

# Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen

Michael Grünberger

- A. Einleitung
- B. Die Bindungswirkung als Reaktion auf zivilverfahrensrechtliche Probleme der effektiven Rechtsdurchsetzung
  - I. Zivilverfahrensrechtliche Risikofaktoren im Überblick
  - II. Bindungswirkung und materielle Beweislast
    - 1. Anwendungsprobleme der Beweislastregel in Art. 2 VO 1/2003
    - 2. Beweislastverteilung im *more economic approach*
  - III. Anforderungen an das Beweismaß
  - IV. Rechtliche Würdigung
  - V. Zwischenergebnis
- C. Bindungswirkungen kartellbehördlicher Entscheidungen
  - I. Fallgruppen der Bindungswirkung
    - 1. Bindungswirkung von Kommissionsentscheidungen
    - 2. Bindungswirkung von Entscheidungen der NCA des eigenen Mitgliedstaats
    - 3. Bindungswirkung von Entscheidungen der NCA anderer Mitgliedstaaten
  - II. Anwendungsbereich und Tatbestandsvoraussetzungen der Bindungswirkung
    - 1. Adressaten der Bindungswirkung
    - 2. Sachlicher Anwendungsbereich
    - 3. Persönlicher Anwendungsbereich: Grundsatz der zweifachen Identität
    - 4. Räumlicher Anwendungsbereich
    - 5. Zeitlicher Anwendungsbereich
  - III. Rechtsfolgen
    - 1. Bindungswirkung: Tatbestands- oder Feststellungswirkung?
    - 2. Aussetzung bei Anfechtung der Entscheidung
    - 3. Vorlage an den EuGH
  - IV. Zwischenergebnis
- D. Rechtfertigung und Rechtfertigungsprobleme der Bindungswirkung
  - I. Die Rechtfertigung der angestrebten Bindungswirkung im Weißbuch
  - II. Keine Bindungswirkung kraft primären Unionsrechts
    - 1. Anwendungsfall der Delimitis- und Masterfoods-Grundsätze?
    - 2. Anerkennungspflichten mitgliedstaatlicher Verwaltungsakte
  - III. Rechtfertigungshürden der angestrebten Bindungswirkung
    - 1. Grundsatz der Gewaltenteilung und Unabhängigkeit der Gerichte

2. Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes
  3. Probleme der Bindungswirkung ausländischer Behörden- und Gerichtsentscheidungen
  4. Widerlegliche gesetzliche Vermutungsregelung als vorzugswürdige Alternative?
- IV. Zwischenergebnis
- E. Ausblick

#### A. Einleitung

Im Grünbuch über Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts [im Folgenden: Grünbuch]<sup>1</sup> hat die Kommission im Jahr 2005 erhebliche Hindernisse für eine wirksame Handhabung von Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts festgestellt, die im Wesentlichen auf Unzulänglichkeiten im nationalen Verfahrensrecht beruhen sollen.<sup>2</sup> Dazu zähle auch ein beweisrechtliches Dilemma des potentiellen Klägers.<sup>3</sup> Unter Berufung auf die Ashurst-Studie<sup>4</sup> wurden insbesondere die dem Kläger obliegende Beweislast und die Anforderungen der mitgliedstaatlichen Verfahrensrechte an das Beweismaß als mögliche Hindernisse für eine effektive Ausgestaltung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung (*private enforcement*) thematisiert.<sup>5</sup> Dabei differenziert die Kommission zwischen Folgeklagen (*follow-on-actions*) und eigenständigen Klagen.<sup>6</sup> Folgeklagen zeichnen sich dadurch aus, dass der zivilrechtliche Anspruch geltend gemacht wird, nachdem die Kommission oder eine nationale Kartellbehörde einen Verstoß gegen Art. 101 AEUV (ex Art. 81 EG) oder Art. 102 AEUV (ex Art. 82 EG) festgestellt hat. Weil der Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln von einer dafür institutionell zuständigen und kompetenten Behörde bereits festgestellt wurde, liegt es nahe, diesem Vorgang Bedeutung für eine Folgeklage beizumessen. Handelt es sich um eine Entscheidung der Kommission folgt nach ihrer Ansicht eine Bindung mitgliedstaatlicher Gerichte in Folgeklagen bereits aus Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003.<sup>7</sup>

1 KOM(2005) 672 endg.

2 Grünbuch, S. 4.

3 Grünbuch, S. 4.

4 Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules v. 31.8.2004, 50 ff, 106 ff; <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actions-damages/study.html> [Stand: 15.9.2009].

5 Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper, SEC(2005), 1732 [im Folgenden: Arbeitspapier Grünbuch], Rn. 33 ff.

6 Grünbuch, S. 4 f.

7 Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, SEC(2008) 404 [im Folgenden: Arbeitspapier Weißbuch], Rn. 139 ff; dazu näher unten C.III.1.b.

Das Problem besteht daher nur für Entscheidungen nationaler Kartellbehörden und Gerichte. Im Grünbuch stellte die Kommission daher zwei Möglichkeiten zur Diskussion: Entweder die Entscheidungen nationaler Kartellbehörden der EU-Mitgliedstaaten sind für die Zivilgerichte bindend oder sie führen alternativ zu einer Beweislastumkehr.<sup>8</sup> Im Weißbuch über Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts [im Folgenden: Weißbuch],<sup>9</sup> veröffentlicht im Frühjahr 2008, schlägt die Kommission vor, die Gerichte an vorhergehende Entscheidungen nationaler Wettbewerbsbehörden zu binden. Der Regelungsvorschlag ist nach dem Vorbild des Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 modelliert.<sup>10</sup> Inhaltlich orientiert er sich deutlich an § 33 Abs. 4 GWB,<sup>11</sup> der in diesem Zusammenhang von der Kommission häufig genannt wird.<sup>12</sup> Der Vorschlag lautet in der deutschen Fassung des Weißbuchs:

„Wenn einzelstaatliche Gerichte über Schadensersatzklagen in Bezug auf unter Artikel 81 oder 82 EG-Vertrag fallende Verhaltensweisen entscheiden, die von einer nationalen Wettbewerbsbehörde des ECN13 in einer bestandskräftigen Entscheidung bereits als wettbewerbswidrig befunden wurden bzw. bezüglich derer eine gerichtliche Rechtsmittelinstanz ein rechtskräftiges Urteil erlassen hat, in dem sie die Entscheidung der Behörde bestätigt oder selbst einen Verstoß feststellt, dürfen sie keine Entscheidungen erlassen, die diesen Entscheidungen oder Urteilen zuwiderlaufen.“<sup>14</sup>

Nach Auffassung der Kommission gebe es keinen Grund, warum diese Entscheidungen nicht in jedem Mitgliedstaat bei Folgeklagen auf Schadensersatz als unwiderleglicher Beweis für den festgestellten Verstoß herangezogen werden sollten.<sup>15</sup> Das ist wohl zu scharf formuliert, weil bereits das Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen zum Weißbuch zeigt, dass die Kommission sich mit einer ganzen Reihe von Gründen auseinandersetzt, die gegen die vorgeschlagene Bindungswirkung sprechen. Auch die, teilweise von sehr prominenter Seite<sup>16</sup> geäußerte Kritik<sup>17</sup> an diesem Vorschlag zeigt, dass die Bindung an Entscheidungen anderer nationaler Wettbewerbsbehörden [im Folgenden: NCA] heikle Fragen aufwirft. Diesen soll

8 Grünbuch, S. 7.

9 KOM(2008) 165 endg.

10 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 7.

11 § 33 Abs. 4 GWB wurde in das Gesetz eingefügt mit dem Siebten Gesetz zur Änderung des GWB v. 7.7.2005, BGBl. I 1954.

12 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 142, 158; Arbeitspapier Grünbuch, Rn. 86; vg. *Paulis*, Policy Issues in the Private Enforcement of EC Competition Law, in *Basedow* (Hrsg.), Private Enforcement of EC Competition Law, 2007, 7, 11.

13 ECN steht für European Competition Network (Europäisches Wettbewerbsnetz), vgl. Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, Rn. 1, ABI C Nr. 101 v. 27.4.2004, 43.

14 Weißbuch, S. 7.

15 Weißbuch, S. 6.

16 Stellungnahme der Corte Suprema di Cassazione v. 11.7.2008, S. 7 ff, [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white\\_paper\\_comments/cortesup\\_it.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/cortesup_it.pdf).

17 Weitere Stellungnahmen unter [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white\\_paper\\_comments.html](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments.html) [Stand: 15.9.2009].

hier näher nachgegangen werden. Der Beitrag gliedert sich in vier größere Abschnitte. Im ersten Teil (B) werden die Schwierigkeiten untersucht, auf die ein Kläger bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen in nationalen Verfahrensrechten treffen kann und wie mit einer Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen darauf reagiert werden kann. Im zweiten Teil (C) wird das von der Kommission vorgeschlagene Regelungsmodell analysiert, indem es hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen mit den bestehenden Regelungen im Unionsrecht und im nationalen Recht verglichen wird. Im dritten Teil (D) wird die Rechtfertigung des Regelungsvorschlags einer kritischen Würdigung unterzogen, wobei der Schwerpunkt auf die Anforderungen der EMRK gelegt wird. Der Beitrag schließt mit einem Ausblick auf die Regelung der Bindungswirkung im - zur Zeit noch unveröffentlichten - Richtlinienvorschlag (E).

## B. Die Bindungswirkung als Reaktion auf zivilverfahrensrechtliche Probleme der effektiven Rechtsdurchsetzung

### I. Zivilverfahrensrechtliche Risikofaktoren im Überblick

Verstößt ein Unternehmen gegen das Kartellverbot (Art. 101 AEUV) oder gegen das Missbrauchsverbot (Art. 102 AEUV), hat dieses Verhalten zivilrechtliche Konsequenzen im Verhältnis zu anderen Marktteilnehmern.<sup>18</sup> Dazu zählen auch Beseitigungs-, Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche<sup>19</sup> jeder Person, die von einer wettbewerbsbeschränkenden Maßnahme ursächlich betroffen ist.<sup>20</sup> Aus dem Unionsrecht (Art. 101 und 102 AEUV iVm Art. 4 Abs. 3 EUV) folgt, dass jedenfalls Schadensersatzansprüche für Verletzungen des Wettbewerbsrechts zwingend vorzusehen sind.<sup>21</sup> Die Mitgliedstaaten sind daher verpflichtet, im nationalen Recht Anspruchsgrundlagen für die Durchsetzung dieser Rechte vorzusehen, die ihrerseits dem Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz als unionsrechtliche Vorgaben und Grenzen unterliegen.<sup>22</sup> Die nähere Ausgestaltung der Anspruchsvoraussetzungen und das

18 Dazu im Überblick *K. Schmidt* in Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR EG/2, 4. Aufl., 2007, VO 1/2003, Anh 2, Rn. 1 ff.

19 Die Diskussion wird regelmäßig nur für Schadensersatzansprüche geführt, betrifft aber alle sonstigen nicht vertraglichen Ansprüche aus dem Kartellrechtsverstoß, vgl. *Säcker/Jaecks* in MünchKomm KartellR, Bd. 1, 2007, Art. 81 EG, Rn. 822.

20 Siehe EuGH v. 20.9.2001, Rs. C-453/99 - *Courage/Crehan*, Slg. 2001, I-6297 Rn. 24 ff; EuGH v. 13.7.2006, Rs. 295/04-298/04 - *Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, Slg. 2006, I-6619 Rn. 59 ff.

21 Vertiefend dazu *Logemann, Schadensersatz*, 2009, 102 ff.

22 Dazu EuGH v. 20.9.2001, Rs. C-453/99 - *Courage/Crehan*, Slg. 2001, I-6297 Rn. 29 ff; EuGH v. 13.7.2006, Rs. 295/04-298/04 - *Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, Slg. 2006, I-6619 Rn. 62; vertiefend zum Ganzen *Säcker/Jaecks* in MünchKomm KartellR, 2007, Art. 81 EG Rn 822 ff mwN; *Kominos*, 39 CMLR 447, 466 ff (2002) und zuletzt *Logemann, Der kartellrechtliche Schadensersatz*, 2009, 98 ff, 119 ff.

Zivilverfahren, in dem diese Ansprüche geltend zu machen sind, ist in Ermangelung einer einschlägigen Unionsregelung dagegen Aufgabe des innerstaatlichen Rechts der einzelnen Mitgliedstaaten.<sup>23</sup>

Die Zivilverfahren in den Mitgliedstaaten weisen im Vergleich zum Verwaltungsverfahren vor der Kommission oder einer nationalen Kartellbehörde strukturelle Besonderheiten auf, die sich nachteilig auf die unionsrechtlich erwünschte effektive Durchsetzung der Wettbewerbsnormen<sup>24</sup> auswirken können.<sup>25</sup> Die Unterschiede in den verfahrensrechtlichen Vorschriften und die jeweiligen Anforderungen identifiziert die Kommission als wesentliche Gründe für die geringe Anzahl von Schadensersatzklagen.<sup>26</sup> Im Wesentlichen geht es um vier zentrale Bereiche eines Kartellschadensersatzverfahrens:

- die Anforderungen an die Darlegungslast (Substantiierungslast) des Klägers,
- die Verteilung der Beweislast (sowohl die formelle bzw. subjektive Beweislast oder Beweisführungslast als auch die materielle oder objektive Beweislast),<sup>27</sup>
- der Zugang zu Beweismitteln, die Anforderungen an die Beweiswürdigung und das zugrunde zu legende Beweismaß,
- die rechtliche Würdigung der behaupteten oder feststehenden Tatsachen.

Die Darlegungslast hängt eng mit dem die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten prägenden Beibringungsgrundsatz (Verhandlungsmaxime) zusammen. Danach ist es Aufgabe der Parteien, den Streitstoff in den Prozess einzuführen.<sup>28</sup> In den Prozessordnungen kontinentaler Tradition ist es die Obliegenheit der Parteien, detaillierte Tatsachenbehauptungen aufzustellen und spezifizierte Beweismittel anzubieten.<sup>29</sup> Das Gericht darf seiner Entscheidung im Wesentlichen nur solche Tatsachen zugrundelegen, die die Parteien vorgetragen haben.<sup>30</sup> Die Regeln über die Darlegungslast bestimmen dann, welche Tatsachen eine Partei vorzutragen hat, um ihre rechtlichen Behauptungen zu stützen. Art. 2 VO 1/2003 betrifft nur die materielle oder objektive Beweislast, also die Frage, welche Partei das Entscheidungsrisiko trägt, wenn die behaupteten Tatsachen sich nicht aufklären lassen (*non liquet*).<sup>31</sup> Er enthält

23 EuGH v. 20.9.2001, Rs. C-453/99 - *Courage/Crehan*, Slg. 2001, I-6297 Rn. 29; EuGH v. 13.7.2006, Rs. 295/04-298/04 - *Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, Slg. 2006, I-6619 Rn. 62.

24 Vgl. EuGH v. 20.9.2001, Rs. C-453/99 - *Courage/Crehan*, Slg. 2001, I-6297 Rn. 27; EuGH v. 13.7.2006, Rs. 295/04-298/04 - *Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, Slg. 2006, I-6619 Rn. 60.

25 *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, 10. Aufl., Bd. 1, 2006, § 33 Rn. 8.

26 *Weißbuch*, S. 2.

27 Zu den Begriffen *Gottwald*, *Zivilprozessrecht*, 16. Aufl., 2004, § 114 Rn. 3 f.

28 Aus rechtsvergleichender Sicht *Stürner*, *RabelsZ* (69) 2005, 201, 221 ff.; zur Bedeutung im deutschen Recht statt aller *Gottwald*, *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, 2004, § 77 II Rn. 7ff.

29 *Stürner*, *ZZPInt.* (11) 2006, 381, 395 m.w.N.

30 Siehe zum deutschen Recht BGH v. 28.3.1989 - VI ZR 232/88, *NJW* 1989, 3161, 3162; speziell zum Kartellzivilverfahren *Kirchhoff*, *WuW* 2004, 745, 747.

