

I Einleitung und Forschungsansatz

1 Problemaufriss

„Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schade mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein.“¹

Dieser seit 1811 gültige Rechtsgrundsatz gilt auch für Schäden, welche einer natürlichen oder juristischen Person durch die Verletzung kartellrechtlicher Normen – egal, ob durch die Verletzung von Art 101 AEUV² ff oder § 1 KartG 2005³ – zugefügt werden. Es gibt nunmehr bereits gerichtsanhängige Verfahren, wobei in der Praxis das Thema der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen wegen der Verletzung kartellrechtlicher Normen – bisher – kein Thema von so großer praktischer Relevanz ist, wie es im Lichte der Schadenssummen sein könnte. Um den Schaden, den kartellrechtswidrige Praktiken verursachen, abzuwenden, gibt es im System des Kartellrechtsvollzugs einen doppelten Ansatz.

Die Durchsetzung und Einhaltung der kartellrechtlichen Bestimmungen wird zum einen behördlich überwacht. Die Einhaltung des europäischen Kartellrechts zu gewährleisten, obliegt der Europäischen Kommission (**KOM**).⁴ Sie nimmt hierbei eine ambivalente Stellung zwischen Legislative und Exekutive ein, da die KOM gem Art 103 Abs 1 AEUV einerseits ein Vorschlagsrecht innehat, die für die Durchsetzung der europäischen Wettbewerbsbestimmungen nötigen legislativen Schritte setzen zu lassen. Auf der anderen Seite ist es aber gem Art 104 AEUV eben auch Aufgabe der KOM, selbst auf die Einhaltung der europäischen Wettbewerbsregeln zu

1 § 1295 Abs 1 ABGB (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, JGS 1811/946 idgF).

2 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl C 2012/326, 47.

3 Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz 2005 – KartG 2005), BGBl I 2005/61 idgF.

4 *Koenig/Schreiber*, Europäisches Wettbewerbsrecht (2011) 171.

achten. Hierfür ist eine eigene Generaldirektion – die GDion Wettbewerb – zuständig. Dieser Teil der Kartellrechtsdurchsetzung der KOM wird als Public Enforcement bezeichnet.

Ziel vom Public Enforcement ist, die Einhaltung des Kartellrechts zu überwachen. Hierfür stehen auf europäischer Ebene der KOM seit der Modernisierung des Verfahrens⁵ zur Durchführung der Art 101 und 102 AEUV durch die VO (EG) 1/2003⁶ verschiedene Instrumente wie Hausdurchsuchungen, ein Kronzeugenprogramm oder Auskunftsverlangen zur Verfügung. Als Konsequenz für Verstöße gegen das Unionswettbewerbsrecht kann die KOM Strafen bis zu einer Höhe von 10% des Letztjahresumsatzes verhängen.⁷ Gegen Kommissionsbeschlüsse steht ein Rechtsschutzweg über das Gericht zum Gerichtshof der Europäischen Union offen.⁸ Auf österreichischer Ebene wird die Einhaltung des Kartellrechts durch die Bundeswettbewerbsbehörde (**BWB**) überwacht. Die BWB hat gem § 1 Abs 1 iVm § 3 WettbG⁹ die Aufgabe, über die Einhaltung des KartG 2005 und der europäischen Wettbewerbsregeln zu wachen. Dies ist deshalb möglich, da seit der Dezentralisierung des Verfahrens durch die VO (EG) 1/2003 das europäische Kartellrecht durch die Behörden der einzelnen Mitgliedstaaten (**MS**) anwendbar ist.¹⁰

Demgegenüber steht das sog Private Enforcement. Unter Private Enforcement versteht man die Beteiligung Privater an der Durchsetzung des Kartellrechts im Wege der Geltendmachung von Schadenersatzklagen gegen die am Kartellrechtsverstoß beteiligten Unternehmen.¹¹ Dieser Ansatz wurde vom Gerichtshof erstmals im Jahr 2001 in seiner Entscheidung *Courage vs Crehan*¹² entwickelt, indem jedermann ein Schadenersatzanspruch, welcher direkt aus den primärrechtlichen Bestimmungen des Art 101 AEUV (dem ehemaligen Art 85 EGV¹³) ableitbar ist, zugesprochen

5 Will, Die Modernisierung des europäischen Kartellrechts: Von der Genehmigung zur Legalausnahme, Ein ökonomischer Institutionenvergleich (2008) 49 ff.

