

1. Einleitung

1.1. Individualität von Kartellen

Kartelle beruhen auf individuellen Vereinbarungen zwischen Marktteilnehmern, die darauf abzielen, für sich Vorteile zu erlangen. Jedes Kartell ist auf konkrete Bedürfnisse der beteiligten Kartellanten zugeschnitten und damit individuell einzigartig. Der Organisationsgrad reicht von einmaligen mündlichen Absprachen bis zu komplexen Organisationsstrukturen, bei denen eigene Organe¹ geschaffen werden, die die Kartellmitglieder mit aktuellen Zahlen versorgen und die Umsetzung des Kartells genau kontrollieren und unter Umständen sogar die Nachprüfung der Einhaltung durch Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und eine Absicherung der Einhaltung durch Pönalen sicherstellen. Einige Kartelle haben sogar eigene Streitschlichtungsmechanismen etabliert.

Dementsprechend verursacht natürlich jedes Kartell einen individuellen Schaden, der nicht oder nur schwer mit anderen Schadensursachen und -wirkungen zu vergleichen ist.

Die Wirkung von Kartellen hängt unter anderem von der Anzahl der Kartellteilnehmer, von der Heterogenität der Kartellanten, vom Produktmarkt, von der Marktabdeckung des Kartells, der Dauer des Kartells und der geografischen Ausdehnung ab.² Mit steigender Anzahl von Mitgliedern werden regelmäßig widerstreitende Interessen auftreten, was die einheitliche Festlegung einer Kartellstrategie erschwert. Die Kosten der Koordinierung der einzelnen Mitglieder und der Überwachung der Einhaltung steigen. Große Kostenunterschiede zwischen den beteiligten Unternehmen erschweren eine Kartellierung und deren Durchsetzung. Kartelle mit hohem Marktanteil und einer geringen Anzahl von Kartellaußenseitern am Markt werden stärkeren Einfluss auf den Marktpreis haben als Kartelle mit einem niedrigen Marktanteil. Kartelle mit hohem Marktanteil lassen höhere Preisaufläge erwarten, während derartige Preisaufläge bei Kartellen mit niedrigem Marktanteil schwer durchsetzbar sind. In Märkten mit hohen Markteintrittsbarrieren werden höhere kartellbedingte Preisaufläge durchsetzbar sein als in Märkten mit geringen Barrieren.

Die Dauer eines Kartells ist ein Gradmesser für die Effektivität und den Erfolg des kartellinternen Sanktionssystems. Hingegen deutet ein früherer Zusammenbruch

1 ZB EuGH 22.10.2015, C-194/14 P, *AC-Treuhand*.

2 *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen 100.

eines Kartells oft auf mangelnde Koordinierungs- und Durchsetzungsmechanismen hin.

Selbst nach Beendigung von Kartellen hat sich der jeweilige Markt gegenüber dem identen Markt vor Beginn des Kartells oftmals so weit verändert, dass nach Abstellung der Rechtsverletzung die ursprünglichen Zustände nicht mehr herstellbar sind. Beispielsweise kann sich ein Markt mit einer hohen Verdrängungsrate dahingehend verändern, dass durch das Kartell vor allem kleinere Konkurrenten vom Markt verdrängt werden und nach Beendigung des Kartells nur mehr weniger Unternehmen am Markt übrig bleiben, die sich den Markt in weiterer Folge kompetitiv aufteilen.

Die Täter- und Opferrolle kann sich ebenfalls in verschiedenen Konstellationen ändern. Ein und derselbe Konzern kann einerseits Täter sein, aber zeitnah auch Opfer von Kartellrechtsverletzungen werden.³

Die schadenersatzrechtliche Aufarbeitung von Kartellen und deren Folgen ist äußerst komplex. Schadenersatzrechtliche Fragestellungen ergeben sich auf allen Ebenen.