31 *Jaeger* in *FK KartR*, 61. Lfg., 2006, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 2; zum Begriff *Gottwald*, *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, 2004, § 114 Rn. 3.

keine unmittelbare Aussage über die Verteilung der Darlegungslast.<sup>32</sup> Die Darlegungslast im Kartellzivilprozess folgt daher aus dem nationalen Verfahrensrecht.<sup>33</sup> Jedenfalls im deutschen Recht kann im Regelfall von der Verteilung der materiellen Beweislast einer Tatsache auf die Darlegungslast geschlossen werden. Deshalb erlaubt Art. 2 VO 1/2003 im deutschen Verfahrensrecht auch einen Rückschluss auf die Darlegungslast. Im Zivilverfahren muss daher die Partei, die aus einem Verstoß gegen europäisches Wettbewerbsrecht Schadensersatz begehrt, dem Gericht ausreichend substantiiert Tatsachen vortragen, aus denen (1.) eine Zuwiderhandlung gegen Art. 101 Abs. 1 oder Art. 102 AEUV, (2.) ein Verschulden des Beklagten, (3.) Kausalität und (4.) ein darauf beruhender Schaden folgt.<sup>34</sup> Dagegen obliegt die Darlegungslast dafür, dass die Vereinbarung aufgrund Art. 101 Abs. 3 AEUV unmittelbar und direkt vom Kartellverbot freigestellt ist (Art. 1 Abs. 2 VO 1/2003) den davon betroffenen Unternehmen. Stellt ein Gericht daher hohe Anforderungen an den klägerischen Vortrag, kommt das Verfahren bereits an früher Stelle zu einem für den potentiell Geschädigten ungünstigen Ende, weil man die Stufe der Beweiserhebung schon gar nicht erreicht.<sup>35</sup> Insbesondere in selbständigen Schadensersatzprozessen kann die Darlegungslast für den Kläger eine erhebliche Hürde bilden. Ist es dem Darlegungspflichtigen tatsächlich unmöglich oder unzumutbar, den Sachverhalt detailliert zu ermitteln, weil er außerhalb des Geschehensablaufs steht, sehen die nationalen Verfahrensrechte vielfach Möglichkeiten zur Herabsenkung oder Verteilung der Darlegungslast vor. Im deutschen Recht greifen in solchen Fällen die Regeln der sekundären Behauptungslast.<sup>36</sup> Die “Principles of Transnational Civil Procedure”, ein von UNIDROIT und dem American Law Institute getragenes Projekt,<sup>37</sup> schlagen in solchen Fällen ebenfalls eine Herabsenkung der Darlegungslast vor.<sup>38</sup> Soweit das nationale Recht solche Möglichkeiten vorsieht, sind sie wegen des Äqui-

32 *Jaeger* in FK KartR, 61. Lfg., 2006, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 8; *Böge/Bardong* in MünchKomm KartellR, Bd. 1, 2007, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 5; *Zuber* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, 2009, Art. 2 VerfVO Rn. 11; missverständlich *K.Schmidt* in Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR EG/2, 2007, VO 1/2003 Art 2 Rn. 22, 35 [“mit Beweislast zugleich auch die Darlegungslast [ge]regelt”].

33 *Jaeger* in FK KartR, 2006, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 8.

34 Umfassend zur Darlegungslast des Klägers *Jüntgen*, Die prozessuale Durchsetzung privater Ansprüche im Kartellrecht, 2007, 83 ff.

35 Vgl. *Stürner*, in *Basedow* (Hrsg.), Private Enforcement, 2007, 163, 170 f.

36 Näher *Reichhold* in Thomas/Putzo, ZPO, 29. Aufl., 2008, Vorbem § 284 Rn. 18, 37; *Greger* in Zöllner, ZPO, 27. Aufl., 2009, § 138 Rn. 8b; speziell zum Kartellzivilrecht siehe *Jüntgen*, Prozessuale Durchsetzung, 2007, 99 ff.

37 Dazu vertiefend *Stürner*, *RabelsZ* (69) 2005, 201, 203 ff.

38 Principle of Transnational Civil Procedure, 11.3: “When a party shows good cause for inability to provide reasonable details of relevant facts or sufficient specification of evidence, the court should give due regard to the possibility that necessary facts and evidence will develop later in the course of the proceeding.”; abgedruckt in *RabelsZ* (69) 2005, 341, 345.

valenzprinzips<sup>39</sup> auf Schadensersatzklagen wegen Verstößen gegen Art. 101 AEUV und 102 AEUV ebenfalls anzuwenden.<sup>40</sup>

Bei *follow-on-Klagen* dürfte die Darlegungslast in der Regel allerdings keine Probleme bereiten. Der Kläger kann seinen Vortrag an der Entscheidung der NCA ausrichten, die dort festgestellten Tatsachen in seiner Klage darlegen und anbieten, sie mit den in der Entscheidung genannten Beweismitteln auch unter Beweis zu stellen. Die Bindung des Gerichts an die Entscheidung der Kartellbehörde ist insoweit nicht erforderlich, weil die spezifische Situation einer Anschlussklage diesen Punkt der Rechtsdurchsetzung ohnehin erleichtert.<sup>41</sup> Voraussetzung dafür ist allerdings, dass der Kläger Zugang zu der Entscheidung und den dort genannten Informationen hat.

Ohne eine wie auch immer im Einzelnen ausgestaltete Bindung des Zivilgerichts an die vorhergehende kartellbehördliche Entscheidung, bleiben für den Kläger im nachfolgenden Prozess vier entscheidende Unsicherheiten bestehen: (1.) Stehen ihm die in der kartellbehördlichen Entscheidung genannten Beweismittel im Verfahren auch zur Verfügung; (2.) kann er das Gericht davon überzeugen, dass die Tatsachen auch wahr sind; (3.) trägt er bei einem *non-liquet* die materielle Beweislast und (4.) teilt das Gericht die rechtliche Bewertung des Sachverhalts mit der NCA?

Der Zugang zu Beweismitteln wird als allgemeines Problem von zivilrechtlichen Ansprüchen aus Kartellverstößen an anderer Stelle im Weißbuch näher thematisiert.<sup>42</sup> Wäre das Gericht an die Tatsachenfeststellungen in einer Entscheidung einer NCA gebunden, fiel dieses Hindernis für den Kläger weg. Das wäre bereits in rein nationalen Konstellationen von praktischer Bedeutung, führt aber in grenzüberschreitenden Sachverhalten zu einer erheblichen Erleichterung der prozessualen Situation des Klägers.<sup>43</sup> Allerdings muss die Frage erlaubt sein, warum in Kartellzivilverfahren das unionsrechtliche Instrumentarium zur Lösung dieser Probleme nicht ausreichen soll. Mit der VO 1206/2001 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handelssachen<sup>44</sup> wurde ein unionsrechtliches Instrument für die effiziente Abwicklung und Durchführung von Beweisaufnahmen in anderen Mitgliedstaaten geschaffen. Danach kann ein nationales Gericht in Zivil- und Handelssachen entweder Gerichte anderer Mitgliedstaaten um eine Beweisaufnahme ersuchen oder darum bitten, dort selbst unmittelbar Beweis erheben zu dürfen (Art. 1 VO 1206/2001).<sup>45</sup>

39 EuGH v. 20.9.2001, Rs. C-453/99 - *Courage/Crehan*, Slg. 2001, I-6297 Rn. 29.

40 Vgl. *Stürner*, Duties of Disclosure and Burden of Proof in the Private Enforcement of European Competition Law, in *Basedow* (Hrsg.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, 2007, 163, 172.

41 *Meyer*, GRUR 2006, 27, 28.

42 Weißbuch, S. 5; Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 65 ff.

43 Vgl. Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 160. Zur Beweisaufnahme auf deutschem Territorium für im Ausland anhängige Klagen siehe *Geimer*, *Internationales Zivilprozeßrecht*, 5. Aufl., 2005, Rn. 2420 ff.

44 ABl L 174 v. 27.6.2001, S. 1.

45 Näher dazu *Nagel/Gottwald*, *Internationales Zivilprozeßrecht*, 6. Aufl., 2007, § 8 Rn. 6 ff.



## II. Bindungswirkung und materielle Beweislast

Eine Bindung an kartellbehördliche Entscheidungen führt zu einer erheblichen Verringerung des Risikos einer Beweislastentscheidung zu Lasten des Klägers. Die Verteilung der (materiellen) Beweislast bei Verstößen gegen Art. 101 und 102 AEUV wird jetzt auch für Kartellzivilverfahren abschließend in Art. 2 VO 1/2003 geregelt.<sup>46</sup> Daraus folgt, dass der Kläger die Voraussetzungen für die Zuwiderhandlung gegen Art. 101 Abs. 1 und Art. 102 AEUV beweisen muss. Soweit im nationalen Verfahrensrecht Beweiserleichterungen vorgesehen sind,<sup>47</sup> müssen diese nach dem Äquivalenzprinzip auch bei der Verfolgung von EG-Wettbewerbsverstößen angewendet werden.<sup>48</sup> Die Grenze zulässiger Beweiserleichterungen ist die in Art. 2 VO 1/2003 vorgenommene Verteilung der Beweislast. Daher sind Beweiserleichterungen, die sich im Ergebnis wie eine Beweislastverteilungsregel auswirken, aufgrund des Vorrangs des Unionsrechts<sup>49</sup> nicht anwendbar.<sup>50</sup> Eine Bindung nationaler Gerichte an die Tatsachenfeststellung der kartellbehördlichen Entscheidung würde eine Rechtsverfolgung daher erheblich erleichtern, weil der Verstoß gegen diese Normen aufgrund der Entscheidung bereits feststeht. Die Tatsachen wären nicht mehr beweisbedürftig. Damit geht eine erhebliche Erleichterung der Position eines potentiell Geschädigten einher. Zugleich liegt darin eine bedeutende Weichenstellung. In der Sache wird nämlich das materielle Recht - Art. 2 VO 1/2003 - zugunsten des Klägers verschoben, weil er in Folgeklagen das Risiko von Zweifelsfragen nicht mehr zu tragen hat.<sup>51</sup>

### 1. Anwendungsprobleme der Beweislastregel in Art. 2 VO 1/2003

Das ganze Ausmaß dieser Erleichterung wird deutlich, wenn man berücksichtigt, dass Art. 2 VO 1/2003 nur auf den ersten Blick klar und eindeutig ist.<sup>52</sup> So ist beispielsweise fraglich, wer beweispflichtig ist, wenn sich ein Unternehmen im Anwendungsbereich des Art. 102 AEUV auf objektive wirtschaftliche Gründe beruft, um die Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung zu rechtfertigen oder sonstige Einschränkungen geltend macht. Ist auch in diesem Fall der Kläger darlegungs- und

46 *Böge/Bardong* in MünchKomm KartellR, 2007, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 13 ff; *K.Schmidt* in Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR EG/2, 2007, VO 1/2003 Art. 2 Rn. 17; *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2. Aufl, 2009, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 17.

47 Dazu näher *Jüntgen*, Prozessuale Durchsetzung, 2007, 123 ff.

48 Vgl. EuGH v. 20.9.2001, Rs. C-453/99 - *Courage/Crehan*, Slg. 2001, I-6297 Rn. 29.

49 Grundlegend EuGH v. 5.2.1963, Rs. 26/62 - *van Gend/Loos*, Slg. 1963, 3.

50 *Zuber* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, 2009, Art. 2 VerfVO Rn. 11; näher dazu *Böge/Bardong* in MünchKomm KartellR, 2007, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 15 f.

51 Vgl. *Stürner*, Duties of Disclosure and Burden of Proof in the Private Enforcement of European Competition Law, in *Basedow* (Hrsg.), Private Enforcement of EC Competition Law, 2007, 163, 184.

52 *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2009, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 9.



beweispflichtig, der den Verstoß gegen Art. 102 behauptet<sup>53</sup> oder hat das marktbeherrschende Unternehmen diese Gründe darzulegen und zu beweisen? Letzteres ist für das Kartellverfahrensrecht die Auffassung der Kommission.<sup>54</sup> Geht man mit der Kommission davon aus, dass kein Verstoß gegen Art. 102 AEUV vorliegt, wenn das Unternehmen sein Verhalten mit Effizienzvorteilen nach dem Vorbild des Art. 101 Abs. 3 AEUV begründen kann,<sup>55</sup> scheint jedenfalls dafür die analoge Anwendung des Art. 2 S. 2 VO 1/2003 nahezuliegen. Das Bild trübt sich noch mehr, wenn man die Existenz impliziter Schranken des Art. 101 Abs. 1 AEUV berücksichtigt.<sup>56</sup> So liegt beispielsweise nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH eine tatbestandliche Wettbewerbsbeschränkung iSv Art. 101 Abs. 1 AEUV nur dann vor, wenn die Maßnahme geeignet ist, sich spürbar auf den Wettbewerb auszuwirken.<sup>57</sup> Ausschlaggebend dafür ist nach dieser Rechtsprechung eine Gesamtbetrachtung aller Verhältnisse des Einzelfalls.<sup>58</sup> Umstritten ist nun, ob der Anspruchsteller beweisen muss, dass diese tatbestandlichen Einschränkungen nicht vorliegen<sup>59</sup> oder ob der Anspruchsgegner aufgrund des aus Art. 2 S. 2 VO 1/2003 folgenden Rechtsgedankens beweisen muss, dass sie vorliegen.<sup>60</sup> Die Kommission hat zwar Leitlinien vorgelegt, die bestimmte quantitative und qualitative Kriterien enthalten, um eine spürbare Beschränkung zu bestimmen und die Rechtsanwendung zu erleichtern.<sup>61</sup> Diese sind allerdings weder für die Gerichte der Union noch für die Gerichte der Mitglied-

- 53 *Hirsbrunner/Schädle*, EuZW 2006, 583, 385; *Jaeger* in FK KartR, 2006, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 6; differenzierend dagegen *Zuber* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, 2009, Art. 2 VerfVO Rn. 8.
- 54 Vgl. Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, Rn. 28, 31, ABI C Nr. 45 v. 24.2.2009, 1.
- 55 Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, Rn. 30, ABI C Nr. 45 v. 24.2.2009, 1.
- 56 Näher zur dogmatischen Einordnung *Säcker/Molle* in MünchKomm KartellR, Bd. 1, 2007, Art. 81 EG Rn. 480 ff; *Weiß* in Callies/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl., 2007, Art. 81 Rn. 112 ff.
- 57 Grundlegend EuGH v. 30.6.1966, Rs. 56/65 - *Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm*, Slg. 1966, 282 S. 303; EuGH v. 25.11.1971, Rs. 22/71 - *Béguelin Import/SAGL Import Export*, Slg. 1971, 949 Rn. 16 ff; näher *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker, 4. Aufl., 2007, Art. 81 Abs. 1 EGV Rn. 185 ff.
- 58 Vgl. *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., 2004, 10 Rn. 83.
- 59 *Jaeger* in FK KartR, 2006, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 4; *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2009, Art 2 VO 1/2003 Rn. 10.
- 60 *Pohlmann* in FK KartR, 65. Lfg., 2008, Art. 81 Abs. 3 Grundlagen Rn. 122; *Logemann*, Der kartellrechtliche Schadensersatz, 2009, 147 f; *Zuber* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, 2009, Art. 2 VerfVO Rn. 7.
- 61 Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis), ABI C 368 v. 22.12.2001, 13 [im Folgenden Leitlinien de minimis].

staaten bindend,<sup>62</sup> wenngleich sie diesen als Auslegungshilfe dienen können und auch sollen.<sup>63</sup> Die Bedeutung der Leitlinien im Kartellzivilprozeß hängt daher davon ab, ob das nationale Gericht sich daran orientiert.<sup>64</sup>

Die Bindung an die in der Entscheidung der Kartellbehörde festgestellten Tatsachen kann sich - wenn die Bindungswirkung auch Entscheidungen nach Art. 10 VO 1/2003 erfasst - prinzipiell auch zugunsten des Beklagten auswirken. Nach Art. 2 S. 2 VO 1/2003 trifft denjenigen, der sich darauf beruft, dass Art. 101 Abs. 3 AEUV die Vereinbarung rechtfertigt, die Beweislast dafür. Die in Art. 101 Abs. 3 vorausgesetzte Prüfung von zwei positiven und zwei negativen Kriterien<sup>65</sup> verlangt von dieser Partei, dass sie umfangreiche Tatsachengrundlagen und die daraus abzuleitenden Prognosen darlegt und im Zweifel auch beweist. Bezüglich der beiden positiven Kriterien der Effizienzgewinne und einer angemessenen Beteiligung der Verbraucher, sind die tatsächlichen oder voraussichtlichen Folgen der Absprache zu ermitteln und die spürbaren, objektiven Vorteile genauso nachzuweisen wie ein hinreichender, direkter Kausalzusammenhang zwischen der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung und den behaupteten Effizienzgewinnen.<sup>66</sup> Die Unternehmen müssen ihre Behauptungen substantiieren, indem sie verfügbare Angaben und Schätzungen vorlegen, die den Gegebenheiten ihres Falles Rechnung tragen.<sup>67</sup> Das stellt das betroffene Unternehmen vor erhebliche Herausforderungen.<sup>68</sup> Diese werden nochmals gesteigert, wenn man die beiden negativen Kriterien berücksichtigt: Das Unternehmen muss darlegen, dass kein anderes, weniger wettbewerbsbeschränkendes Instrument zur Verfügung steht, um die mit einer Vereinbarung angestrebten positiven Effekte in zumutbarer Weise zu erreichen.<sup>69</sup> Schließlich muss es substantiiert behaupten können, dass die Vereinbarung keine Ausschaltung des Wettbewerbs bewirkt. Erforderlich sind in diesem Zusammenhang Ausführungen zu den Auswirkungen auf die Struktur des relevanten Marktes.<sup>70</sup> Dabei ist nach ständiger Praxis zum einen auf die Vereinbarung selbst und die darin enthaltenen Wettbewerbsbeschränkungen zwischen den beteiligten Unternehmen abzustellen (Innenwettbewerb), zum anderen ist die Auswirkung auf die Wettbewerbsstruktur und die Wett-

62 Vgl. Rn. 4 und 6 der Leitlinien de minimis; *Pohlmann*, WuW 2005, 1005, gegen *Schweda*, WuW 2003, 1133, 1139 ff; für eine Beachtungspflicht auch *Roth/Ackermann* in FK KartR, 68. Lfg., 2009, Art. 81 Abs. 1 Grundlagen Rn. 401.