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

7 Art 23 VO (EG) 1/2003.

8 Art 32 VO (EG) 1/2003.

9 Bundesgesetz über die Einrichtung einer Bundeswettbewerbsbehörde (Wettbewerbsgesetz – WettbG), BGBl I 2002/62 idgF.

10 Art 5 und 6 VO (EG) 1/2003.

11 Vgl dazu stellvertretend *Wollmann*, Zum Schwerpunkt „Private Enforcement“, *ecolex* 2006, 796.

12 EuGH 20.9.2001, C-453/99, *Courage vs Crehan*, Slg 2001, I-6267.

13 Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrages über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte, ABL C 1997/340, 1.

wurde.¹⁴ Diese Ansicht wurde in weiterer Folge durch die Entscheidung *Manfredi*¹⁵ bestätigt.

Da es gem stRsp des Gerichtshofs aber Sache der MS ist, den Geschädigten geeignete Wege zur Erlangung von Ersatz für die Verletzung von Unionskartellrecht zu sichern,¹⁶ hat sich die KOM dem Bereich Private Enforcement mit der Begründung angenommen, dass diese Wege bis dato nicht in ausreichendem Umfang geegnet wurden. Deswegen hat die KOM diverse Schritte zur Implementierung eines unionsweit gleichen Rechtsrahmens unternommen, um dem Private Enforcement des europäischen Kartellrechts zu mehr Vortrieb zu verhelfen. Im Jahr 2005 wurde daher ein Grünbuch „Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts“ (**Grünbuch**)¹⁷ veröffentlicht und darauffolgend ein Weißbuch „Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts“ (**Weißbuch**)¹⁸. Die KOM hat ferner einen Leitfaden zur Quantifizierung des Schadens wegen Verstößen gegen Art 101 und 102 AEUV (**Leitfadensentwurf**)¹⁹ in Begutachtung geschickt.

Allerdings ist die private Kartellrechtsdurchsetzung trotz aller Bemühungen bis dato ein Feld im Entwicklungsstadium geblieben. Dies zeigt einerseits die relativ geringe Anzahl von Schadenersatzverfahren, die ihren Ursprung in einem kartellrechtswidrigen Verhalten finden. Zwar ist die Fallzahl im Steigen begriffen, aber in Relation zu den aufgedeckten Kartellrechtsverstößen, ist die private Durchsetzung des Kartellrechts mittels Erhebung von Schadenersatzklagen weiterhin unterrepräsentiert. Selbst große Unternehmen, denen ein Schaden im Zuge eines Verstoßes gegen das europäische oder nationale Kartellrecht entstanden ist, suchen in erster Linie die Möglichkeit der vergleichsweisen Bereinigung der Sache.²⁰

14 EuGH 20.9.2001, C-453/99, *Courage vs Crehan*, Slg 2001, I-6267 Rn 24.

15 EuGH 13.7.2006, C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, Slg 2006, I-6619 Rn 61 und Leitsatz 2.

16 EuGH 20.9.2001, C-453/99, *Courage vs Crehan*, Slg 2001, I-6267 Rn 29.

17 KOM, Grünbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts KOM(2005) 672 endg.

18 KOM, Weißbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts KOM(2008) 165 endg.

19 KOM, Entwurf eines Leitfadens zur Quantifizierung des Schadens in Schadenersatzklagen wegen Verletzungen des Artikels 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der europäischen Union http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_actions_damages/draft_guidance_paper_de.pdf (22.7.2013).

20 Siehe etwa das „Schienenfreunde-Kartell“ in Deutschland, wo die Deutsche Bahn nach Bekanntwerden der E des BKartA mit den Kartellanten in Vergleichsverhandlungen getreten ist: *tagesspiegel.de*, „Schienenfreunde“ zahlen: Bahn erhält 50 Millionen Euro Schadenersatz – für den Rest des Kartells dürfte es noch teurer

Der obig festgestellte Befund trifft umso mehr auf das Verhältnis B2C zu, also die private Durchsetzung des Kartellrechts in der Rechtsbeziehung Unternehmen – Verbraucher, wenn auf Ebene des Unternehmens ein Kartellrechtsverstoß begangen wurde und damit dem Endverbraucher ein Schaden entstanden ist.