Kartelle haben primär den Zweck, durch eine Verringerung des Wettbewerbsdrucks den Kartellanten Nutzen zu bringen, zB einen höheren Gewinn zu verschaffen oder den Aufwand zu reduzieren. Durch das Kartell soll der Wettbewerb zwischen Konkurrenten reduziert oder nach Möglichkeit sogar ausgeschaltet werden. Vereinbarungen können unterschiedliche Wettbewerbsparameter zum Gegenstand haben. So legen die Unternehmen bei Preiskartellen die Preise ihrer Produkte gemeinsam fest, wobei diese vereinbarten Preise in aller Regel höher sind als die, die bei Wettbewerb erzielbar wären. Bei Quotenkartellen wird eine Vereinbarung darüber getroffen, welche Mengen die am Kartell beteiligten Unternehmen produzieren und auf den Markt bringen. Solche Kartelle reduzieren strategisch die Angebotsmenge, um auf diese Weise den Preis in die Höhe zu treiben. Weitere Formen von Kartellen sind Marktaufteilungsvereinbarungen, zB hinsichtlich der Regionen oder der Kundengruppen, die von den Unternehmen beliefert werden. Auf diese Weise fungiert ein Unternehmen in einer Region oder gegenüber einer Kundengruppe als Monopolist und kann höhere Preise und Gewinne realisieren. Bei öffentlichen Ausschreibungen treffen Submissionskartelle Vereinbarungen über Angebotspreise und -bedingungen, die ungünstiger sind als bei Wettbewerb zwischen den Unternehmen. In allen genannten Fällen führen Kartelle dazu, dass höhere Preise und geringere Mengen resultieren, als dies ohne Kartell der Fall wäre.⁴

3 OLG Wien 27.2.2015, 27 Kt 57/14 bzw EuG 15.7.2015, T-418/10, *voestalpine*.

4 *Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe*, Quantifizierung von Schäden durch Wettbewerbsverstöße, in *Fuchs/Weitbrecht*, Handbuch der Privaten Kartellrechtsdurchsetzung, abrufbar unter: https://mikro.uni-hohenheim.de/fileadmin/einrichtungen/mikro/Paper_Lehrstuhl/Schadensquantifizierung_schwalbe_01.pdf (Abrufungsdatum 23. Mai 2017).

Marktbeherrschende Missbrauchsmethoden sind zB Behinderungsmissbrauch durch Einsatz von Kampfpreisstrategien, der Ausbeutungsmissbrauch durch das Einfordern vermeintlich ungerechtfertigter Konditionen, Preis- und Konditionenspaltung durch Einfordern unterschiedlicher Entgelte bei identen Situationen und die Verweigerung des Zugangs zu essential facilities, wie etwa eines Netzes oder anderer Infrastruktureinrichtungen. Auch hier sind die Methoden vielfältig.

1.2. Wirtschaftliche Folgen von Kartellen

Kartelle und missbräuchliches Verhalten verursachen erhebliche volkswirtschaftliche Schäden durch Ineffizienzen und Wohlfahrtsverluste. Die Folge von Kartellen ist eine Umverteilung der volkswirtschaftlichen Rente von den Abnehmern zu den kartellierten Unternehmen. Durch den Wettbewerbsverstoß können im Einzelfall auch Wirtschaftssubjekte betroffen sein, die weder Bestandteil der Wertschöpfungskette des Kartells noch Abnehmer der von einem Kartell angebotenen Produkte oder Dienstleistungen sind. Letzteres gilt in ähnlicher Weise bei missbräuchlichem Verhalten.

Kartellbedingte Schäden haben ein gewaltiges Ausmaß, das auch volkswirtschaftlich relevant ist. Das Problem besteht darin, dass niemand feststellen kann, wie hoch der Gesamtschaden tatsächlich ist, weil nicht bekannt ist, in welcher Relation die Gesamtzahl der tätigen Kartelle und deren verursachter Schaden zu den aufgedeckten Kartellen steht.

Für 2007 schätzte⁵ die EK, dass der jährliche Schaden aus Kartellrechtsverletzungen innerhalb der EU zwischen 16,8 Mrd und EUR 261,22 Mrd € liegt, das wäre eine Bandbreite zwischen 0,15 % und 2,3 % des europäischen BIP.⁶ Der Schaden würde daher zwischen 32,50 und EUR 512 € pro EU-Bürger betragen. Diese Zahlen geben zumindest einen Eindruck von der ungefähren Größenordnung der Schäden, die durch Kartelle verursacht werden.

