 Satz 2 GWB) nur der direkte Abnehmer Schadensersatzansprüche geltend machen kann. Diese Regelung steht in unmittelbarem Zusammenhang mit der passing-on-defense. Die passing-on-defense ist konsequenterweise zu versagen, wenn Schadensersatzansprüche auf die unmittelbare Abnehmerstufe beschränkt bleiben. Die deutsche Regelung hat aus Sicht der Vereinigung den Vorteil, dass die erheblichen praktischen Probleme vermieden werden, die mit Schadensersatzansprüchen der indirekten Abnehmer verbunden sind. Aus der Sicht der Vereinigung ließe sich eine solche Regelung auch durchaus mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes vereinbaren.

Im Weißbuch werden die Felder möglichen Schadenseintritts nicht vollständig erfasst. So wird zum Beispiel häufig die Situation eintreten, dass ein Abnehmer aufgrund des durch den Wettbewerbsverstoß erhöhten Preises zu anderen Lieferanten abwandert und dort gleichwohl einen höheren Preis zu bezahlen hat, als es ohne den Wettbewerbsverstoß der Fall gewesen wäre. Diese Situation wird weder mit dem Begriff des direkten noch des indirekten Abnehmers erfasst. Auch sollte das Verhältnis der unmittelbar und der mittelbar Geschädigten zueinander klargestellt werden.

6. Schadensabwälzung

Geht man mit dem Weißbuch davon aus, dass auch die indirekten Abnehmer berechtigt sein sollen, einen Schadensersatzanspruch gegen den Verletzer geltend zu machen, so erscheint es in der Tat unausweichlich, der beklagten Partei die passing-on-defense zuzubilligen.

Die Vereinigung hat aber erhebliche Bedenken gegen die von der Kommission vorgeschlagene Vermutungsregelung. Die beklagten Unternehmen werden häufig nicht in der Lage sein oder zumindest erhebliche praktische Schwierigkeiten haben, den Nachweis zu führen, dass ein Preisaufschlag nicht oder nicht in vollem Umfang auf die Kläger abgewälzt wurde; dies gilt insbesondere dann, wenn es sich um Abnehmer am Ende der Vertriebskette handelt. Die Schadensentstehung hängt von den Einkaufs- und Verkaufspreisen der Abnehmer ab; dabei handelt es sich regelmäßig um Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, zu denen die beklagte Partei keinen Zugang haben wird. Die

Vermutungsregelung birgt damit die Gefahr in sich, dass einem Abnehmer Schadensersatz zugesprochen wird für einen Schaden, den er gar nicht gehabt hat.

7. Verjährungsregelung

Bei der Verjährungsregelung sollten neue Anforderungen an das Kennen oder Kennenmüssen der Zuwiderhandlung vermieden werden. Vielmehr erscheint es zweckmäßig, bei der nationalen Praxis des Verjährungsbeginns zu bleiben.

8. Kosten der Schadensersatzklage

Die Vereinigung hat erhebliche Bedenken gegen eine Regelung, die beklagte Partei im Falle ihres Obsiegens mit den gesamten Verfahrenskosten einschließlich der Kosten des Klägers zu belasten. Die gegenwärtig bestehende Regelung, dass ein unterliegender Kläger die Verfahrenskosten einschließlich der Kosten des Prozessgegners zu tragen hat, stellt eine wirksame Schranke gegen die Erhebung leichtfertiger Klagen dar. Eine Regelung, die den obsiegenden Beklagten zur Übernahme der Kosten verpflichten würde, könnte zudem die Möglichkeit eröffnen, durch eine Klageandrohung ungerechtfertigte Zahlungen oder den Abschluss ungerechtfertigter Vergleiche zu erwirken. Unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit beider Parteien ist eine solche Regelung abzulehnen.

Kostenbegünstigungen des Klägers können nur mit anderen rechtlichen Instrumenten gewährt werden. Rechtsordnungen, die die Gerichtsgebühren und die erstattungsfähigen Anwaltsgebühren nach dem Streitwert berechnen, können die Kostenbegünstigung durch Herabsetzung des Streitwertes bewirken.

9. Verhältnis zwischen Kronzeugenprogrammen und Schadensersatzklagen

Die Vereinigung stimmt mit der Kommission darin überein, dass die Bereitschaft von Unternehmen, eine Kronzeugenbehandlung zu beantragen, durch Schadensersatzklagen beeinträchtigt werden kann. Gleichwohl muss der Grundsatz gelten, dass die vollständige Entschädigung der Opfer von Wettbewerbsverstößen nicht deswegen eingeschränkt werden darf, um die Attraktivität der Kronzeugenprogramme zu erhalten.

Bedenken bestehen gegen die Einschränkung der Gewährung des Zugangs zu Beweismitteln im Interesse der Kronzeugenprogramme. Zum einen erfolgt hier eine Schlechterstellung von durch den Kronzeugen Geschädigten, zum anderen kann diese Einschränkung mit der wirksamen Durchsetzung unmittelbar nach Gemeinschaftsrecht geltender Rechtsfolgen (Art. 81 Abs. 2, der rückwirkend gelten soll) kollidieren.

Wenn die Kommission anregt, die zivilrechtliche Haftung von Kronzeugen, denen eine Geldbuße erlassen wurde, auf Schadensersatzansprüche ihrer direkten und indirekten Vertragspartner zu begrenzen, so soll damit offensichtlich die gesamtschuldnerische Haftung für Schäden von durch den Wettbewerbsverstoß Geschädigten ausgeschlossen werden, die keine (direkten oder indirekten) Abnehmer des Kronzeugen, sondern (direkte oder indirekte) Abnehmer anderer Verletzer sind. Dieser Vorteil steht jedoch auf dem Papier, wenn der Kronzeuge im Wege des gesamtschuldnerischen Innenausgleichs von anderen Teilnehmern am Wettbewerbsverstoß in Anspruch genommen werden kann. Auch insoweit müsste daher eine Regelung getroffen werden.

Die Vereinigung hat Bedenken gegen den Vorschlag der Kommission, dass das Unternehmen, dem der Erlass einer Geldbuße zuerkannt wurde, den Nachweis erbringen soll, in welchem Umfang seine zivilrechtliche Haftung einzuschränken ist. Zum einen wird aus dem Weißbuch nicht klar, was hiermit im einzelnen gemeint ist. Zum anderen dürften in der Praxis erhebliche Unsicherheiten bestehen, ob und in welchem Umfang ein Unternehmen einen solchen Nachweis erbringen kann. Derartige Unsicherheiten über den Umfang einer zivilrechtlichen Haftung werden aber wiederum die Attraktivität von Kronzeugenprogrammen einschränken. Die Bereitschaft, eine Kronzeugenbehandlung zu beantragen, hängt wesentlich davon ab, dass Unternehmen die Konsequenzen auch finanzieller Art eines Antrags auf Kronzeugenbehandlung mit einem gewissen Maß an Sicherheit im Voraus abschätzen können.

Dr. Kunz-Hallstein
Präsident

Dr. Loschelder
Generalsekretär