Zur Effektivierung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung hat die KOM im Juni 2013 ein Maßnahmenpaket Private Enforcement und Kollektiver Rechtsschutz (**Maßnahmenpaket**) verabschiedet.²¹ Das Maßnahmenpaket besteht aus einem Richtlinienvorschlag zur erleichterten Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen wegen Verstößen gegen das europäische Kartellrecht²² (**RL-Vorschlag**), einer Mitteilung über die Berechnung des Schadens wegen Zuwiderhandlungen gegen europäisches Kartellrecht²³ (**Mitteilung zur Schadensberechnung**) und einem, die Mitteilung zur Schadensberechnung begleitenden praktischen Leitfaden²⁴ (**Praktischer Leitfaden**). Komplementiert werden diese Initiativen durch eine Empfehlung zur Einführung kollektiver Rechtsschutzinstrumente für Verstöße gegen das Unionsrecht²⁵ (**Empfehlung kollektiver Rechtsschutz**) und eine Mitteilung an

werden <http://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/schienenfreunde-zahlen/8140750.html> (22.7.2013).

- 21 Siehe *KOM*, Kartellrecht: Kommission schlägt Rechtsvorschriften vor, um den Opfern von Kartellrechtsverstößen Schadenersatzansprüche zu erleichtern, IP/13/525, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-525_de.htm (22.7.2013) und *KOM*, Kommission empfiehlt Mitgliedstaaten die Einführung kollektiver Rechtsschutzverfahren, um effektiven Zugang zum Recht zu gewährleisten, IP/13/524, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-524_de.htm (22.7.2013).
- 22 *KOM*, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union COM(2013) 404 endg.
- 23 *KOM*, Mitteilung der Kommission zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadenersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl C 2013/167, 19.
- 24 *KOM*, Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen – Praktischer Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadenersatzklagen im Zusammenhang mit Verstößen gegen Artikel 101 oder 102 AEUV des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union Begleitunterlage zur Mitteilung der Kommission zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadenersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_de.pdf (22.7.2013).
- 25 *KOM*, Commission Recommendation of XXX on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law C(2013) 3539/3.

das EP, den WSA und den AdR hin zu einem kohärenten europäischen Ansatz für kollektiven Rechtsschutz²⁶ (**Mitteilung kollektiver Rechtsschutz**).

2 Forschungsfragen und Forschungsmethoden

2.1 Ziel der Arbeit und Forschungsfragen

Vor diesem Hintergrund sollen die Endverbraucher nicht nur als Teil des gemeinsamen Marktes und als Schutzobjekt des Kartellrechts auftreten, sondern vielmehr ebenso in die Rolle eines aktiven Wettbewerbsschützers. Diese Rolle ist aber im Moment noch stark von Passivität geprägt.

Die Zielsetzung der vorliegenden Arbeit ist eine Problemanalyse der Gründe für diese Zurückhaltung. Sihin werden die rechtlichen Faktoren, die zur obig beschriebenen Hinderung einer vermehrten privaten Kartellrechtsdurchsetzung durch Verbraucher sowohl nach formellen als auch materiellen Gesichtspunkten führen, herausgearbeitet und untersucht. Analysiert werden die verschiedenen Varianten des Private Enforcement²⁷ und die potentiellen Möglichkeiten zur Effektivierung durch kollektives Agieren. Daher werden also folgende Punkte untersucht:

- Der erste große Untersuchungsblock widmet sich dem Private Enforcement iES, also der Durchsetzung der kartellrechtlichen Normen im Wege der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen an Kartellrechtsverstößen beteiligte Schädiger.
- Die zweite Analyse betrifft die Beteiligungsmöglichkeiten von Verbrauchern am Public Enforcement, sodass bei der Betrachtung des Private Enforcement iwS Aspekte der derzeit geltenden Kartellverfahrensordnungen auf ihre Durchlässigkeit für private Initiativen von Verbrauchern hin untersucht werden.
- Der dritte Untersuchungsgegenstand betrifft die Rolle kollektiver Rechtsschutzinstrumente und ihre Eignung zur Effektivierung des Private Enforcement iES.