Die OECD schätzt, dass 16 große Kartellfälle alleine in den Jahren 1996 bis 2000 einen Schaden für Verbraucher und andere Wirtschaftsteilnehmer von US-Dollar 55 Mrd verursacht haben.^{7, 8} Zwölf untersuchte große internationale Kartelle im Zeitraum 1996 bis 2000 haben ergeben, dass ein durchschnittlicher 16%iger kartellbedingter Preisaufschlag erhoben wurde.⁹

5 Dazu hat die EK Annahmen getroffen, die aber nicht belastbar sind. Die EK geht von einer vermuteten, tatsächlich aber nicht bekannten Aufdeckungsquote aus und schätzt die Gesamtzahl aller Kartelle. Bei der Schadensberechnung unterstellt die EK, dass zwischen den Bußgeldern und den verursachten Schäden eine bestimmte Relation besteht und schätzt daraufhin den kartellbedingten Schaden.

6 <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/2/2007/EN/2-2007-96-EN-1-1.PDF>.

7 OECD, Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes 72.

8 Schneider, Kronzeugenregelung im EG-Kartellrecht 7; OECD, Hard Core Cartels 5.

9 Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) 17.11.2010, Die Gefahr des Kartells, www.bwb.gv.at/Fachinformationen/vortraege/Documents/Die%20Gefahr%20des%20Kartells%2011_10.pdf (25.7.2013).

Alleine das Lkw-Kartell hat in 14 Jahren einen geschätzten Gesamtschaden von rund 100 Mrd € verursacht.¹⁰ Der Preis pro verkauftem Lkw war aufgrund der Kartellbildung um ca 15 % überhöht.

Die Bekämpfung verbotener Kartelle zählt zu den höchsten wettbewerbspolitischen Prioritäten der EU, was durch die in den letzten Jahren stark zunehmende Verfolgungsintensität – gemessen an der Anzahl der Fälle sowie an der Höhe der verhängten Geldbußen¹¹ – zum Ausdruck kommt.

1.3. Kartelle in der Historie

Kartellabsprachen zwischen Konkurrenten gab es bereits in der Antike seit Bestehen funktionierender Märkte. Kartelle waren offenbar schon in der Antike verpönt. Der Codex Iustianus¹² normierte ein Kartellverbot, nachdem Kartelle offensichtlich im Nahrungsmittel- und Bekleidungsbereich eine Bedrohung waren. Als Rechtsfolgen waren der persönliche Vermögensverlust und die immerwährende Verbannung vorgesehen, was darauf hindeutet, dass man auch schon in der Antike Kartellrechtsverletzung nicht als Kavaliersdelikt angesehen hat, sondern als eine ernste Bedrohung der Gesellschaft, die drakonische Strafen erfordert hat.

Im Mittelalter haben sich Handwerker der gleichen Branche zu Zünften zusammengeschlossen, die kartellähnliche Merkmale aufwiesen. Im Gegensatz zu den Zusammenschlüssen der Großkaufleute waren Zünfte immer institutionell auf das jeweilige Einzelhandwerk beschränkt. Die Zunft umfasste alle Berufsausübenden und war durch einen Beitrittszwang charakterisiert. Außerhalb der Zünfte durfte der Zunftberuf nicht ausgeübt werden. Die Zünfte kontrollierten in den Städten die Anzahl der Handwerker und Gesellen und legten ihre Regeln schriftlich in obrigkeitlich genehmigten Zunftordnungen fest. In diesen Zunftordnungen waren die Ausbildungsregeln, Arbeitszeiten, Produktqualität und Preise geregelt. Die Einhaltung wurde durch die Zunft überwacht, die Verletzung

10 <http://www.wiwo.de/unternehmen/auto/daimler-man-und-co-us-kanzlei-berechnet-ueber-100-milliarden-euro-schaden-durch-lkw-kartell/13995282.html> (Abrufungsdatum 23. Mai 2017).

11 Schneider, Kronzeugenregelung im EG-Kartellrecht 7.

12 Codex Iustinianus C 4.59: „... *tubemus, ne quis cuiuscumque vestis aut piscis vel pectinum forte aut echini vel cuiuslibet alterius ad uictum vel ad quemcumque usum pertinentis speciei vel cuiuslibet materiae [...] monopolium audeat exercere, neve quis illicitis habitis conventionibus coniuraret aut pacisceretur, ut species diversorum corporum negotiationis non minoris, quam inter se statuerint, venundentur. Si quis autem monopolium ausus fuerit exercere, bonis propriis spoliatus perpetuitate damnetur exilii. ... Wir verordnen, dass niemand auf irgendwelche Kleidung oder Fische oder Kämme oder Seeigel oder auf eine beliebige andere, als Nahrung oder zu irgendeiner Verwendung dienende Ware oder auf irgendein Material ein [...] Monopol auszuüben wage, noch dass jemand sich in unerlaubt abgehaltenen Zusammenkünften verschwöre oder übereinkomme, dass Waren der verschiedenen Handelsvereinigungen nicht um weniger, als sie unter sich festgesetzt hatten, verkauft würden. Wenn aber jemand gewagt haben sollte, ein Monopol auszuüben, soll er seines Vermögens verlustig zu immerwährender Verbannung verurteilt werden. ...“*