63 Vgl. Rn. 4 der Leitlinien de minimis.

64 Nach OLG München v. 1.8.2002 - U (K) 5658/01 - *Tankstelle Germering*, WUW/E DE-R 991, 992 f bedarf es allerdings besonderer Umstände, damit das Gericht von den Leitlinien abweichen darf.

65 Siehe dazu Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABI C 101 v. 27.4.2002, 97, Rn. 34.

66 *Kirchhoff*, WuW 2004, 745, 748.

67 Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABI C 101 v. 27.4.2002, 97, Rn. 94.

68 *Pohlmann* in FK KartR, 2008, Art. 81 Abs. 3 Grundlagen Rn. 172.

69 *Kirchhoff*, WuW 2004, 745, 248.

70 Statt vieler *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2004, § 13 Rn. 70 ff.

bewerbsituation gegenüber Dritten maßgeblich (Außenwettbewerb).<sup>71</sup> Notwendig ist also die umfassende Darlegung der Auswirkung der Vereinbarung auf den Wettbewerbsprozess insgesamt.<sup>72</sup> Das wird der darlegungs- und beweispflichtigen Partei in der Regel nur mit Sachverständigengutachten gelingen.<sup>73</sup> Denselben Schwierigkeiten begegnet ein marktbeherrschendes Unternehmen, wenn es sein von Art. 102 AEUV erfasstes Verhalten unter Effizienzgesichtspunkten begründen möchte. Nach Auffassung der Kommission sind die für Art. 101 Abs. 3 AEUV geltenden Gesichtspunkte in der Sache auch für den Tatbestand des Art. 102 AEUV relevant.<sup>74</sup>

## 2. Beweislastverteilung im *more economic approach*

Die soeben skizzierten Probleme der Beweislastverteilung im Kartellzivilprozess verschärfen sich im Rahmen der Ökonomisierung des Wettbewerbsrechts.<sup>75</sup> Die in Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 VO 1/2003 zum Ausdruck kommende Modernisierung und Dezentralisierung des europäischen Kartellrechts bewirkt, dass der gesamte Art. 101 AEUV von derselben zur Entscheidung berufenen Institution einheitlich angewendet wird.<sup>76</sup> Aus ökonomischer Sicht ist es folgerichtig irrelevant, ob die Berücksichtigung positiver ökonomischer Effekte im Rahmen von Art. 101 Abs. 1 oder Abs. 3 AEUV erfolgt.<sup>77</sup> Aus zivilverfahrensrechtlicher Hinsicht bleibt die Unterscheidung wegen Art. 2 VO 1/2003 nach wie vor grundlegend und praxisrelevant. Die verstärkt ökonomische Betrachtungsweise bei der Anwendung des Kartellverbots („*more economic approach*“) führt aus zivilverfahrensrechtlicher Perspektive zu erheblichen Schwierigkeiten bei der Darlegungs- und Beweislast der Partei, die Ansprüche aus einem Kartellverstoß der Gegenpartei geltend macht. Werden nämlich bei der Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln wirtschaftliche Erwägungen zugrunde gelegt, bei denen die Auswirkungen auf dem betreffenden Markt im Vordergrund stehen,<sup>78</sup> kann der Rechtsanwender die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit nicht mehr allein aufgrund einer Prüfung der Vereinbarung als solcher feststellen, sondern ist darauf angewiesen, die konkreten Auswirkungen auf den Markt zu untersuchen.<sup>79</sup>

71 Statt vieler *Aicher/Schuhmacher* in Grabitz/Hilf, 25. Erg.-Lief., Bd. 2, 2005, Art. 81 EGV Rn. 335.

72 *Ellger* in Immenga/Mestmäcker, 4. Aufl., 2007, Art. 81 Abs. 3 EGV Rn. 292.

73 *Hirsch*, ZWeR 2003, 233, 240.

74 Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, Rn. 30, ABI C Nr. 45 v. 24.2.2009, 1.

75 Dazu jüngst *Drexl*, Wettbewerbsverfassung, in v. *Bogdandy/Bast* (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, 905, 918 ff.

76 Siehe Erwägungsgrund (4) VO 1/2003.

77 *Drexl*, Wettbewerbsverfassung, in v. *Bogdandy/Bast* (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2009, 905, 922.

78 So Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Rn. 7, ABI C Nr. 291 v. 13.10.2000, 1.

79 *Dreher/Adam*, ZWeR 2006, 259, 267 ff; *Drexl*, Wettbewerbsverfassung, in v. *Bogdandy/Bast* (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2009, 905, 920

Wenn die Anwendbarkeit von Art. 101 Abs. 1 AEUV bei Vereinbarungen, die eine Beschränkung des Wettbewerbs bewirken, eine gründliche Marktuntersuchung voraussetzt, aus der sich mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ergeben muss, dass die Vereinbarung negative Auswirkungen auf Preise, Produktionsmengen, Innovation oder Vielfalt bzw. Qualität von Waren und Dienstleistungen hat,<sup>80</sup> führt das in der Sache zu einer impliziten Verlagerung von Darlegungs- und Beweislast von Art. 2 S. 2 VO 1/2003 hin zu Satz 1 der Vorschrift.<sup>81</sup> Dasselbe Phänomen ist mittlerweile auch bei der Anwendung des Art. 102 AEUV auf Fälle des Behinderungsmissbrauchs festzustellen. Die von der Kommission vorgestellten Erläuterungen<sup>82</sup> stellen auf vier ökonomisch zu würdigende Beurteilungsfaktoren<sup>83</sup> ab, aus denen sich eine Marktverschiebung zum Schaden des Verbrauchers ("wettbewerbswidrige Marktverschließung")<sup>84</sup> ergeben soll. Die Kriterien zur Ermittlung der Auswirkung des Verhaltens des marktbeherrschenden Unternehmens auf einen hypothetischen und ebenso effizienten Wettbewerber<sup>85</sup> führen daher implizit dazu, dass sich das Risiko einer Beweislastentscheidung für den potenziellen Kläger erheblich vergrößert.<sup>86</sup>

Obwohl die Leitlinien der Kommission, die dem ökonomischen Ansatz in der Praxis der Kartellverwaltungsverfahren zum Durchbruch verholfen haben, als solche die Gerichte der Mitgliedstaaten nicht binden, wird sich der zugrunde liegende methodische Ansatz der Kartellrechtsanwendung im Kern auch dort durchsetzen. Das wirft zahlreiche Probleme auf, die letztlich die grundsätzliche Kritik am *more economic approach*<sup>87</sup> reflektieren. Vor allem zwei Aspekte sind hier zu nennen: die Rechtsunsicherheit, die mit diesem analytischen Rahmen einhergeht und die zwangsläufig von Gerichten zu treffenden und von den Parteien im Rahmen ihrer Darlegungslast aufzustellenden Prognosen. Der Versuch, Sicherheit in ökonomischen Modellen zu gewinnen, wirft aus kartellzivilverfahrensrechtlicher Sicht erhebliche Probleme auf. Das gesicherte Wissen der Ökonomie über Determinanten und Ablauf von Wettbewerbsprozessen und über Auswirkungen von Marktstrukturen und bestimmten Verhaltensweisen auf den Märkten ist beschränkt.<sup>88</sup> Die Entscheidung für oder gegen ein bestimmtes zugrunde zu legendes ökonomisches Modell ist letztlich wettbewerbspolitischer Art. Das Kartellverwaltungsverfahren ist für diese Aufgabe institutionell gerüstet, weil es zunächst auf die Tatsachenermittlung und Ermessensentscheidung der Kartellbehörde setzt und diese im zweiten Schritt einer

80 Leitlinien zur Anwendung des Art. 81 Abs. 2 EG, Rn. 24, ABI C Nr. 101 v. 27.4.2004, 97.

81 So *Bornkamm/Becker*, ZWeR 2005, 213, 231.

82 Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABI C Nr. 45 v. 24.2.2009, 1.

83 Ebenda.

84 Ebenda.

85 Ebenda.

86 *Hirsbrunner/Schädle*, EuZW 2006, 583, 585.

87 Dazu im Überblick statt vieler *Drexl*, Wettbewerbsverfassung, in v. *Bogdandy/Bast* (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2009, 905, 935 ff.

88 Statt aller *Kerber/Schwalbe* in MünchKomm KartellR, Bd. 1, 2007, Einl. Rn. 1051.

gerichtlichen Überprüfung zugänglich macht. Der reine Kartellzivilprozess scheint mir dagegen ungeeignet zu sein, Wettbewerbspolitik zu betreiben. Nichts anderes aber ist die erstmalige Entscheidung über die zugrunde zu legenden ökonomischen Annahmen und Modelle im analytischen Rahmen des *more economic approach*. Das verdeutlicht den Zielkonflikt der Kartellrechtsentwicklung der letzten Jahre. Neben der Modernisierung ist es gerade das Ziel der europäischen Wettbewerbspolitik, den privaten Rechtsschutz zu effektivieren und zur Durchsetzung des Kartellrechts zu mobilisieren. Das allerdings geschieht zugleich mit einem Paradigmenwechsel in der Analyse kartellrechtsrelevanter Verhaltensweisen, die ihrerseits auf das klassische Kartellverfahren zugeschnitten ist und die private Rechtsdurchsetzung schwieriger macht.<sup>89</sup> Vor diesem Hintergrund kann man die Bestrebungen der Kommission, den Entscheidungen der Kartellbehörden Bindungswirkung im Zivilverfahren zu sichern, auch als Versuch interpretieren, den genannten Zielkonflikt wenigstens für die follow-on-Klagen zu lösen.

### III. Anforderungen an das Beweismaß

Nach der Darlegungs- und Beweislast sind die Beweiswürdigung und die Anforderungen an das Beweismaß mögliche Hindernisse einer effektiven Rechtsdurchsetzung privater Ansprüche gegen Wettbewerbsverstöße. Erwägungsgrund (5) der VO 1/2003 stellt ausdrücklich klar, dass Art. 2 VO 1/2003<sup>90</sup> keine Regelung über das Beweismaß trifft. Daher sind die Vorschriften des nationalen Verfahrensrechts einschlägig, wobei die unionsrechtlichen Vorgaben, insbesondere das Äquivalenzprinzip und der Effektivitätsgrundsatz<sup>91</sup> bei ihrer Anwendung zu beachten sind.<sup>92</sup> In den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gilt dabei im Wesentlichen das Prinzip der freien Beweiswürdigung.<sup>93</sup> Unterschiede können im Einzelnen über die Anforderungen an die vom Gericht zu erlangende Gewissheit bestehen. Dabei wird regelmäßig auf die vermeintlichen Differenzen zwischen der im common law vorherrschenden *preponderance of probability* und dem Beweismaß in kontinental-zivilistisch geprägten Rechtsordnungen hingewiesen. Wohl zu Unrecht, wie neuere rechtsvergleichende Forschungen zeigen, die plausibel für eine einheitliche Beweismaßtheorie in beiden Systemen plädieren.<sup>94</sup> Von diesem Ansatz sind auch die "Principles of Transnational Civil Procedure" geprägt, nach denen Tatsachen als bewiesen gelten,

89 Vgl. *Hirsbrunner/Schädle*, EuZW 2006, 583, 386 zu Art. 82 EG; *Roth*, Private Enforcement of European Competition Law - Recommendations Flowing from the German Experience, in *Basedow* (Hrsg.), Private Enforcement of EC Competition Law, 2007, 61, 73; *Ritter*, WuW 2008, 762, 765

90 ABl L 1 v. 1.1.2003, 1.

91 Siehe EuGH v. 20.9.2001, Rs. C-453/99 - *Courage/Crehan*, Slg. 2001, I-6297 Rn. 29.

92 *Jaeger* in FK KartR, 2006, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 13; näher *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2009, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 33 ff.

93 Siehe *Stürmer*, RabelsZ (69) 2005, 201, 237 ff.

94 *Brinkmann*, Beweismaß, 2005, 61 ff., 89 ff.

“when the court is reasonably convinced of their truth”.<sup>95</sup> Im deutschen Recht setzt § 286 ZPO voraus, dass das Gericht von den Tatsachen, die den Kartellverstoß begründen, überzeugt ist. Für ein deutsches Gericht genügt in tatsächlich zweifelhaften Fällen ein für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewissheit, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen.<sup>96</sup> Verschiedentlich wird vorgeschlagen, sich am Kartellverwaltungsverfahren zu orientieren und sich mit geringeren Wahrscheinlichkeitsmaßstäben zu begnügen.<sup>97</sup> Das dürfte als allgemeine Regel nicht mit § 286 ZPO zu vereinbaren sein, der vom Richter die volle Überzeugung verlangt, dass er eine streitige Tatsache für wahr hält.<sup>98</sup> Der unionsrechtlich verankerte Effektivitätsgrundsatz<sup>99</sup> verlangt auch keine grundsätzliche Absenkung des Beweismaßes in Kartellstreitsachen,<sup>100</sup> solange die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich oder übermäßig erschwert wird. Die überwiegende Wahrscheinlichkeit genügt allerdings, soweit es sich um die richterliche Überzeugung von Prognoseentscheidungen handelt.<sup>101</sup> Diese spielen vor allem bei der Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV und bei der Rechtfertigung von unter Art. 102 AEUV fallenden Verhaltensweisen aufgrund zu erzielender Effizienzvorteile eine erhebliche Rolle, wenn man den Leitlinien<sup>102</sup> und Mitteilungen<sup>103</sup> der Kommission dazu folgt. Es liegt in der materiellrechtlichen Eigenart solcher Prognosen, dass man Gewissheit nicht erreichen, sondern nur mit Wahrscheinlichkeiten arbeiten kann. Hier stellt sich für die Gerichte das nicht unerhebliche Problem, auf welcher modelltheoretischen Grundlage zukünftige Auswirkungen gegenwärtigen Verhaltens zu ermitteln sind und wie die dazu vertretenen ökonomischen Lehren zu qualifizieren sind.<sup>104</sup> Die Feststellung, welche Auswirkungen ein Verhalten haben wird, ist eine Tatsachenfrage,<sup>105</sup> die davor zu treffende Festlegung auf ein Modell ist dagegen eine - wie oben gesehen - nicht unproblematische

- 95 Principle of Transnational Civil Procedure, 21.2, abgedruckt in *RabelsZ* (69) 2005, 341, 348; dazu *Brinkmann*, *Beweismaß*, 2005, 81 ff.
- 96 BGH v. 18.1.2000 - VI ZR 375/98, *NJW* 2000, 953, 954; *Jaeger* in *FK KartR*, 2006, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 13.
- 97 *Kirchhoff*, *WuW* 2004, 745, 749; *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, *EG-Kartellrecht*, 2009, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 32; zum allgemeinen Theorienstreit im Zivilprozessrecht vgl. *Katzenmeier*, *ZZP* (117) 2004, 187, 192 ff.
- 98 Vertiefend statt vieler *Katzenmeier*, *ZZP* (117) 2004, 187, 201 ff; *Prütting* in *MünchKomm ZPO*, 3. Aufl., Bd. 1, 2008, § 286 Rn. 35 ff.
- 99 Vgl. EuGH v. 20.9.2001, Rs. C-453/99 - *Courage/Crehan*, *Slg.* 2001, I-6297 Rn. 29.
- 100 *Logemann*, *Der kartellrechtliche Schadensersatz*, 2009, 149 f.
- 101 *Jaeger* in *FK KartR*, 2006, Art. 2 VO 1/2003 Rn. 15; iE auch *Kirchhoff*, *WuW* 2004, 745, 749 f.
- 102 Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, *ABl C* 101 v. 27.4.2002, 97.
- 103 Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, Rn. 30, *ABl C* Nr. 45 v. 24.2.2009, 1
- 104 Siehe *Drexl*, *Wettbewerbsverfassung*, in v. *Bogdandy/Bast* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2009, 905, 935.
- 105 *Drexl*, *Wettbewerbsverfassung*, in v. *Bogdandy/Bast* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2009, 905, 935.