Die obig geschilderten Untersuchungsbereiche werfen eine Vielzahl von Unterfragen auf. Diese Fragestellungen sind differenziert zu betrachten, um eine Beurteilung und Bearbeitung des Themenkomplexes Private Enforcement zu ermöglichen. Daher werden in der Arbeit die folgenden Forschungsfragen gestellt:

26 KOM, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – „Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress“ COM(2013) 401/2.

27 Siehe für die Kategorisierung des Private Enforcement sogleich unten, Kap I P 3.2.

- Welche Rolle nehmen Endverbraucher überhaupt im Kartellrecht ein?
- Wie stellt sich der derzeitige Stand in Bezug auf die gerichtliche Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen wegen Verstößen gegen das Kartellrecht auf europäischer und österreichischer Ebene allgemein dar?
- Wie gut ist das derzeitige Kartellverfahren auf europäischer und österreichischer Ebene dazu geeignet, die private Durchsetzung des Kartellrechts zu fördern? Wo liegen die Defizite der derzeitigen Verfahrensordnungen?
- Welche Voraussetzungen müssten de lege ferenda geschaffen werden, damit die Beteiligung von Verbrauchern an behördlich geführten Kartellverfahren optimiert wird?
- Sind die Voraussetzungen für eine effektive private Kartellrechtsdurchsetzung gegeben?
Wenn nein: Welche Voraussetzungen müssten de lege ferenda geschaffen werden, damit die private Kartellrechtsdurchsetzung durch geschädigte Verbraucher im Wege der gerichtlichen Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen wegen Kartellrechtsverstößen zu einer unterstützenden und vor allem effektiven Variante des Kartellrechtvollzugs wird?
- Wie stellen sich die derzeitigen europarechtlichen Rahmenbedingungen für eine Harmonisierung der nationalen Rechtsordnungen in Bezug auf die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen wegen Kartellrechtsverstößen dar? Besteht überhaupt Bedarf an einer unionsweiten Harmonisierung?
- Ist die Erweiterung bzw die Einführung von kollektiven Rechtsschutzinstrumenten dazu geeignet, die private Kartellrechtsdurchsetzung durch Verbraucher zu effektivieren?
- Wo und wie wird es Änderungen am österreichischen Rechtsrahmen zur privaten Kartellrechtsdurchsetzung auf Grund unionsrechtlicher Entwicklungen geben müssen? Falls es Änderungen geben muss, bedeuten diese eine Verbesserung für die österreichischen Verbraucher oder nicht?
- Welche Rolle spielen die europäischen und österreichischen Gerichte bei der Entwicklung des Private Enforcement?

Die aufgeworfenen Fragen verdeutlichen dabei, dass der der Arbeit zu Grunde liegende Ansatz inklusiv ist, da die zu untersuchenden Problemfelder nicht einem Rechtsgebiet allein zuordenbar sind. Es werden Fragen des Europarechts ebenso zu untersuchen sein wie vor allem solche des europäischen und nationalen Kartellrechts. Es werden auch Fragen im Bereich des österreichischen Zivilprozessrechts aufgeworfen und die Voraussetzungen für einen Anspruch gegen Kartellanten nach österreichischem Schadenersatzrecht behandelt.

Nachdem die Problemfelder analysiert worden sind sollen auch Lösungsvorschläge für die identifizierten Unzulänglichkeiten erarbeitet werden. Dabei werden Möglichkeiten der Effektivierung sowohl auf europäischer als auch nationaler Ebene erarbeitet.