der Regeln durch die Zunft selbst geahndet. Diese Zunftkartelle waren staatlich akzeptiert.

Auch im Bergbau des Spätmittelalters existierten straff organisierte Vertriebskartelle, zB das Salzsyndikat von 1301, das die Königreiche Frankreich und Neapel unter sich abschlossen, oder das Alaun-Kartell von 1470 zwischen dem Vatikanstaat und dem Königreich Neapel. Beide Verbände besaßen gemeinsame Verkaufsorganisationen für ihre Gesamtproduktion.

In Europa und Nordamerika herrschten im 18. und 19. Jahrhundert überwiegend liberale Marktverhältnisse. Kartelle zwischen Unternehmen kamen verstärkt seit 1870 als Folge der zunehmenden Industrialisierung auf. Dabei übernahmen Deutschland und Österreich-Ungarn Führungsrollen. Nach dem Ersten Weltkrieg nahm die Kartellierung weltweit stark zu. Kartelle wurden zur herrschenden Form der Marktorganisation.

In den USA bildete sich Ende des 19. Jahrhunderts ein Kartellrecht heraus, das diese Form unternehmerischer Zusammenarbeit grundsätzlich verbot. In der übrigen Welt waren Kartelle bis Ende des Zweiten Weltkriegs prinzipiell erlaubt. Missbrauchsfälle konnten jedoch verfolgt werden. In den 1950er Jahren wurden in Westeuropa auf Betreiben der USA Kartellgesetze erlassen, die das strikte amerikanische Kartellverbot übernahmen. Inzwischen gilt dieses Prinzip praktisch weltweit.¹³

1.4. Betriebswirtschaftliche Kalkulation vor Begründung eines Kartells

Primärer Sinn des Schadenersatzanspruches ist der Ausgleich des bereits entstandenen Schadens. Das Schadenersatzrecht hat allerdings auch eine Präventivfunktion. Kartellteilnehmer müssen damit rechnen, Schäden, die aufgrund von Kartellrechtsvereinbarungen und -verletzungen entstanden sind, ersetzen zu müssen, wodurch der Kartellgewinn reduziert wird oder überhaupt verloren geht.

Der (potentielle) Kartellschädiger hat betriebswirtschaftlich den möglichen Gewinn aus Kartellrechtsverletzungen zu berücksichtigen und diesem den damit verbundenen Aufwand sowie das Risiko der Aufdeckung des Kartells gegenüberzustellen. Wenn das Kartell auffliegt, fallen Aufwendungen im Zusammenhang mit einem Public-Enforcement-Verfahren an, insbesondere Geldbußen und Verfahrenskosten. Eine Verurteilung im Bußgeldverfahren zieht möglicherweise Schadenersatzforderungen der Geschädigten samt Zinsen und Prozesskostenersatzpflichten nach sich. Sämtliche Schädiger haften für den verursachten Schaden grundsätzlich solidarisch, sodass vor allem Schädiger, die gegenüber anderen

¹³ <https://de.wikipedia.org/wiki/Kartellrecht> (Abrufungsdatum 23. Mai 2017).

Teilnehmern finanziell potent sind, unter Umständen deshalb die Ersatzpflichten solidarisch mithaftender vorfinanzieren müssen, ohne dass sichergestellt ist, dass der Regress gelingt.

Im Worst Case zahlen einzelne Schädiger wesentlich mehr, als der mögliche Kartellgewinn ausmacht, sodass ein Kartell betriebswirtschaftlich nur dann sinnvoll ist, wenn die Gefahr der Aufdeckung als gering einzustufen ist bzw man im Fall des Falles einkalkuliert, bei ersten Schwierigkeiten den Kronzeugenstatus zu erlangen und das Kartell auffliegen zu lassen. Dabei ist allerdings auch zu bedenken, dass auch andere Teilnehmer diese Überlegung mitberücksichtigen, sodass keineswegs kalkulierbar ist, ob man tatsächlich diesen Status erlangt.