Rechtsfrage. Eine Bindung des Zivilgerichts an die Tatsachenfeststellungen der kartellbehördlichen Entscheidung befreit dieses von der Pflicht, sich selbst zu überzeugen, ob die vom Kläger behaupteten Tatsachen auch tatsächlich zutreffen. Dem Kläger wird damit erneut das Risiko einer Beweislastentscheidung abgenommen. Die Entscheidung der Kartellbehörde gilt hinsichtlich der festgestellten Tatsachen als zutreffend. Weil eine eigene Beweiswürdigung des Gerichts darüber überflüssig ist, greift diese Bindung in eine von zwei gerichtlichen Kernkompetenzen ein: selbst darüber zu entscheiden, welche streitigen Tatsachen es als festgestellt erachtet und welche nicht.

#### IV. Rechtliche Würdigung

Die andere Kernkompetenz des Gerichts im Kartellzivilverfahren ist die rechtliche Würdigung des festgestellten Sachverhalts. Im modernisierten europäischen Kartellrecht ist es die genuine Aufgabe auch der nationalen Gerichte, den Sachverhalt umfassend zu würdigen und festzustellen, ob das Verhalten gegen Art. 101 Abs. 1 und Art. 102 AEUV verstößt und ob es von Art. 101 Abs. 3 AEUV oder - im Fall von Art. 102 AEUV - aufgrund objektiver wirtschaftlicher Gründe bzw. Effizienzvorteile gerechtfertigt ist. Die erheblichen methodischen Probleme, die der ökonomische Ansatz für die Rechtsanwendung eines Gerichts mit sich bringt, wurden bereits kurz angesprochen. Hat eine institutionell für diese Entscheidung besser ausgestattete Kartellbehörde den Sachverhalt bereits rechtlich gewürdigt und ist diese Entscheidung bestandskräftig geworden oder rechtskräftig bestätigt worden, liegt daher der Gedanke nahe, dass eine erneute rechtliche Prüfung desselben Sachverhalts überflüssig ist.<sup>106</sup> Dafür sind drei Begründungsansätze denkbar: (1.) Mit der bestandskräftigen oder rechtskräftig bestätigten Entscheidung sei die einzig zutreffende Entscheidung gefällt worden, eine erneute Prüfung könne rechtstheoretisch zu keinem anderen Ergebnis führen. (2.) Eine mögliche abweichende Entscheidung des Gerichts sei im Interesse der Rechtssicherheit und einheitlichen Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV unerwünscht und habe daher zu unterbleiben. (3.) Eine erneute Entscheidung verursache lediglich Kosten und führe zu Verzögerungen und sei daher verfahrensrechtlich ineffizient. Argument (1) wäre eine vergrößerte Version der These, dass es theoretisch möglich ist, auf eine Rechtsfrage die einzig zutreffende Antwort zu finden.<sup>107</sup> Sie vermag die angestrebte Bindungswirkung nicht zu erklären, weil dem nationalen Gericht die Vorlage an den EuGH bleibt, der seinerseits von der Entscheidung der Kartellbehörde abweichen darf. Die Kommission stützt sich daher auf eine Kombination der Argumente (2) und (3).<sup>108</sup> Ist das nationale Gericht nicht an die Entscheidung der Kartellbehörde gebunden, besteht die Gefahr, dass in zwei Verfahren, in denen es um die Anwendung derselben Norm auf

106 Vgl. Weißbuch, S. 6 f.

107 Siehe *Dworkin*, *Law's Empire*, 1986.

108 Weißbuch, S. 6 f; Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 144 ff, 160 ff.



denselben Sachverhalt geht, widersprüchliche Entscheidungen ergeben.<sup>109</sup> Das kann man vermeiden, wenn man das nationale Gericht an die rechtliche Würdigung des Sachverhalts bindet, wie sie von der Kartellbehörde vorgenommen wurde. Darin sehen manche eine Degradierung des Gerichts zum "Erfüllungsgehilfen" einer Behörde.<sup>110</sup> Dem Gericht bleiben in der Tat nur zwei Möglichkeiten:<sup>111</sup> Entweder es teilt die Beurteilung der Kartellbehörde oder es vertritt eine andere Auffassung. Dann verliert es aber seine Entscheidungskompetenz, weil es entweder die Entscheidung der Behörde akzeptieren oder die Frage dem EuGH vorlegen muss. Der Verlust an richterlicher Entscheidungsautonomie ist jedenfalls erheblich.

## V. Zwischenergebnis

Die Ausführungen haben gezeigt, dass die Bindung nationaler Gericht an kartellbehördliche Entscheidungen tatsächlich einen erheblichen Beitrag zur Verbesserung der Rechtsposition des Klägers bei der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen aus Verstößen gegen Art. 101 und 102 AEUV leisten kann. Eine Bindung an kartellbehördliche Entscheidungen erreicht zwei Ziele: (1.) Sie führt zu einer verfahrensrechtlichen Effizienz des *private enforcement*. Der Kläger muss (a.) den Wettbewerbsverstoß nicht mehr im Einzelnen darlegen, sondern genügt seiner Darlegungslast, indem er auf die kartellbehördliche Entscheidung verweist. Die in der Entscheidung festgestellten Tatsachen sind (b.) nicht mehr beweisbedürftig. Damit wird der Kläger in Folgeklagen von der formellen und der materiellen Beweislast des Wettbewerbsverstoßes befreit. In der Sache liegt darin eine implizite Beschränkung von Art. 2 VO 1/2003 zugunsten des Klägers bei der Geltendmachung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche. (2.) Eine Bindungswirkung führt zu einem höheren Maß an Rechtssicherheit, weil Art. 101 und 102 AEUV einheitlich auf denselben Lebenssachverhalt angewendet werden. Die rechtliche Würdigung der Kartellbehörde ist vom Zivilgericht, das über den Schadensersatzanspruch entscheidet, im Wesentlichen hinzunehmen, sofern es nicht die Frage der Auslegung des EG-Wettbewerbsrechts dem EuGH vorlegt. Aus dieser Analyse folgt, dass man deutlich zwischen zwei Funktionen einer Bindungswirkung unterscheiden muss: (1.) der Bindung an die festgestellten Tatsachen und (2.) der Bindung an die von der Kartellbehörde vorgenommene rechtliche Würdigung. Die von der Kommission im Weißbuch angestrebte Bindungswirkung erfasst beide Aspekte: die Bindung an die festgestellten Tatsachen führt zur angestrebten verfahrensrechtlichen Effizienz, die Bindung an die rechtliche Würdigung bewirkt die angestrebte einheitliche Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV. Auf die dogmatische Einordnung dieser zweifachen Bindungswirkung wird im nächsten Abschnitt eingegangen.

109 Siehe *Bornkamm*, ZWeR 2003, 73, 77.

110 *Geiger*, EuZW 2001, 116, 117.

111 Zum Folgenden *Bornkamm*, ZWeR 2003, 73, 76 f.

## C. Bindungswirkungen kartellbehördlicher Entscheidungen

### I. Fallgruppen der Bindungswirkung

Spricht man von einer Bindungswirkung, muss man drei Fallgruppen unterscheiden: (1.) die Bindung an Entscheidungen der Kommission, wie sie in Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 angeordnet ist, (2.) die Bindung an Entscheidungen der nationalen Kartellbehörde desselben Mitgliedstaates wie sie beispielsweise in § 33 Abs. 4 GWB und in Sec. 47A und 58A Competition Act 1998<sup>112</sup> vorgesehen ist und (3.) die Bindung an Entscheidungen von NCA anderer Mitgliedstaaten, wie sie in § 33 Abs. 4 GWB geregelt ist. In den beiden letztgenannten Gruppen ist noch weiter zu differenzieren. Danach kommt es jeweils darauf an, ob die Bindung (Fälle 2.a und 3.a) von einer kartellbehördlichen Entscheidung ausgeht oder ob einer Gerichtsentscheidung Bindungswirkung zukommt, in der die kartellbehördlichen Entscheidung überprüft und ihr Ergebnis bestätigt worden ist (Fälle 2.b und 3.b).

#### 1. Bindungswirkung von Kommissionsentscheidungen

Hat ein nationales Gericht einen Sachverhalt nach Art. 101 und 102 AEUV zu beurteilen, der bereits Gegenstand einer Entscheidung der Kommission war, darf es keine Entscheidung erlassen, die der Entscheidung der Kommission zuwiderläuft, Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003. Die Regelung dient dem Interesse der Rechtssicherheit und einheitlichen Anwendung des Unionswettbewerbsrechts, weil sie widersprechende Entscheidungen im System paralleler Zuständigkeiten zu vermeiden hilft.<sup>113</sup> Sie geht unmittelbar zurück auf die Entscheidungen des EuGH in den Rs. *Masterfoods*<sup>114</sup> und *Delimitis*.<sup>115</sup> Weil diese Fallgruppe bereits unionsrechtlich geregelt ist, liegt sie außerhalb des Anwendungsbereichs des Regelungsvorschlags im Weißbuch. Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 ist eines der maßgeblichen Vorbilder der angestrebten Bindungswirkung.<sup>116</sup> Vergleicht man den Wortlaut des Regelungsvorschlags mit Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003, wird man zahlreiche Übereinstimmungen feststellen. Es ist davon auszugehen, dass - soweit möglich - Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen identisch sein sollen.

112 Public Acts 1998 c. 41 as amended by Sec. 18, 20 Enterprise Act 2002, Public Acts 2002, c. 40.

113 Erwägungsgrund (22) VO 1/2003.

114 EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-11369; dazu *Bornkamm*, ZWeR 2003, 73.

115 EuGH v. 28.2.1991, Rs. C-234/89 - *Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG*, Slg. 1991, I-935.

116 Weißbuch, S. 6; Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 139 ff; *Becker, Bessot, & de Smijter*, Comp. Pol'y Newsletter 2008, 4, 10.

## 2. Bindungswirkung von Entscheidungen der NCA des eigenen Mitgliedstaats

Die im Weißbuch vorgeschlagene Bindungswirkung bezieht sich auf Entscheidungen nationaler Kartellbehörden. Dazu zählt insbesondere der Fall, dass ein nationales Gericht an die Entscheidung der Kartellbehörde des eigenen Mitgliedstaates gebunden wird. Folgt man der Ashurst-Studie, ist die Rechtslage in den Mitgliedstaaten dazu unterschiedlich.<sup>117</sup> Allerdings leidet die Studie unter einem erheblichen Mangel, weil sie gemeinhin von "binding decisions" spricht, aber nicht hinsichtlich der Reichweite dieser Bindungswirkung differenziert. Man kann der Studie und den verschiedenen Länderberichten daher nicht immer zuverlässig entnehmen, ob es sich bei der Bindungswirkung um die im Verwaltungsrecht anerkannte Tatbestandswirkung von behördlichen Entscheidungen handelt, oder ob sich dahinter eine Feststellungswirkung auch in Bezug auf die zugrundeliegenden Tatsachen und die rechtliche Würdigung ergibt.<sup>118</sup> Eine weitreichende Bindung der Zivilgerichte existiert jedenfalls in Griechenland,<sup>119</sup> Ungarn,<sup>120</sup> dem Vereinigten Königreich<sup>121</sup> und Deutschland.<sup>122</sup> Bestimmte, teilweise sehr abgeschwächte Formen von Bindungswirkung in Zivilverfahren gibt es in Österreich, der Tschechischen Republik,<sup>123</sup> Estland,<sup>124</sup> Finnland<sup>125</sup> und Slovenien,<sup>126</sup> sowie Dänemark.<sup>127</sup> Keine Bindungswirkung kommt den Entscheidungen dagegen zu in den Niederlanden,<sup>128</sup> Belgien, Zypern, Frankreich, Irland, Italien, Litauen, Malta, Polen, der Slowakei und Schweden.<sup>129</sup> Das in den Mitgliedstaaten vorhandene breite Spektrum wird exemplarisch vom italienischen Recht einerseits und vom deutschen Recht andererseits verdeutlicht.

117 Einen Überblick gibt die Ashurst-Studie, S. 69, sowie - darauf beruhend - *Ashton*, ZWeR 2008, 318, 322 f.

118 Zur Differenzierung siehe unten C.III.1.

119 *Möllers/Heinemann*, Enforcement, 2007, 472; *Ashton*, ZWeR 2008, 318, 322.

120 Siehe dazu Fn. 158.

121 Siehe dazu Fn. 159.

122 *Möllers/Heinemann*, Enforcement, 2007, 495.

123 *Ashton*, ZWeR 2008, 318, 322.

124 *Ashton*, ZWeR 2008, 318, 322.

125 Siehe Art. 18 Act on Competition Restrictions (480/1992), incl. amendment (318/2004): "If a condition which is included in an agreement, statute, decision or other legal act or arrangement violates Article 4 or 6, or an injunction, prohibition or an obligation issued by the Market Court or by the Finnish Competition Authority, or an interlocutory injunction or an obligation issued by the Finnish Competition Authority, such a condition shall not be applied or implemented", <http://www.kilpailuvirasto.fi/cgi-bin/english.cgi?luku=legislation&sivu=legislation> [Stand: 15.9.2009]. Daraus folgt lediglich eine Tatbestandswirkung ieS (näher unten C.III.1.); vgl. auch *Möllers/Heinemann*, Enforcement, 2007, 508.

126 *Ashton*, ZWeR 2008, 318, 322.

127 Stellungnahme des Minister for Economic and Business Affairs, Denmark v. 29.10.2008, S. 3 f; [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white\\_paper\\_comments/danem\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/danem_en.pdf) [Stand: 15.9.2009].

128 Vgl. *Möllers/Heinemann*, Enforcement, 2007, 483 f, 523.

129 *Ashton*, ZWeR 2008, 318, 322 f.

Nach italienischem Recht kommt den Entscheidungen der *Autorità garante della Concorrenza e del Mercato* [AGCM]<sup>130</sup> grundsätzlich Tatbestandswirkung zu, weil eine formell bestandskräftige Entscheidung Auswirkungen auf alle Umstände hat, die daraus erwachsen können.<sup>131</sup> Allerdings enthält das einschlägige Gesetz zum Schutz des Wettbewerbs und des Marktes eine Bestimmung, wonach zivilrechtliche Klagen, unter anderem Klagen auf Schadensersatz, vor der örtlich zuständigen Corte d'appello durchzuführen sind.<sup>132</sup> Daraus leitet der Kassationsgerichtshof (Corte Suprema di Cassazione) ab, dass der zivilgerichtliche Rechtsschutz unabhängig von und konkurrierend zu den Aufgaben der AGCM ist.<sup>133</sup> Den Entscheidungen der AGCM kommt daher im Schadensersatzprozess keine Bindungswirkung (weder Tatbestands- noch Feststellungswirkung) zu. Das italienische Gericht muss die von der AGCM bereits entschiedenen Fragen erneut prüfen und seine Entscheidung eigenständig begründen.<sup>134</sup> Die Entscheidung der AGCM kann allerdings von den Parteien als Beweismittel in den Prozeß eingeführt werden, um die geltend gemachten Wettbewerbsverstöße zu belegen.<sup>135</sup> Nach art. 213 Codice della procedura civile<sup>136</sup> kann das Gericht auch von Amts wegen die notwendigen Unterlagen bei der AGCM anfordern. In der Beweiswürdigung der in der Entscheidung der AGCM festgestellten Tatsachen ist das italienische Gericht grundsätzlich frei.<sup>137</sup> Der Entscheidung kommt als solcher weder die Bedeutung einer widerleglichen gesetzlichen Vermutung (*presunzione legale*)<sup>138</sup> noch einer tatsächlichen Vermutung (*presunzione semplice*)<sup>139</sup> zu. Allerdings genießen die Entscheidungen eine enorme praktische Bedeutung, weil sie von den italienischen Gerichten maßgeblich berücksichtigt werden.<sup>140</sup> Diese Entwicklung geht teilweise sehr weit, weil die in der Entscheidung der AGCM festgestellten Tatsachen - jedenfalls soweit sie vom zuständi-

130 Art. 10 Legge 10 ottobre 1990, n. 287, Norme per la tutela della concorrenza e del mercato; modificato dall'art. 1 co. 69, della Legge 23 dicembre 2005, n. 266 recante Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello stato.