2.2 Die gewählte Forschungsmethode

Als Forschungsmethode wird folgender Ansatz zur Erkundung der Rechtslage und deren Bewertung vorgenommen:

- Als Erstes werden die zum Thema Private Enforcement ergangenen Judikate auf europäischer und österreichischer Ebene analysiert. Es kommt zu einer umfassenden Judikaturbetrachtung, um die richterrechtliche Entwicklung des Themengebietes aufzuzeigen. Dabei werden auch die Auswirkungen der Judikatur auf die gesetzlichen Grundlagen betrachtet.
- Die legislative Entwicklung auf europäischer und österreichischer Ebene wird durch eine Analyse der jüngsten Novelle zum KartG 2005 durch das KaWeRÄG 2012²⁸ sowie dem Maßnahmenpaket der KOM untersucht. Dabei werden auch die Stellungnahmen verschiedener Stakeholder untersucht, wobei das Hauptaugenmerk auf Eingaben mit Österreichbezug gelegt wird.
- Es wird ebenso eine umfassende Betrachtung der zum Thema vorhandenen Lit vorgenommen. Diese soll den gegenwärtigen Forschungs- und Meinungsstand zur Rolle der Endverbraucher bei der privaten Durchsetzung des Kartellrechts aufzeigen und Rückschlüsse auf Effektivierungsoptionen de lege ferenda ermöglichen.
- Die beiden Rechtsordnungsebenen werden schließlich verglichen bzw werden die Interdependenzen in den einzelnen Fällen analysiert.

Die gewählten Forschungsmethoden stellen dergestalt sicher, dass das Thema Private Enforcement generell sowie unter dem gewählten speziellen Blickpunkt der privaten Kartellrechtsdurchsetzung durch Endverbraucher umfassend behandelt wird.

28 Siehe dazu Beschluss des Nationalrates 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) 1804 der Beilagen XXIV. GP.

3 Grundlegende Definitionen und Begriffsbestimmungen im Rahmen der Arbeit

3.1 Der Verbraucherbegriff der vorliegenden Arbeit

Den Schwerpunkt der Arbeit bildet eine Analyse des Themenkomplexes Private Enforcement durch Verbraucher. Daher ist eingangs der Arbeit der zu Grunde liegende Verbraucherbegriff zu klären. Der Verbraucherbegriff im europäischen Recht divergiert teilweise je nach Materie und unterscheidet sich daher auch vom Verbraucherbegriff des österreichischen Rechts.

Der Verbraucherbegriff nach österreichischem Recht leitet sich von der Negativdefinition des § 1 Abs 1 Z 2 KSchG²⁹ ab,³⁰ wonach jeder Verbraucher ist, der kein Unternehmer ist. Gegensätzlich dazu ist die Unternehmerdefinition des § 1 Abs 1 UGB,³¹ wonach jeder Unternehmer ist, der ein Unternehmen betreibt. Aber auch Unternehmer können Verbraucher sein, solange sie das Rechtsgeschäft außerhalb ihres Unternehmens tätigen.³²

Im Europarecht ist der Verbraucherbegriff differenzierter zu betrachten, da er in den verschiedenen Rechtsquellen unterschiedlich definiert wird, aber von den Kernelementen des Verbrauchers als natürliche Person, welche zu privaten und nicht gewerblichen Zwecken handelt, geprägt ist.³³

29 Bundesgesetz vom 8. März 1979, mit dem Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden (Konsumentenschutzgesetz – KSchG), BGBl I 1979/140 idgF.

30 Vgl *Apathy*, § 1 KSchG in Schwimann (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar³ (2006) Rn 8.

31 Bundesgesetz über besondere zivilrechtliche Vorschriften für Unternehmen (Unternehmensgesetzbuch – UGB), dRGT 1897/219 idgF.

32 Vgl *Kathrein*, § 1 KSchG in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB – Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, Ehegesetz, Konsumentenschutzgesetz, IPR-Gesetz, Rom-I- und Rom II-VO³ (2010) Rn 1.

33 Siehe dazu *Pfeiffer*, Art 169 AEUV in Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union (50. EL 2013) Rn 24 ff oder *Lurger*, Art 169 AEUV in Streinz (Hrsg), EUV/AEUV – Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union² (2012) Rn 12. Beispielhaft sei die Verbraucherdefinition gem Art 2 Z 1 Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates ABl L 2011/304, 64 genannt, wonach ein Verbraucher „jede natürliche Person, die bei von dieser Richtlinie erfassten Verträgen zu Zwecken handelt, die außerhalb ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit liegen“ ist.