Die Kronzeugenregelung macht ein Kartell regelmäßig unkalkulierbar. Vor Begründung eines Kartells ist keineswegs absehbar, ob ein Kartellteilnehmer bei ersten Gefahren die Reißleine zieht, indem er sich selbst als Kronzeuge andient und das Kartell dadurch auffliegen lässt.

Eine umfassende betriebswirtschaftliche Kalkulation, die alle möglichen negativen Effekte des Worst Case berücksichtigt, spricht regelmäßig gegen die Begründung von Kartellen.

1.5. Bisher keine Private-Enforcement-Aktivitäten in Österreich

Nach der bisherigen europäischen Tradition wurden die Aufdeckung von Kartellen und die Verfolgung von Kartellanten als Aufgabe der Staatsgewalt, also der staatlichen Kartellbehörden und der EK, gesehen. Geschädigte haben den Schaden regelmäßig hingenommen, statt selbst Initiativen zu setzen, um den Schaden auf den Schädiger zu überwälzen. In der Konsequenz hat das dazu geführt, dass Schädiger zwar zu empfindlichen Geldbußen verurteilt wurden, aber den entstandenen Schaden aufgrund der Untätigkeit der Geschädigten nicht ersetzen mussten.¹⁴ Damit ist der Ertrag aus der Schadenszufügung abzüglich Geldbußen beim Schädiger verblieben. Nicht nur Konsumenten, sondern auch geschädigte Konkurrenten sind regelmäßig untätig geblieben und haben es unterlassen, den Wettbewerb durch Klagen gegen Rechtsverletzer zu ihren Gunsten und zum Schaden des Schädigers zu regulieren. In Summe haben Schädiger durch Kartellverstöße aufgrund der Untätigkeit der Geschädigten erhebliche Mehrrenditen erzielt, die bei ihnen verblieben sind.¹⁵

14 *Bernhard*, Kartellrechtlicher Individualschutz durch Sammelklagen: Europäische Kollektivklagen zwischen Effizienz und Effektivität 123.

15 *Möllinger*, Eigentumsrechtliche Entflechtung der Übertragungsnetze: unter besonderer Berücksichtigung des 3. Binnenmarktpaketes für Energie 344: Bei vertikal integrierten Energieunternehmen wird im Hinblick auf Entbündelung argumentiert, dass kein Interesse an zusätzlichen Investitionen besteht, da über die Monopolrendite ein gesichertes Einkommen vorliegt.

Private Enforcement war bis vor Kurzem auch in Österreich kein Thema.

Auf Initiative der Arbeiterkammer wurde die erste Schadenersatzklage wegen Kartellverletzungen 2007 im Grazer Fahrshulkartellfall geltend gemacht.¹⁶ Dabei ist nicht der Geschädigte von sich aus initiativ geworden, sondern die Arbeiterkammer hat sich die Ansprüche abtreten lassen, um ein Musterverfahren zu führen. Über die positive Beendigung dieses Verfahrens haben Fachmedien berichtet. Die erhoffte Dynamik zur Geltendmachung weiterer Schadenersatzansprüche wegen Kartellverletzungen ist ausgeblieben und hat lange keine Nachahmer gefunden.

Die BWB veröffentlicht seit Beginn ihrer Tätigkeit im Geschäftsjahr 2002/2003 jährlich einen Tätigkeitsbericht,¹⁷ in dem ua Unternehmen genannt sind, gegen die rechtskräftig Geldbußen wegen Kartellrechtsverletzungen verhängt wurden. Es wäre zu erwarten gewesen, dass diese Veröffentlichungen von Geschädigten aufgegriffen werden, um sich zu regressieren. Wider Erwarten haben die Geschädigten, abgesehen von Geschädigten aus dem Aufzugskartell, nur in Ausnahmefällen reagiert.

Erst die Aufdeckung des Aufzugkartells im Public Enforcement hat geschädigte Unternehmen zur Einbringung von Schadenersatzklagen gegen Kartellanten motiviert. Neben diesen singulären Schadenersatzverfahren gibt es eine Hand voll höchstgerichtlicher Entscheidungen zu *Unterlassungsverfahren* nach dem UWG,¹⁸ bei denen als Rechtsbruchtatbestand die Verletzung österreichischen oder europäischen Kartellrechts Gegenstand des jeweiligen Rechtsstreites war.