131 Cass. 11 giugno 2003 n. 9384, p. 7.

132 Art. 33 co. 2° Legge 10 ottobre 1990, n. 287 [*Le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti alla corte d'appello competente per territorio.*]

133 Cass. 11 giugno 2003 n. 9384, p. 7.

134 Stellungnahme Corte Suprema di Cassazione (Fn 17), S. 7; Ashurst-Studie (Fn 4), Länderbericht Italien, S. 57 ff.

135 Ashurst-Studie, Länderbericht Italien, S. 24 ff.

136 Art. 213 c.p.c. lautet: "Fuori dei casi previsti negli articoli 210 e 211, il giudice può richiedere d'ufficio alla pubblica amministrazione le informazioni scritte relative ad atti e documenti dell'amministrazione stessa, che è necessario acquisire al processo."

137 Art. 116 c. 1° c.p.c. ["Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti."]

138 Art. 2728 c. 1° c.c. ["Le presunzioni legali dispensano da qualunque prova coloro a favore dei quali esse sono stabilite."].

139 Art. 2729 c. 1° [Le presunzioni non stabilite dalla legge sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti."].

140 Ashurst-Studie, Länderbericht Italien, S. 24 f.

gen Verwaltungsgericht bestätigt wurden - als historisch feststehende Tatsachen behandelt werden. Die - an sich erforderliche - eigenständige richterliche Feststellung vollzieht sich nicht mehr autonom, sondern übernimmt im konkreten Fall die von der AGCM festgestellten Tatsachen.<sup>141</sup> Besonders aufschlussreich ist die Entscheidung der Corte Suprema di Cassazione vom 2.2.2007 zu Schadensersatzansprüchen von Versicherungsnehmern gegenüber Anbietern von Haftpflichtversicherungen.<sup>142</sup> Danach genügt es, wenn der Versicherungsnehmer seiner Klage u. a. die Feststellung der AGCM beifügt, aus der sich die wettbewerbswidrige Vereinbarung ergibt.<sup>143</sup> Man kann diese Aussage dahingehend interpretieren, dass die Corte Suprema di Cassazione aus der bestandskräftigen Feststellung der AGCM den Schluss zieht, eine wettbewerbswidrige Vereinbarung liege auch tatsächlich vor. Zwingend ist das nicht. Der Wortlaut der relevanten Passage ("Nel quadro di una ordinaria azione aquiliana e nella logica sopra descritta, all'assicurato sarà sufficiente allegare l'accertamento dell'intesa concorrenziale da parte dell'Autorità Garante (come condotta preparatoria) e la polizza contratta (come condotta finale)...") lässt sich unproblematisch auch als Anforderung an die klägerische Darlegungslast lesen. Im konkreten Verfahren war nämlich der Wettbewerbsverstoß als solcher - nicht zuletzt aufgrund der Entscheidung der AGCM - zwischen den Parteien nicht mehr streitig.<sup>144</sup> Problematisch war aus Sicht der Corte di cassazione vielmehr die Feststellung und Beweiswürdigung bezüglich der Schäden und des ursächlichen Zusammenhangs zwischen Wettbewerbsverstoß und Schaden.<sup>145</sup> Letzteren könne das Gericht zwar unter Rückgriff auf Vermutungen und Wahrscheinlichkeiten feststellen und dabei sei eine Berücksichtigung der Entscheidung der AGCM grundsätzlich möglich.<sup>146</sup> Das Gericht müsse aber dem Beklagten die Möglichkeit geben, beide Grundlagen zu erschüttern, u. a. weil sich die Entscheidung der AGCM auf die Wettbewerbswidrigkeit des Informationsaustausches beschränkt und keine konkreten Aussagen zur Preiserhöhung zu Lasten des Endverbrauchers enthalte.<sup>147</sup> Im Grundsatz bleibt es daher im italienischen Recht dabei, dass die Entscheidungen der AGCM die Darlegungslast des Klägers erleichtern, aber keine Bindungswirkung entfalten und lediglich im Rahmen der freien Beweiswürdigung von den Gerichten berücksichtigt werden können.

Die Rechtslage in Deutschland war bis zum Jahr 2005 dem italienischen Recht nicht ganz unähnlich. Bestandskräftigen Unterlassungsverfügungen iSv § 32 GWB aF oder Bußgeldverfügungen der Kartellbehörden kam keine Bindungswirkung im Zivilprozess zu.<sup>148</sup> Nur bestandskräftige Schutzverfügungen iSv § 33 S. 1 GWB

141 Vgl. näher *Biavati*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (61) 2007, 97, 99.

142 Cass. 2.2.2007, no. 2305.

143 Cass. 2.2.2007, no. 2305 (unter IV.1).

144 Vgl. die Entscheidung der Vorinstanz, Corte d'appello Napoli, 3.3.05, no. 1315/05.

145 Cass. 2.2.2007, no. 2305 (unter IV.1).

146 Cass. 2.2.2007, no. 2305 (unter IV.1).

147 Cass. 2.2.2007, no. 2305 (unter IV.1).

148 BGH v. 24.6.1965 - KZR 7/64 - *Brotkrieg II*, NJW 1965, 2249, 2250 zu einer Bußgeldverfügung; *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, 9. Aufl., Bd. 1, 2001, § 32 Rn. 17, 34, § 33 Rn. 32

aF<sup>149</sup> sollten auch im nachfolgenden Zivilprozeß den Richter an die Feststellung des Wettbewerbsverstoßes binden.<sup>150</sup> Den Entscheidungen der Kartellbehörde kam aber erhebliche faktische Bedeutung zu: der Kläger konnte sich im Zivilverfahren darauf berufen, um den Wettbewerbsverstoß substantiiert vorzutragen und die Gerichte konnten bei ihrer Beweiswürdigung auf sie zurückgreifen.<sup>151</sup> Das hat sich mit der 7. GWB-Novelle 2005<sup>152</sup> radikal verändert. Darin wurde § 33 GWB insgesamt neu gefasst und 33 Abs. 4 GWB eingefügt. Danach ist ein deutsches Gericht an die Feststellung eines Verstoßes gegen das GWB oder die Art. 101 bzw. 101 AEUV gebunden, wie sie in einer bestandskräftigen Entscheidung u.a. der Kartellbehörde getroffen wurde, § 33 Abs. 4 S. 1 GWB. Das gilt auch für entsprechende Feststellungen in rechtskräftigen Gerichtsentscheidungen, die infolge der Anfechtung der Entscheidungen der Kartellbehörde ergangen sind, § 33 Abs. 4 S. 2 GWB. Diese Pflicht gilt unbeschadet von Art. 267 AEUV (ex-Art. 234 EG), § 33 Abs. 4 S. 3 GWB. Die Neuregelung ist - soweit sie die Bindungswirkung deutscher Kartellbehörden betrifft<sup>153</sup> - einhellig begrüßt worden.<sup>154</sup>

Obwohl im Arbeitspapier zum Weißbuch noch die Regelungen im UK Competition Act 1998,<sup>155</sup> eingefügt durch den Enterprise Act 2002,<sup>156</sup> und im ungarischen Wettbewerbsrecht<sup>157</sup> erwähnt werden,<sup>158</sup> knüpft das Weißbuch deutlich am Regelungsmodell des § 33 Abs. 4 GWB an. Daneben lassen Stellungnahmen von Mitarbeitern der Kommission wenig Zweifel daran, dass § 33 Abs. 4 GWB als Vorbild dient.<sup>159</sup> Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen von § 33 Abs. 4 GWB sind daher eine wichtige Quelle zur dogmatischen Einordnung des im Weißbuch verfolgten Regelungsvorschlags.

149 Zum Begriff *Roth* in FK KartR, 49. Lfg., 2001, § 33 Rn. 92 ff

150 *Bornkamm* in Langen/Bunte, 2001, § 32 Rn. 17, § 33 Rn. 33; *Roth* in FK KartR, 2001, § 33 Rn. 94.

151 BGH v. 24.6.1965 - KZR 7/64 - *Brotkrieg II*, NJW 1965, 2249, 2250; *Philip*, Der kartellrechtliche Schadensersatz, 2009, 246.

152 Siebtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 7.7.2005, BGBl I 1954.

153 Zur Rezeption der Bindungswirkung ausländischer NCA siehe C.I.3.

154 Statt vieler *Monopolkommission*, Sondergutachten 41 zur 7. GWB-Novelle (Allg. WettbR), 2004, Rn. 42.

155 Sec. 47A, 58A Competition Act 1998, c.42, erhältlich unter [http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1998/ukpga\\_19980041\\_en\\_1](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1998/ukpga_19980041_en_1) [Stand: 15.9.2009].

156 Sec. 18, 20 Enterprise Act 2002, c.40, erhältlich unter [http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts2002/pdf/ukpga\\_20020040\\_en.pdf](http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts2002/pdf/ukpga_20020040_en.pdf) [Stand: 15.9.2009].

157 1996. évi LVII. törvény a tisztességtelen piaci magatartás és a versenykorlátozás tilalmáról [Act LVII of 1996 on the Prohibition of Unfair and Restrictive Market Practices as amended by Act LXVIII of 2005 on the Amendment of Act LVII of 1996 on the Prohibition of Unfair and Restrictive Market Practices].

158 Vgl. Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 142 Fn. 65.

159 *Paulis*, Policy Issues in the Private Enforcement of EC Competition Law, in *Basedow* (Hrsg.), Private Enforcement of EC Competition Law, 2007, 7, 11.

### 3. Bindungswirkung von Entscheidungen der NCA anderer Mitgliedstaaten

§ 33 Abs. 4 GWB ist noch in einer weiteren Hinsicht Vorbild der im Weißbuch getroffenen Regelung. Bindungswirkung kommt auch den Entscheidungen “der Wettbewerbsbehörde oder des als solche handelnden Gerichts in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft” zu, § 33 Abs. 4 GWB. Dasselbe gilt für entsprechende Feststellungen in rechtskräftigen Gerichtsentscheidungen, die infolge der Anfechtung der Entscheidung der jeweiligen NCA ergangen sind, vgl. § 33 Abs. 4 S. 2 GWB. Diese Verpflichtung des deutschen Gerichts gilt unbeschadet der Vorlageberechtigung bzw. -verpflichtung aus Art. 267 AEUV (ex-Art. 234 EG), § 33 Abs. 4 S. 3 GWB. Die unbedingte und auf Gegenseitigkeit verzichtende Bindung an Entscheidungen ausländischer Behörden und/oder Gerichte außerhalb staatsvertraglicher Abkommen war als solche neuartig.<sup>160</sup> Die Regelung beruht auf einer autonomen Entscheidung des deutschen Gesetzgebers. Weder Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 noch die Grundsätze der *Masterfoods*-Entscheidung sehen eine Bindungswirkung für Entscheidungen anderer Behörden als der Kommission vor.<sup>161</sup> An der sachlichen Reichweite des § 33 Abs. 4 GWB wird deutliche Kritik geübt.<sup>162</sup> Die unbedingte Bindungswirkung ausländischer Entscheidungen verstöße danach gegen die Grundsätze des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) und der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. 1 iVm Art. 20 Abs. 3 GG).<sup>163</sup> Prominente Stimmen haben die Entscheidung des Gesetzgebers dagegen verteidigt und berücksichtigen die geltend gemachte Kritik, indem sie der Norm immanente Grenzen ziehen.<sup>164</sup> Das Weißbuch knüpft offensichtlich an die in § 33 Abs. 4 GWB getroffene Regelung an, wenn es die Bindungswirkung auf Entscheidungen nationaler Wettbewerbsbehörden des ECN erstreckt. Zugleich akzeptiert man die in Deutschland gegen Art. 33 Abs. 3 GWB vorgebrachte Kritik, weil man es den Mitgliedstaaten erlauben möchte, die Anerkennung ausländischer Entscheidungen an die Wahrung des rechtlichen Gehörs zu knüpfen.<sup>165</sup> Auch in diesem Zusammenhang ist es besonders spannend, Tatbestand und Rechtsfolgen des § 33 Abs. 4 im Zusammenhang mit dem Regelungsvorschlag im Weißbuch zu untersuchen.

160 *Monopolkommission*, Sondergutachten 41 zur 7. GWB-Novelle (Allg. WettbR), 2004, Rn. 49.

161 *Monopolkommission*, Sondergutachten 41 zur 7. GWB-Novelle (Allg. WettbR), 2004, Rn. 50; *Meyer*, GRUR 2006, 27, 29; *Kominos*, 44 CMLR 1387, 1393 ff (2007); *Kominos*, EC Private Anitrust Enforcement, 2008, 117 f; dazu näher unten D.II.1.

162 *Monopolkommission*, Sondergutachten 41 zur 7. GWB-Novelle (Allg. WettbR), 2004, Rn. 53 ff; *Schütt*, WuW 2004, 1124, 1131; *Fuchs*, WRP 2005, 1384, 1395; *Meyer*, GRUR 2006, 27, 29; *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., 2007, § 33 Rn. 77.

163 *Monopolkommission*, Sondergutachten 41 zur 7. GWB-Novelle (Allg. WettbR), 2004, Rn. 53; *Meyer*, GRUR 2006, 27, 29; vgl. auch *Durner*, EuR 2004, 547, 563 f, 568 ff.

164 *Bornkamm* in Langen/Bunte, 2006, § 33 Rn. 113; *Roth*, FS U. Huber, 2006, 1134, 1153.

165 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 162.



## II. Anwendungsbereich und Tatbestandsvoraussetzungen der Bindungswirkung

### 1. Adressaten der Bindungswirkung

Die Bindungswirkung im Weißbuch ist an “einzelstaatliche Gerichte” adressiert, die “über Schadensersatzklagen” wegen Verstößen gegen Art. 101 oder 102 AEUV zu entscheiden haben. Die Formulierung “einzelstaatlicher Gerichte” in der deutschen Fassung des Weißbuchs ist unglücklich gewählt. Wie sich aus dem Vergleich der englischen Fassung des Weißbuchs [*national courts*] mit der englischen Fassung von Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 [*national courts*] ergibt, soll der Begriff in beiden Regelungen einheitlich verwendet werden. Daher ist auch im neuen Unionsinstrument von den “Gerichte[n] der Mitgliedstaaten” zu sprechen. Der Begriff ist autonom unionsrechtlich in Übereinstimmung mit Art. 267 AEUV zu interpretieren.<sup>166</sup> Dazu zwingt die in Art. 16 Abs. 1 S. 4 VO 1/2003, § 33 Abs. 4 S. 3 GWB und dem Weißbuch<sup>167</sup> implizit bestätigte Vorlagemöglichkeit zum EuGH.<sup>168</sup> Nach ständiger Rechtsprechung stellt der Gerichtshof auf eine Reihe von Merkmalen ab, wie die gesetzliche Grundlage der Einrichtung, ihr ständiger Charakter, die obligatorische Gerichtsbarkeit, das streitige Verfahren, die Anwendung von Rechtsnormen durch die Einrichtung sowie deren Unabhängigkeit.<sup>169</sup> Dazu zählen nationale Zivilgerichte, die über Kartellzivilverfahren zu entscheiden haben.<sup>170</sup> Schiedsgerichte erfüllen nicht die Voraussetzungen des Art. 267 AEUV.<sup>171</sup> Weil Schiedsgerichte daher nicht vorlegen können, sind sie auch nicht unmittelbar nach Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 an die Entscheidung der Kommission gebunden. Wird der Schiedsspruch allerdings vor einem ordentlichen Gericht überprüft, ist dieses an die EG-Wettbewerbsregeln<sup>172</sup> und damit auch an Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 gebunden.<sup>173</sup> Keine Gerichte iSv Art. 267 AEUV sind mitgliedstaatliche Gerichte, denen das nationale Recht in Ausübung der von Art. 35 VO 1/2003 belassenen Kompetenz die Aufgaben als Wettbewerbsbehörde iSv Art. 5 VO 1/2003 zuweist.<sup>174</sup> Diese Institu-

166 Dazu *Leopold/Reiche*, EuZW 2005, 143.

167 Weißbuch, S. 7.

168 Dazu näher C.III.3.

169 EuGH v. 31.5.2005, Rs. C-53/03 - *Syfait/GlaxoSmithKline plc*, Slg. 2005, I-4609 Rn. 29 m.w.N.; *Leopold/Reiche*, EuZW 2005, 143.