Mit dem KaWeRÄG 2012¹⁹ wurde mit § 37a KartG ein eigener Tatbestand *Schadenersatz wegen Wettbewerbsverstößen* geschaffen.²⁰ Damit sollte nach den Erläuterungen die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen aufgrund von Kartellverletzungen erleichtert werden. Auch diese Bestimmung hat empirisch zu keiner Dynamik geführt, Schadenersatzansprüche durchzusetzen. Im RIS ist keine einzige Entscheidung zu § 37a KartG auffindbar,²¹ was darauf hindeutet, dass diese Anspruchsgrundlage nicht genutzt wurde.

16 BG Graz Ost 16.3.2007, 4 C 463/06h, *Grazer Fahrshulkartell* (nicht veröffentlicht), bestätigt durch LG Graz 17.8.2007, 17 R 91/07; vgl *Ginner*, Erstes österreichisches Urteil zum Private Enforcement – Fahrshulkartell Graz, ÖZK 2008, 110; *BWB*, Tätigkeitsbericht 2005/2006, 65.

17 <http://www.bwb.gv.at/Fachinformationen/Taetigkeitsberichte/Seiten/default.aspx> (Abrufungsdatum 23. Mai 2017).

18 OGH 17.3.1998, 4 Ob 62/98s; 21.3.2000, 4 Ob 19/00y; 15.1.2002, 4 Ob 201/02s; 11.3.2008, 4 Ob 225/07b; 14.7.2009, 4 Ob 101/09w; 14.7.2009, 4 Ob 60/09s; 24.2.1998, 4 Ob 53/98t.

19 Bundesgesetz, mit dem das Kartellgesetz 2005, das Wettbewerbsgesetz und das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 geändert werden (Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2012 – KaWeRÄG 2012), BGBl I 2013/13.

20 Der Schadenersatzanspruch wegen Kartellverletzungen des § 33 dGWB war hingegen bereits in der Erstfassung enthalten.

21 Stand 5.12.2016.

1.6. Private und Public Enforcement in den USA

Im Gegensatz zu Europa ist es in den USA die Regel, dass Mitbewerber und andere Geschädigte selbst initiativ werden und zivilrechtliche Ansprüche gegen Kartellanten im Wege von Unterlassungs- und Schadenersatzklagen direkt führen und ihre eigenen Ansprüche aus Kartellverletzungen geltend machen. Einen besonderen Anreiz dazu bietet Section 4 des US-Clayton Acts aus dem Jahr 1914, der einen Strafschadenersatz im dreifachen Ausmaß des tatsächlich entstandenen Schadens vorsieht.²²

In den Vereinigten Staaten beschäftigt sich eine ganze Industrie damit, Schadenersatzansprüche Geschädigter gegen Kartellanten mit teilweise astronomischen Forderungen durchzusetzen. Das US-Prozessrecht begünstigt die kollektive Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen durch Class Actions und verpflichtet Schädiger zur Offenlegung von Beweismitteln, was die Durchsetzung der Ansprüche erleichtert. Bei derartigen Class Actions vereinbaren Rechtsanwälte üblicherweise nur ein erfolgsabhängiges Honorar, das sich üblicherweise zwischen 20 % und 50 % des ersiegten Betrages bewegt. Das hat wiederum zur Folge, dass viele Verfahren nicht bis zum bitteren Ende ausprozessiert werden, sondern Vergleiche geschlossen werden und damit das anwaltliche Honorar gesichert wird, wobei die Teilnehmer der Class Action darauf keinen nennenswerten Einfluss haben, so dass die Kläger nicht mehr Herr des Verfahrens sind.

Die US-Rechtslage macht es attraktiv, Schadenersatzansprüche zu verfolgen. In den USA korrigiert der Markt, sodass ein staatlicher Eingriff regelmäßig nicht erforderlich ist. Nach Schätzungen werden 80–90 % der Kartellrechtsverletzungen in den USA durch Private verfolgt.