170 *Schneider* in MünchKomm KartellR, Bd. 1, 2007, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 6.

171 EuGH v. 12.3.1982, Rs. 102/81 - *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH/Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG und Co*, Slg. 1982, 1095 Rn. 10 ff; EuGH v. 1.6.1999, Rs. C-126/97 - *Eco Swiss China Time Ltd/ Benetton International NV*, Slg. 1999, I-3055 Rn. 34.

172 EuGH v. 1.6.1999, Rs. C- 126/97 - *Eco Swiss China Time Ltd/ Benetton International NV*, Slg. 1999, I-3055 Rn. 36 ff.

173 In der Sache allg. Ansicht, vgl. *Schneider* in MünchKomm KartellR, 2007, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 6; *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2009, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 8; *Zuber* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, 2009, Art. 16 VerfVO Rn. 12.

174 Vgl. EuGH v. 31.5.2005, Rs. C-53/03 - *Syfait/GlaxoSmithKline plc*, Slg. 2005, I-4609 Rn. 29 ff.

tionen sind über Art. 11 ff VO 1/2003 in das Europäische Wettbewerbsnetz eingebunden.<sup>175</sup>

Das Weißbuch beschränkt nach dem Vorbild des § 33 Abs. 4 GWB den Adressatenkreis seiner Bindungswirkung im Vergleich zu Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003. Die Bindungswirkung gilt nur für Gerichte, die über Schadensersatzklagen zu entscheiden haben. Werden im Kartellzivilverfahren andere Ansprüche verfolgt, ist das Gericht rechtlich nicht gebunden.<sup>176</sup> Das gilt sowohl für andere "offensive" Kartellzivilprozesse, in denen Unterlassungs- Beseitigungs- oder Bereicherungsansprüche verfolgt werden, als auch bei "defensiven" Verfahren, in denen Kartellrechtsfragen als Einwendungen oder Einreden und damit als Vorfragen eingeführt werden.<sup>177</sup> Einen überzeugenden sachlichen Grund für die Beschränkung auf Schadensersatzprozesse gibt es weder bei § 33 Abs. 4 GWB noch im Weißbuch. Das zugrunde liegende Problem stellt sich aber bei allen zivilrechtlichen Rechtsbehelfen.<sup>178</sup> Die fehlende Bindungswirkung mag für Unterlassungsansprüche wenig praxisrelevant sein und für defensive Verfahren kann die im nationalen Recht vorgesehene Tatbestandswirkung<sup>179</sup> für Entscheidungen der eigenen Kartellbehörde<sup>180</sup> oder eine aus Art. 4 Abs. 3 EUV (ex-Art. 10 EG) abgeleitete Tatbestandswirkung der Entscheidungen anderer NCA<sup>181</sup> jedenfalls teilweise helfen. Die Bindungswirkung könnte aber für Beseitigungs- oder Bereicherungsansprüche - die in ihrer Wirkung dem Schadensersatz nicht unähnlich sind - erhebliche Bedeutung haben.<sup>182</sup> Die Bindungswirkung ist kein Teilaspekt der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen, sondern ein allgemeines Problem der privaten Rechtsdurchsetzung schlechthin.<sup>183</sup> Der Verweis auf den generellen Ansatz des Weißbuchs, nur Regelungen zu treffen, die den Schadensersatzanspruch von Geschädigten betreffen,<sup>184</sup> mag aus politischer Sicht verständlich sein, kann aber aus rechtspolitischer Sicht nicht überzeugen. Die angestrebte Richtlinie sollte daher die Beschränkung aufheben.

175 Dazu Bekanntmachung über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, ABl C 101 v. 27.4.2004, 43.

176 *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, 2006, § 33 Rn. 114; *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 2007, § 33 Rn. 80; *Bechtold*, GWB, 5. Aufl., 2008, § 33 Rn. 35; aA aber *Rehbinder* in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, 2. Aufl., 2009, § 33 Rn. 54 nach dem § 33 Abs. 4 GWB entgegen des klaren Wortlauts und der Entstehungsgeschichte auch für Beseitigungsansprüche gelten solle.

177 Zur Begrifflichkeit *Roth*, Private Enforcement of European Competition Law - Recommendations Flowing from the German Experience, in *Basedow* (Hrsg.), Private Enforcement of EC Competition Law, 2007, 61, 64 ff; *Schmidt*, ZWeR 2007, 394, 397 f.

178 *Monopolkommission*, Sondergutachten 41 zur 7. GWB-Novelle (Allg. WettbR), 2004, Rn. 45

179 Zum Begriff unten C.III.1.

180 *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, 2006, § 33 Rn. 119.

181 Dazu unten D.II.1.

182 *Meyer*, GRUR 2006, 27, 29

183 *Monopolkommission*, Sondergutachten 41 zur 7. GWB-Novelle (Allg. WettbR), 2004, Rn. 45.

184 Weißbuch, S. 1.

Die gewollte Beschränkung auf die private Rechtsdurchsetzung ist mit einer Anlehnung an den in Art. 1 Abs. 1 S. 1 Brüssel I-VO<sup>185</sup> verwendeten Begriff der “Zivil- und Handelssachen” zu erreichen. Mit der damit einhergehenden feststehenden Tradition der autonomen Auslegung dieses Begriffs wird sichergestellt, dass Verfahren zwischen einer Kartellbehörde und einem Unternehmen im Zusammenhang mit der Ausübung kartellrechtlicher Befugnisse nicht unter die Bindungswirkung fallen, weil sie keine Zivil- oder Handelssache sind.<sup>186</sup> Damit wird auch eine Kohärenz zum sachlichen Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO<sup>187</sup> hergestellt. Das Internationale Kartellrecht der Union gilt für außervertragliche Schuldverhältnisse in Zivil und Handelssachen (Art. 1 Abs. 1 S. 1 Rom II-VO). Weil der Begriff dort identisch verwendet wird wie in der Brüssel I-VO,<sup>188</sup> kann man eine einheitliche Auslegung sowohl für die internationale Zuständigkeit, das Kartell-IPR und die private Rechtsdurchsetzung sicherstellen. Der Eingangssatz ist danach so zu formulieren: “Wenn Gerichte der Mitgliedstaaten in Verfahren in Zivil- und Handelssachen über Verhaltensweisen entscheiden, die unter Artikel 101 oder 102 AEUV fallen...”.

## 2. Sachlicher Anwendungsbereich

### a) Erfasste Wettbewerbsbehörden

Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 bindet die Gerichte an die Entscheidungen der Kommission. Insoweit besteht bereits ein - auf das Primärrecht zurückgehendes<sup>189</sup> - sekundärrechtliches Regelungsinstrument der Union, das der einheitlichen Anwendung der Wettbewerbsregelung und der Rechtssicherheit dient. Das Weißbuch geht davon aus, dass daraus auch für Zivilverfahren eine weitreichende Bindungswirkung bezüglich des Rechtsverstoßes folgt<sup>190</sup> und sieht daher konsequent von einer Berücksichtigung der Kommissionsentscheidung im eigenen Regelungsvorschlag ab. § 33 Abs. 4 S. 1 Alt. 2 GWB ordnet dagegen die Bindungswirkung auch der Kommissionsentscheidungen ausdrücklich an. Dem soll allerdings nur klarstellende Bedeu-

185 VO Nr. 44/2001 vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Brüssel I-VO), ABl L 12 v. 16.1.2001, 1.

186 Vgl. EuGH v. 15.2.2007, Rs. 292/05 - *Lechouritou/Deutschland*, Slg. 2007, I-1519 Rn. 29 ff mwN.

187 VO Nr. 864/2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II-VO), ABl L 199 v. 31.7.2007, 40; dazu vertiefend *Mankowski*, RIW 2008, 177, ; *Roth*, FS Kropholler, 2008, 623.

188 Vgl. Erwägungsgrund (7) Rom II-VO.

189 EuGH v. 28.2.1991, Rs. C-234/89 - *Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG*, Slg. 1991, I-935 Rn. 43 ff; EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-11369 Rn. 45 ff.

190 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 140. Näher zum Problem unten C.III.1.b.

tung zukommen.<sup>191</sup> Das wird aufgrund unterschiedlicher Auffassungen zur Reichweite der Bindungswirkung in Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 einerseits und § 33 Abs. 4 GWB andererseits nicht von allen so gesehen.<sup>192</sup> Im Übrigen führt die angestrebte Klarstellung im Ergebnis zu neuer Verwirrung. Die nach dem Wortlaut von § 33 Abs. 4 S. 1 GWB vorgesehene Bestandskraft der Entscheidung ist bei Kommissionsentscheidungen ganz anders zu verstehen<sup>193</sup> und die enthaltene Beschränkung auf festgestellte Verstöße ist wegen der Wirkung von Kommissionsentscheidungen nach Art. 10 VO 1/2003<sup>194</sup> ebenfalls irreführend.<sup>195</sup> Die Kommission tat gut daran, durch eine klare Abgrenzung zwischen den Entscheidungen der Kommission einerseits - Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 - und den Entscheidungen einer nationalen Wettbewerbsbehörde des ECN andererseits zu trennen. Die Beschränkung auf NCA von Mitgliedstaaten im Weißbuch nimmt direkten Bezug auf die Bekanntmachung über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden.<sup>196</sup> Die Institution des Europäischen Wettbewerbsnetzes ist also solche nicht gesetzlich geregelt. Die wesentlichen Elemente, die ihre Existenz ermöglichen, folgen aus der VO 1/2003, insbesondere Art. 11.<sup>197</sup> Die Selbstständigkeit der einzelnen Behörden bleibt unberührt.<sup>198</sup> Aus dem Arbeitspapier zum Weißbuch folgt unmissverständlich, dass neben der Bindung an die Entscheidung der NCA des eigenen Mitgliedstaates gerade auch die Bindung an die Entscheidungen der NCA der anderen Mitgliedstaaten angeordnet werden soll.<sup>199</sup> Das wird sich als ein wesentliches Problem des Regelungsvorschlags herausstellen.<sup>200</sup> Außerhalb des Regelungsbereichs bleiben kartellbehördliche Entscheidungen von Drittstaaten, wie beispielsweise den Vereinigten Staaten von Amerika.<sup>201</sup>

Der Kreis der erfassten Wettbewerbsbehörden und Gerichte, deren Entscheidungen bindend sein sollen, wird besonders deutlich, wenn man die Perspektive des einzelnen Mitgliedstaates einnimmt. Diese ist in § 33 Abs. 4 GWB beispielhaft ausgedrückt: Bindungswirkung kommt danach (1.) den eigenen nationalen Kartellbehörden (§ 33 Abs. 4 S. 1 Alt. 1 GWB), (2.a) der Wettbewerbsbehörde oder (2.b) dem als Wettbewerbsbehörde handelnden Gericht eines anderen Mitgliedstaats (§ 33 Abs. 4 S. 1 Alt. 3 GWB) zu. Mit der letzten Präzisierung nimmt das deutsche Recht auf die von Art. 35 VO 1/2003 vorausgesetzte verfahrensrechtliche Autonomie der

191 BT-Drs. 15/3640, S. 54.

192 Siehe dazu unten C.III.1.b.

193 Dazu unten C.II.2.c.

194 Dazu unten C.II.2.b.

195 Vertiefend Meyer, GRUR 2006, 27, 30 f, 32.

196 ABI C 101 v. 27.4.2004, S. 43.

197 de Bronnert, Kommentar zum Europäischen Kartellverfahrensrecht, 2005, Vorbemerkung zu den Art. 11 bis 14 Rn. 2.

198 Näher dazu Klees, Europäisches Kartellverfahrensrecht, 2005, § 7 Rn. 63 ff.

199 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 158 ff.

200 Dazu unten D.III.3.

201 Zum privaten Rechtsschutz in den U.S.A. vgl. Hempel, Rechtsschutz, 2002, 173 ff; Gerber, Private enforcement of competition law: a comparative perspective, in Möllers/Heinemann (Hrsg.), The Enforcement of Competition Law in Europe, 2007, 434 ff.

Mitgliedstaaten Bezug, nach der es ihnen freisteht, die Aufgaben der Wettbewerbsbehörde iSv Art. 5 VO 1/2003 ganz oder teilweise auch Gerichten zuzuweisen.<sup>202</sup> Wurden die kartellbehördlichen Entscheidungen angefochten und von den dafür zuständigen Gerichten im Ergebnis bestätigt, geht die Bindungswirkung dann nicht mehr von der kartellbehördlichen, sondern von der gerichtlichen Entscheidung aus. Das wird in § 33 Abs. 4 S. 2 GWB ausdrücklich klargestellt. Das Weißbuch differenziert hier weniger deutlich, weicht in der Sache aber nicht von der im deutschen Recht geltenden Regelung ab.

#### b) Entscheidungstypen

Nicht alle Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden genießen Bindungswirkung. Im Anwendungsbereich des Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 kommt den Entscheidungen der Kommission nach Art. 7, 8 und Art. 29 VO 1/2003 unstreitig Bindungswirkung zu.<sup>203</sup> Umstritten ist dagegen, ob auch der Feststellung der Nichtanwendbarkeit der Art. 101 oder 102 AEUV nach Art. 10 VO 1/2003 Bindungswirkung zukommt.<sup>204</sup> Bei Entscheidungen auf der Grundlage des Art. 9 VO 1/2003 wird eine Bindungswirkung von den meisten Stimmen abgelehnt.<sup>205</sup> Verhängt die Kommission Geldbußen nach Art. 23 Abs. 2 lit. a VO 1/2003 erzeugt diese Entscheidung ebenfalls Bindungswirkung.<sup>206</sup> Das hat praktisch wichtige Auswirkungen für die Bindungswirkung in Folgeverfahren. Das Verschulden gehört zwangsläufig zu den tragenden Gründen der Anordnung einer Geldbuße. Konsequenterweise erstreckt sich die in Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 angeordnete Bindungswirkung auf die Feststellungen zur Schuld und hat damit Auswirkungen auf die subjektive Tatseite des Schadensersatzanspruchs.<sup>207</sup> Keine Bindungswirkung folgt aus der Festsetzung von Zwangsgeld

202 Vgl. Bekanntmachung über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, Rn. 2.

203 *Jaeger* in FK KartR, 2006, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 9-11; *Ritter* in Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR EG/2, 4. Aufl., 2007, VO 1/2003 Art. 16 Rn. 3; *Schneider* in MünchKomm KartellR, 2007, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 8.

204 Bejahend *Hirsch*, ZWeR 2003, 233, 251; *de Bronnett*, KarVerfR, 2005, Qrt. 16 Rn. 4; *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, 2005, § 6 Rn. 162; *Zuber* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, 2009, Art. 16 VerfVO Rn. 9; verneinend *Röhling*, GRUR 2003, 1019, 1023; *Schmidt*, BB 2003, 1237, 1241 f; *Jaeger* in FK KartR, 2006, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 15; differenzierend *Bornkamm/Becker*, ZWeR 2005, 213, 421 f.

205 *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, 2005, § 6 Rn. 133; *Jaeger* in FK KartR, 2006, Art. 16 VO 1/2003, Rn. 14; *Ritter* in Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR EG/2, 2007, VO 1/2003 Art. 16 Rn. 3; *Schneider* in MünchKomm KartellR, 2007, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 8; *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2009, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 5; aA *de Bronnett*, KarVerfR, 2005, Art. 16 Rn. 4.

206 Vertiefend *Jaeger* in FK KartR, 2006, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 12; aA *de Bronnett*, KarVerfR, 2005, Art. 16 Rn. 4; *Schneider* in MünchKomm KartellR, 2007, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 8; *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2009, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 5.

207 *Bornkamm* in Langen/Bunte, Bd. 1, 2006, § 33 Rn. 120.

(Art. 24 VO 1/2004), weil hier zwangsläufig eine Entscheidung nach Art. 7 ff VO 1/2003 vorausgegangen ist, aus der sich die Bindungswirkung ergibt.<sup>208</sup>

Das Weißbuch enthält im Vergleich zu Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 eine Einschränkung. Bindungswirkung soll nur den Entscheidungen zukommen, in denen Verhaltensweisen “als wettbewerbswidrig befunden wurden”.<sup>209</sup> Damit folgt der Vorschlag seinem Vorbild, § 33 Abs. 4 S. 1 GWB, der ebenfalls nur Entscheidungen Bindungswirkung zuschreibt, in denen ein Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht festgestellt wurde. Davon weicht beispielsweise das ungarische Recht deutlich ab. Danach kommt sowohl der Feststellung einer Verletzung wie auch der Feststellung, dass keine Verletzung vorliegt, in einer Entscheidung der ungarischen Wettbewerbsbehörde (*Gazdasági Versenyhivatal*) Bindungswirkung zu.<sup>210</sup> Diese beiderseitig wirkende Feststellungswirkung wirft erhebliche grundrechtliche Probleme auf, wenn der Kläger nicht Beteiligter des Kartellverfahrens vor der Behörde war und daher keine zumutbare Möglichkeit hatte, gegen die Entscheidung der NCA Rechtsschutz zu erlangen.<sup>211</sup> Man könnte daher daran denken, jedenfalls solche Entscheidungen zugunsten des vermeintlichen Rechtsverletzers mit Bindungswirkung zu versehen, wenn der vermeintlich Geschädigte Beteiligter des Ausgangsverfahrens war und er die Möglichkeit hatte, Rechtsschutz zu erlangen.<sup>212</sup> Das ist für das mitgliedstaatliche Gericht praktisch nicht durchführbar, weil es nicht die Verfahrensrechte und Rechtsbehelfe aller anderen 26 Mitgliedstaaten kennen kann. Daher ist es teilweise zwingend notwendig und teilweise praktisch geboten, die Bindungswirkung auf Entscheidungen zu beschränken, in denen der Wettbewerbsrechtsverstoß des Unternehmens bejaht wurde.

Ausschlaggebend ist dafür die jeweilige Reichweite der Ermächtigungsgrundlagen im nationalen Recht. Art. 5 VO 1/2003 kann diese nicht ersetzen, erteilt dem nationalen Gesetzgeber allerdings einen Gestaltungsauftrag, weil die dort vorgesehenen Entscheidungsbefugnisse im nationalen Recht verankert werden müssen.<sup>213</sup> Mit einer wesentlichen Ausnahme (Art. 10 VO 1/2003) sind diese Befugnisse mit denen vergleichbar, die der Kommission zugewiesen sind.<sup>214</sup> Auszugehen ist zunächst von der Bindungswirkung nach § 33 Abs. 4 S. 1 GWB. Davon sind jedenfalls erfasst: Abstellungs- und Feststellungsentscheidungen (§ 32 GWB); Freistellungsentscheidungen (§ 32d GWB iVm Art. 29 Abs. 2 VO 1/2003) und Bußgeldbescheide (§ 81

208 Insoweit zutreffend *Schneider* in MünchKomm KartellR, 2007, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 8.

209 Weißbuch, S. 7.

210 Art. 88/B para 5 Hungarian Competition Act [“The statement on the existence or absence of an infringement, made in the decision of the Hungarian Competition Authority against which no action has been filed or in the decision of the review court, shall be binding on the court hearing the lawsuit.”]. Übersetzung von der ungarischen Wettbewerbsbehörde, erhältlich unter <http://www.gvh.hu/domain2/files/modules/module25/7874E8E091B53E38.pdf> [Stand: 15.9.2009].

211 *Meyer*, GRUR 2006, 27, 31.

212 So *Meyer*, GRUR 2006, 27, 31.

213 Näher zum Ganzen *Bauer* in MünchKomm KartellR, Bd. 1, 2007, Art. 5 VO 1/2003 Rn. 2 ff.

214 Vertiefend *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, 2005, §7 Rn. 38 ff.

GWB), letztere auch bezüglich der subjektiven Tatseite.<sup>215</sup> Umstritten ist, ob auch einstweiligen Anordnungen nach § 32a GWB Bindungswirkung zukommt.<sup>216</sup> Mir erscheint es wenig einsichtig, warum die Feststellung des Wettbewerbsverstößes in einer bestandskräftigen einstweiligen Anordnung nur vorläufigen Charakter haben solle. In Übereinstimmung mit der Interpretation von Art. 8 VO 1/2003 ist jedenfalls für den Regelungsvorschlag im Weißbuch davon auszugehen, dass einstweilige Maßnahmen erfasst sind. Den Verpflichtungszusagen von NCA (§ 32c GWB iVm Art. 5 S. 2, 9 VO 1/2003) kommt dagegen keine Bindungswirkung zu.<sup>217</sup> Es handelt sich dabei gerade nicht um die Feststellung der Nichtanwendbarkeit von Art. 101 oder 102 AEUV, die nach Art. 10 VO 1/2003 in die ausschließliche Zuständigkeit der Kommission fällt. Ebenfalls keine Bindungswirkung folgt aus einer Entscheidung einer NCA, nicht tätig zu werden, weil nach den ihnen vorliegenden Informationen die Voraussetzungen für einen Rechtsverstoß nicht vorliegen. Es handelt sich dabei um einen Entscheidungstyp, der sich dadurch auszeichnet, dass ein Wettbewerbsverstoß gerade nicht positiv festgestellt wurde.<sup>218</sup> An einer Stelle unterscheidet sich der sachliche Anwendungsbereich der Bindungswirkung im Unionsrecht von der nach § 33 Abs. 4 S. 1 GWB. Nach § 33 Abs. 4 GWB sind auch Entscheidungen erfasst, in denen ein Verstoß gegen das GWB festgestellt wurde. Die Bindung an Entscheidungen nationaler Kartellbehörden beim Verstoß gegen das nationale Kartellrecht kann allerdings in der angestrebten Richtlinie nicht übernommen werden, weil die Union keine Kompetenz zur Regelung rein innerstaatlicher Sachverhalte hat.

#### c) Bestandskraft der Entscheidung

Die Bindungswirkung einer Kommissionsentscheidung nach Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 setzt nicht voraus, dass die Entscheidung bereits formell bestandskräftig geworden ist.<sup>219</sup> Die Gerichte sind daher an die bekanntgegebene Entscheidung (Art. 297 Abs. 2 AEUV) der Kommission gebunden, unabhängig davon, ob die Frist von zwei Monaten zur Erhebung einer Nichtigkeitsklage vor dem EuG (Art. 263 Abs. 4 und 6 AEUV iVm Art. 256 Abs. 1 AEUV) noch nicht abgelaufen ist, ob der Adressat Nichtigkeitsklage erhoben hat, ob die Entscheidung nach Art 278 AEUV ausge-

215 *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, 2006, § 33 Rn. 120; *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, *GWB*, 2007, § 33 Rn. 78; *Bechtold*, *GWB*, 2008, § 33 Rn. 36; *Logemann*, *Schadensersatz*, 2009, 248 f.

216 Bejahend *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, *GWB*, 2007, § 33 Rn. 78; *Rehbinder* in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, 2009, § 33 Rn. 54; verneinend *Bechtold*, *GWB*, 2008, § 33 Rn. 36; *Logemann*, *Schadensersatz*, 2009, 248 f.

217 Näher *Meyer*, *GRUR* 2006, 27, 31; *Logemann*, *Schadensersatz*, 2009, 249.

218 *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, 2006, § 32c Rn. 12; *Bach* in *Immenga/Mestmäcker*, *GWB*, 2007, § 32c Rn. 21; *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, *GWB*, 2007, § 33 Rn. 85; *Bechtold*, *GWB*, 2008, § 32 Rn.5.

219 *Hirsch*, *ZWeR* 2003, 233, 248.



setzt wurde<sup>220</sup> oder ob gegen eine ergangene Entscheidung des EuG Rechtsmittel (Art. 256 Abs. 1 AEUV iVm Art. 60 Satzung des Gerichtshofs) eingelegt wurden. Wurde Nichtigkeitsklage erhoben, muss das nationale Gericht grundsätzlich das Verfahren aussetzen, um die Entscheidung abzuwarten.<sup>221</sup> Daneben kann es auch dem Gerichtshof eine Vorabentscheidungsfrage über die Gültigkeit der Kommissionsentscheidung vorlegen.<sup>222</sup> Die Bindung an die Kommissionsentscheidung entfällt erst, wenn die Unionsgerichte rechtskräftig in derselben Sache einen anderen materiellrechtlichen Standpunkt vertreten haben.<sup>223</sup>

§ 33 Abs. 4 GWB und - im Folgenden - das Weißbuch wählen einen strengeren Ansatz. Danach soll nur bestandskräftigen Entscheidungen oder rechtskräftigen Gerichtsentscheidungen von angefochtenen Entscheidungen der NCA Bindungswirkung zukommen.<sup>224</sup> Das Weißbuch sollte hier auch im Wortlaut dem Modell von § 33 Abs. 4 GWB folgen, der deutlich unterscheidet. Nach S. 1 geht die Bindungswirkung von der bestandskräftigen Entscheidung selbst aus. Wird sie angefochten, aber bestätigt, kommt nach S. 2 der rechtskräftigen Gerichtsentscheidung die maßgebliche Bindungswirkung zu.<sup>225</sup>

Der Begriff der Bestandskraft ist interpretationsbedürftig. Dem Gericht stehen mehrere Möglichkeiten zur Wahl: Geht es um die Entscheidung der NCA des eigenen Mitgliedstaates, kann es auf das Begriffsverständnis des nationalen Rechts ankommen, geht es dagegen um die Entscheidung der NCA eines anderen Mitgliedstaats kommt es entweder auf das Recht dieses Mitgliedstaates an oder die Vorfrage nach der Bestandskraft ist nach der *lex fori* des Gerichtsstaats zu entscheiden. Schließlich könnte in allen Fällen nach einem einheitlichen, unionsrechtlich vorgegebenen Begriff entschieden werden. Die formelle Bestandskraft ist im Unionsrecht mit der Unanfechtbarkeit einer Entscheidung gleichzusetzen.<sup>226</sup> Sie tritt ein, wenn die Klagefristen abgelaufen sind, oder der Rechtsweg gegen die Entscheidung erschöpft ist.<sup>227</sup> Damit sind in der Sache unanfechtbare Entscheidungen gemeint. Es kommt also nicht darauf an, dass dem Rechtsbehelf auch Suspensiveffekt zukommt. Entscheidend ist nur, dass eine gerichtliche Entscheidung über die konkrete kartellbehördliche Maßnahme nicht mehr möglich ist. Ob eine Entscheidung formell bestandskräftig geworden ist, hängt dann von den Klagefristen und den Rechtsbehelfen

220 EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-11369 Rn. 53.

221 EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-11369 Rn. 55, 57.

222 EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-11369 Rn. 57; zum Verfahren siehe *Jaeger* in FK KartR, 2006, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 19; kritisch dazu *Bornkamm*, ZWeR 2003, 73, 78 f.

223 *Schneider* in MünchKomm KartellR, 2007, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 10.

224 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 155 f.

225 Dazu *Bechtold*, GWB, 2008, § 33 Rn. 41.

226 *Schroeder*, Bindungswirkungen von Entscheidungen nach Art. 249 EG im Vergleich zu denen von Verwaltungsakten nach deutschem Recht, 2006, 43 ff.

227 EuGH v. 13.1.2004, Rs. C-453/00 - *Kühne & Heitz NV/Produktschap voor Pluimvee en Eieren*, Slg. 2004, I-837 Rn. 24.

im jeweiligen nationalen Verfahrensrecht ab. Das kann im Einzelfall komplizierte Fragen aufwerfen. Ein Beispiel dafür ist die Wirkung der Verfassungsbeschwerde im deutschen Recht (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG iVm §§ 13, Nr. 8a, 90 ff BVerfGG). Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG ist sie kein zusätzlicher, sondern ein außerordentlicher Rechtsbehelf, der die in den Prozessordnungen vorgesehenen Rechtsmittel nicht ersetzt, sondern als subsidiärer Rechtsbehelf dazu tritt.<sup>228</sup> Die formelle Rechtskraft der angefochtenen Entscheidung ist sogar Zulässigkeitsvoraussetzung der Verfassungsbeschwerde (§ 90 Abs. 2 BVerfGG). Nach nationalem Recht liegt eine bestandskräftige Entscheidung vor. Das unionsrechtliche Begriffsverständnis im neuen Regelungsinstrument muss davon abweichen. Danach führt im Ergebnis ein institutionalisierter außerordentlicher Rechtsbehelf im nationalen Verfahrensrecht dazu, dass die Entscheidung der NCA noch nicht bestandskräftig geworden ist. Das folgt aus dem mit dem Weißbuch verfolgten Zweck der Rechtssicherheit und einheitlichen Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts. Bindet man Gerichte auch anderer Mitgliedstaaten an die Entscheidung der NCA, die ihrerseits aufgrund eines außerordentlichen Rechtsbehelfs des nationalen Rechts zu Fall gebracht werden kann, schafft man die Gefahr widersprechender Entscheidungen. Dies ist zu vermeiden, indem man die Bindungswirkung nur eintreten lässt, wenn der Betroffene alle im nationalen Recht zur Verfügung stehenden ordentlichen und außerordentlichen Rechtsbehelfe zur Anfechtung einer Entscheidung verstreichen hat lassen oder erfolglos eingelegt hat.

### 3. Persönlicher Anwendungsbereich: Grundsatz der zweifachen Identität

Entscheidende Bedeutung kommt der Frage zu, wem gegenüber die Entscheidung Bindungswirkung erzeugt. Die Entscheidungen der Kommission sind nur dann nach Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 bindend, wenn der Untersuchungsgegenstand vor der Kommission mit dem des nationalen Gerichts identisch ist.<sup>229</sup> Es genügt nicht, dass das Rechtsproblem, das dem nationalen Gericht unterbreitet wird, und das Problem, das die Kommission beschäftigt, im Zusammenhang stehen oder sonst Ähnlichkeiten aufweisen.<sup>230</sup> Notwendig ist eine absolute Identität des rechtlichen und tatsächlichen Rahmens.<sup>231</sup> In beiden Verfahren muss es daher um denselben Lebenssachverhalt gehen, der den Verstoß gegen Art. 101 oder 101 AEUV begründet. Man kann hier eine vorsichtige Parallele zum unionsrechtlichen Begriff des Streitgegen-

228 BVerfGE 18, 315, 325.

229 GA Cosmas Schlussanträge v. 16.5.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd/HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-Rn. 16; *Kjølbe*, 39 CMLR 175, 182 (2002); *de Bronnett*, KarVerfR, 2005, Art. 16 Rn. 2; *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, 2005, § 8 Rn. 112; *Jaeger* in FK KartR, 2006, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 6.

230 GA Cosmas Schlussanträge v. 16.5.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd/HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-Rn. 6.