1.7. Das duale Wettbewerbssystem der EU

1.7.1. Der Weg zur RL 2014/104/EU

Die Europäische Gemeinschaft verfolgt seit den römischen Gründungsverträgen zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften die Schaffung eines Binnenmarktes mit freiem und unverfälschtem Wettbewerb. Das Kartellverbot und das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung waren bereits in den römischen Gründungsverträgen enthalten. Der Wortlaut der ursprünglichen Fassung ist heute inhaltlich unverändert. Art 101 und 102 AEUV begründen nach ständiger Rechtsprechung für den Einzelnen Individualrechte, die der Geschädigte vor den einzelstaatlichen Zivilgerichten gegen sämtliche Schädiger durchsetzen kann.²³ Die Wettbewerbsregeln spielen zur Durchsetzung und Sicherung

²² Treble damages.

²³ Art 6 der VO (EG) 1/2003. Siehe auch EuGH 27.3.1974, C-127/73, *BRT/SABAM* Rz 16; 18.3.1997, C-282/95 P, *Guérin Automobiles* Rz 39.

des Binnenmarktes eine wichtige Rolle, um zu verhindern, dass der vom Unionsrecht angestrebte Abbau der Schranken des Handels zwischen Mitgliedstaaten dadurch unterlaufen wird, dass die Unternehmer ihrerseits Hindernisse durch Marktabsprachen oder Marktaufteilungen schaffen.²⁴

Der EuGH betont in ständiger Rsp, dass die Wettbewerbsvorschriften für das Funktionieren des Binnenmarktes unerlässlich sind.²⁵ Der unverfälschte Wettbewerb setzt das Vorhandensein eines wirksamen Wettbewerbs voraus. Es muss in jedem Fall so viel Wettbewerb vorhanden sein, dass die grundlegende Forderung des Vertrags erfüllt wird und die Ziele, insbesondere eines einzigen Marktes im Binnenmarkt, erreicht werden.²⁶

Der Europäische Rat hat im ersten Schritt mit der Verordnung Nr 1/2003²⁷ und deren Vorgängerin VO Nr 17²⁸ die Bedingungen zur Durchsetzung des kollektiven kartellrechtlichen Rechtsschutzes, das sogenannte Public Enforcement, festgelegt, nach denen die EK, die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten und die einzelstaatlichen Gerichte das Kartellverbot und die missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung im Einzelfall anzuwenden haben.

Die EK hat die Ashurst-Studie²⁹ in Auftrag gegeben, die untersuchen sollte, unter welchen Bedingungen bei Verstößen gegen die EU-Wettbewerbsregeln vor den nationalen Gerichten Schadenersatzansprüche geltend gemacht werden können. Ergebnis dieses im August 2004 veröffentlichten Gutachtens war, dass Private Enforcement in Europa völlig unterentwickelt ist und praktisch nicht angewendet wird.³⁰ *Möschel* konstatierte: „... Die Erfahrungen auf europäischer Ebene mit dem Privatrechtsschutz lassen sich in einem Satz zusammenfassen: Er ist im Wesentlichen bedeutungslos. ...“³¹

Die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts durch private Schadenersatzklagen sieht die EK als wesentliche Möglichkeit, die volle Wirksamkeit des Kartellrechts nicht nur durch die Wettbewerbsbehörden, sondern auch durch die Zivilgerichte zu erreichen, um die Durchsetzungskraft der Wettbewerbsregeln zu erhöhen.³²

24 EuGH 13.7.1966, 32/65, *Italien/Rat und Kommission*.

25 EuGH 1.6.1999, C-126/97, *Eco Swiss* Rz 36.

26 EuGH 25.10.1977, 26/76, *Metro* Rz 20.

27 VO (EG) 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl L 2003/1, 1. Mit Wirkung vom 1.12.2009 sind an die Stelle der Art 81 und 82 EG-Vertrag die Art 101 und 102 des Vertrags getreten. Ihr Inhalt blieb unverändert.

28 VO (EWG) 17/1962, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrags, ABl 1962/13, 204.

29 *Waelbroeck/Slater/Even-Shoshan*, Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, sog „Ashurst-Studie“ aus dem Jahr 2004, ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf (24.7.2013).

30 *Waelbroeck/Slater/Even-Shoshan*, Ashurst-Studie – Comparative Report 1.

31 *Möschel*, Behördliche oder privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts? WuW 2007, 483 (485).

32 *Primus/Solé*, Zur Bindungswirkung Kartellgerichtlicher Entscheidungen, ÖZK 2008, 15.