231 GA Cosmas Schlussanträge v. 16.5.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd/HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-Rn. 6.

standes ziehen.<sup>232</sup> Die *cause* im Kartellverfahren vor der Kommission und im anschließenden Schadensersatzprozeß müssen identisch sein. Unter der *cause* ist hier das rechtliche Fundament der Kommissionsentscheidung zu verstehen, das aus den die Art. 101 oder 102 AEUV ausfüllenden rechtlich qualifizierten Tatsachen besteht.<sup>233</sup> Das Kartellverfahren und der Schadensersatzanspruch müssen sich gegen dasselbe rechtsverletzende Unternehmen bzw. dieselbe Unternehmensvereinigung richten.<sup>234</sup> Das wird in der Entscheidung des House of Lords in *Inntrepreneur Pub Company v. Crehan*<sup>235</sup> beispielhaft deutlich. Das nationale Gericht ist danach nicht an eine Kommissionsentscheidung gebunden, die zwar diesselben tatsächlichen und rechtlichen Fragen aufwirft, aber an einen Dritten ergangen ist, der nicht Partei des Verfahrens und dessen Verhalten nicht Streitgegenstand ist.<sup>236</sup> Maßgeblich dafür ist die Erwägung, dass eine Bindung an eine gegen Dritte adressierte Entscheidung sich nicht mehr mit dem im Unionsrecht verankerten Grundsatz auf rechtliches Gehör<sup>237</sup> vereinbaren läßt.<sup>238</sup> Daraus folgt, dass Identität des Betroffenen dann vorliegt, wenn der Adressat einer Entscheidung der Kommission im Folgeverfahren Partei im Schadensersatzprozess ist. Hier folgt aus Art. 263 Abs. 4 AEUV, dass dem Adressaten einer Entscheidung der Rechtsschutz vor europäischen Gerichten zweifelsfrei eröffnet ist.<sup>239</sup> Problematisch sind die Fallgruppen, in denen im Entscheidungstenor ein wettbewerbswidriges Verhalten eines Unternehmens genannt wird, ohne dass die Entscheidung auch an dieses Unternehmen gerichtet ist. Soweit in solchen Fällen eine Klagebefugnis des Unternehmens nach Art. 263 Abs. 4 AEUV offensichtlich besteht,<sup>240</sup> könnte man darüber nachdenken, eine Bindungswirkung im Folgeverfahren anzunehmen. Darin liegt allerdings eine erhebliche Ausdehnung der Bindungswirkung, die nicht mit der Rechtsprechung des EuGH vereinbar ist. Der EuGH hat in der Rs. *Masterfoods* zur Begründung der Bindungswirkung maßgeblich auf die Rechtswirkung der Kommissionsentscheidung abgestellt.<sup>241</sup> Aus der englischen Fassung des Urteils wird deutlich, dass man damit nur eine Bindung gegenüber dem Adressaten der Entscheidung rechtfertigen kann ("a decision adopted by the Commission implementing Articles 85(1), 85(3) or 86 of the Treaty is to be binding in its

232 Dazu *Germelmann*, Die Rechtskraft von Gerichtsentscheidungen in der Europäischen Union, 2009, 355 ff.

233 Vgl. *Germelmann*, Rechtskraft, 2009, 381.

234 *Schneider* in MünchKomm KartellR, 2007, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 9.

235 [2006] UKHL 38.

236 *Inntrepreneur Pub Company v. Crehan*, Opinion of Lord Hoffmann, para. 43 et seq. [2006] UKHL 38; dazu kritisch *Hanley*, 44 CMLR 817, 826 f; zustimmend *Komminos*, 44 CMLR 1387, 1404 (2007).

237 Dazu unten D.III.2.

238 *Inntrepreneur Pub Company v. Crehan*, Opinion of Lord Hoffmann, para. 67 [2006] UKHL 38; dazu *Hanley*, 44 CMLR 817, 825 (2007).

239 *Schwarze* in *Schwarze*, EU, 2. Aufl., 2009, Art. 230 Rn. 31 mwN.

240 Zu den Möglichkeiten näher *Schwarze* in *Schwarze*, EU, 2009, Art. 230 Rn. 36 ff.

241 EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-11369 Rn. 50.

entirety upon those to whom it is *addressed*.”).<sup>242</sup> Zusammenfassend gilt, dass den Entscheidungen der Kommission Bindungswirkung nur zukommt, wenn der Grundsatz der zweifachen Identität erfüllt ist: (1.) Identität des Lebenssachverhalts und (2.) Identität zwischen Adressaten der Entscheidung und Partei im Zivilprozess. Die Bindungswirkung fällt weg, sobald und soweit der entscheidungserhebliche Sachverhalt im nationalen Verfahren von dem in der Kommissionsentscheidung abweicht<sup>243</sup> oder die Entscheidung nicht an eine der Parteien im Folgeprozess gerichtet war.

Dieselben Grundsätze gelten auch für § 33 Abs. 4 GWB. Das folgt unmittelbar aus dem Wortlaut von § 33 Abs. 4 S. 1 GWB, weil das Gericht “*insoweit* an die Feststellung des Verstoßes gebunden”<sup>244</sup> ist, wenn es Klagen wegen “eines Verstoßes gegen” das Wettbewerbsrecht zu entscheiden hat. Es muss sich in beiden Fällen um einen identischen Verstoß handeln. Das setzt voraus, dass im Zivilverfahren die Person verklagt wird, gegen die sich das Kartellverwaltungsverfahren richtete (§ 54 Abs. 2 Nr. 2 GWB) und der die Entscheidung der Kartellbehörden daher bekanntgegeben wurde.<sup>245</sup> Nur wer als Adressat der Verfügung der Kartellbehörde und damit als Beteiligter (vgl. § 54 Abs. 2 GWB) die Möglichkeit hatte, vor der Behörde und - anschließend - auch vor dem Beschwerdegericht (vgl. § 63 Abs. 2 GWB) seinen rechtlichen Standpunkt vorzubringen, kann aus grundrechtlicher Sicht an die Feststellungen der Entscheidung gebunden sein.<sup>246</sup> Der Grundsatz der zweifachen Identität ist auch noch gewahrt, wenn im Folgeverfahren der Gesamtrechtsnachfolger des Adressaten Partei ist.

Das Weißbuch folgt der Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs.<sup>247</sup> Danach soll der persönliche Anwendungsbereich auf (1.) dieselben Verhaltensweisen, d.h., denselben Lebenssachverhalt, und (2.) denselben Rechtsverletzer beschränkt werden. Damit gilt - in Übereinstimmung mit Art. 16 VO 1/2003 - der Grundsatz der zweifachen Identität auch für die Bindung an Entscheidungen der NCA. Den kartellbehördlichen Entscheidungen kommt eine Bindungswirkung im Folgeverfahren insbesondere nur dann zu, wenn die Partei des Zivilverfahrens auch Adressat der kartellbehördlichen Entscheidung war. Auch dahinter steht die zutreffende Erwägung, dass nur dadurch der Grundsatz des rechtlichen Gehörs gewahrt bleibt.<sup>248</sup> An sich halte ich es für sinnvoll, diese Beschränkung auch in den Text des zukünftigen Regelungsinstruments zu übernehmen und sie dahingehend zu konkretisieren, dass die Entscheidung nur Bindungswirkungen gegenüber ihren Adressaten

242 EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-11369 Rn. 50 [Hervorhebung von mir].

243 *Jaeger* in FK KartR, 2006, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 7; *Kominos*, 44 CMLR 1387, 1398 f (2007).

244 Hervorhebung vom Verfasser.

245 *Bornkamm* in Langen/Bunte, 2006, § 33 Rn. 122.

246 *Bornkamm* in Langen/Bunte, 2006; *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker, GWB, 2007, § 34 Rn. 79; *Bechtold*, GWB, 2008, § 33 Rn. 39.

247 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 154.

248 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 154.

hat. Allerdings weicht man damit vom Wortlaut des Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 ab, was die identische Auslegung beider Normen beeinträchtigen könnte. Daher sollte diese Auslegung jedenfalls in den Erwägungsgründen klargestellt werden.

Die Bindungswirkung nach Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 und § 33 Abs. 4 GWB tritt unabhängig davon ein, ob der Kläger des Kartellzivilverfahrens am Verwaltungsverfahren als Dritter iSv Art. 27 Abs. 3 VO 1/2003 oder gem. § 54 Abs. 2 GWB beteiligt war. Die Bindungswirkung setzt - anders als die Wirkungen der materiellen Rechtskraft - keine *triple identité*<sup>249</sup> voraus. Das wird im Weißbuch zu Recht übernommen.<sup>250</sup> Die Entschließung des Parlaments ist in diesem Punkt dagegen unklar, weil eine Identität "der Parteien" gefordert wird.<sup>251</sup> Das sollte man nicht dahingehend interpretieren, dass die Parteien im Kartellschadenersatzprozess auch "Parteien" bzw. Beteiligte im Kartellverwaltungsverfahren waren. Andernfalls wäre der mit der Bindungswirkung angestrebte Erleichterungszweck in den meisten Fällen hinfällig, weil der Geschädigte gerade nicht Beteiligter des Kartellverwaltungsverfahrens war. Exemplarisch zu nennen sind hier Verbraucherklagen, wie sie beispielsweise der Rs. *Manfredi*<sup>252</sup> zugrunde lagen. Grundrechtliche Probleme bestehen hier nicht, weil sich die Bindung des Gerichts nicht zum Nachteil des Klägers im Folgeverfahren auswirkt: Wie oben gesehen kommt nur Entscheidungen Bindungswirkung zu, die einen Wettbewerbsverstoß bejahen.<sup>253</sup>

Entfällt die Bindungswirkung, wenn der entscheidungserhebliche Sachverhalt nicht identisch ist, entstehen Folgeprobleme hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast. Ausgangspunkt einer Regelung muss Art. 2 VO 1/2003 sein. Die Bindungswirkung betrifft die "Zuwiderhandlung" iSv Art. 2 S. 1 VO 1/2003. Das bedeutet, dass der Kläger darlegen und im Zweifel beweisen muss, dass der Sachverhalt im Anschlussverfahren identisch mit demjenigen der Entscheidung der NCA ist.

#### 4. Räumlicher Anwendungsbereich

Im Arbeitspapier zum Weißbuch begründet die Kommission in einem langen Abschnitt unter der Überschrift "Territorial scope of binding effect of NCA decisions",<sup>254</sup> warum auch Entscheidungen von NCA anderer Mitgliedstaaten berücksichtigt werden. In Deutschland würde man diesen Punkt wohl eher als ein Problem

249 Zu der *triple identité* als Voraussetzung der *autorité relative de la chose jugée* im französischen Recht und dem Einfluss des französischen Verständnisses auf das Gemeinschaftsrecht vgl. *Germelmann*, Rechtskraft, 2009, 125 ff, 373 ff.

250 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 154.

251 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 25.4.2007 zu dem Grünbuch: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, Dok. P6\_TA(2007)0152, Rn. 7.

252 EuGH v. 13.7.2006, Rs. 295/04-298/04 - *Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, Slg. 2006, I-6619.

253 Siehe oben C.II.2.b.

254 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 158 ff.

des sachlichen Anwendungsbereichs diskutieren.<sup>255</sup> Unter dem räumlichen Anwendungsbereich diskutiert man gemeinhin einen anderen Aspekt: Auf welches Gebiet erstreckt sich die Bindungswirkung einer Entscheidung einer NCA? Dabei handelt es sich in der Sache um einen Aspekt des Geltungsbereich der Entscheidung als hoheitlichen Akt,<sup>256</sup> weil das nationale Recht (§ 33 Abs. 4 S. 1 GWB) bzw. das zukünftige Unionsrecht der Entscheidung Auswirkungen im Ausland zuschreiben. Nach ganz überwiegender Ansicht reicht die Bindungswirkung aus § 33 Abs. 4 GWB nur soweit wie die Entscheidungskompetenz der Behörde.<sup>257</sup> Sie bezieht sich danach in räumlicher Hinsicht nur auf Sachverhalte, die Auswirkungen auf den Markt des Mitgliedstaates haben, für das die NCA zuständig ist und nur soweit es um diese Auswirkungen geht.<sup>258</sup> Keine Bindungswirkung besteht dann für Auswirkungen derselben wettbewerbsbeschränkenden Handlung auf andere Mitgliedstaaten.<sup>259</sup> Diese Auffassung ist letztlich eine Konsequenz des unionsweit geltenden Auswirkungsprinzips.<sup>260</sup> Die Kommission teilt im Arbeitspapier zum Weißbuch dieses Verständnis, wenn sie davon ausgeht, dass es der Verfahrensvereinfachung dient, wenn ein Kläger vor einem Gericht sich auf die Entscheidungen mehrerer NCA berufen kann, um Ansprüche gegen die Beteiligten eines internationalen Kartells geltend zu machen.<sup>261</sup> Ich möchte gleichwohl dem Max-Planck-Institut folgen, das in seiner Stellungnahme anregt, die territoriale Beschränkung der Bindungswirkung im Wortlaut zu verankern.<sup>262</sup>

## 5. Zeitlicher Anwendungsbereich

Für eine zeitnahe praktische Bedeutung der neuen Regelung kommt es entscheidend auf ihren zeitlichen Anwendungsbereich an. Greift die Bindungswirkung nur bei Entscheidungen, die nach dem Inkrafttreten der Richtlinie bestandskräftig geworden sind oder erfasst sie auch Entscheidungen im Zeitraum davor? Eine dritte Möglichkeit wäre es, auf den Ablauf der Umsetzungsfrist abzustellen. Die Frage ist in Deutschland nach der Einführung von § 33 Abs. 4 GWB gestellt worden.<sup>263</sup> Man

255 Dazu oben C.II.2.a.

256 Dazu allgemein *Wagner-von Papp*, Internationales Wettbewerbsrecht, in *Tietje* (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, 2009, 455, Rn. 82 ff.

257 BT-Drs. 15/3640, 54.

258 *Roth*, FS U. Huber, 2006, 1134, 1153; *Bechtold*, GWB, 2008, § 33 Rn. 38; *Logemann*, *Schadensersatz*, 2009, 253.

259 Kritisch dazu *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker, GWB, 2007, § 33 Rn. 81.

260 Zum Auswirkungsprinzip zuletzt *Wagner-von Papp*, Internationales Wettbewerbsrecht, in *Tietje* (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, 2009, 455, Rn. 6 ff.; unter dem Blickwinkel des Kartelldeliktsrechts insbesondere *Roth*, FS Kropholler, 2008, 623, 625 ff.

261 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 161.

262 Stellungnahme MPI, IIC 2008, 799, 803 f.

263 Offengelassen von OLG Düsseldorf v. 3.5.2006 - VI-W (Kart) 6/06 - *Zementkartell*, WuW/E DE-R 1755, 1757; für eine Beschränkung auf nachfolgende Entscheidungen *Bechtold*, GWB, 2008, § 33 Rn. 35.

wird differenzieren müssen: Entscheidungen, die vor Inkrafttreten der Richtlinie bestandskräftig geworden sind und gegen die der Adressat keine Rechtsbehelfe eingelegt hat, entfalten keine Bindungswirkung. Insoweit steht einer tatbestandlichen Rückanknüpfung<sup>264</sup> das Vertrauen des Adressaten auf den Fortbestand der bisherigen Regelung entgegen.<sup>265</sup> Das folgte vor dem Inkrafttreten des Lissabon-Vertrags aus Art. 6 Abs. 1 EU aF, der den Vertrauensschutz als materielles Rechtsstaatsprinzip verankert.<sup>266</sup> Jetzt dürfte sich die Rechtsgrundlage dafür in Art. 6 Abs. 3, EUV finden. Hat der Adressat allerdings Rechtsbehelfe eingelegt oder ist es bereits zu einem rechtskräftigen Urteil gekommen, bestehen aus rechtsstaatlicher Sicht keine Bedenken gegen diese unechte Rückwirkung.<sup>267</sup> Für diese Fälle besteht daher kein Anlass, auf das Inkrafttreten der Richtlinie oder sogar auf den Ablauf der Umsetzungsfrist abzustellen. Zur Klarstellung dieser Rechtslage wäre es wünschenswert, wenn in der Richtlinie oder jedenfalls im nationalen Recht die zeitliche Anwendbarkeit der Bindungswirkung ausdrücklich geregelt wird.

### III. Rechtsfolgen

#### 1. Bindungswirkung: Tatbestands- oder Feststellungswirkung?

Rechtsfolge der im Weißbuch vorgeschlagenen Regelung soll es sein, dass die Gerichte "keine Entscheidungen erlassen [dürfen], die diesen Entscheidungen oder Urteilen zuwiderlaufen".<sup>268</sup> Die Parallele zum Wortlaut des Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 ist geradezu offensichtlich. Weil diese Norm im Weißbuch als der *acquis communautaire* einer Bindungswirkung für Zivilgerichte interpretiert wird,<sup>269</sup> liegt es nahe, dass sich die Rechtsfolgen von Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 und dem Vorschlag im Weißbuch decken. Ganz anders formuliert dagegen § 34 Abs. 4 S. 1 GWB. Danach "ist das Gericht insoweit *an die Feststellung des Verstoßes gebunden*, wie sie in einer bestandskräftigen Entscheidung ... getroffen wurde".<sup>270</sup> Trotz des deutlich abweichenden Wortlauts, strebe das Weißbuch gerade "such a binding effect for the decisions of all NCAs"<sup>271</sup> an. Ich werde daher zunächst auf den Umfang der Bindungswirkung im deutschen Recht eingehen, bevor ich mich der Bindungswirkung im Unionsrecht widme.

264 Zutreffend *Jüntgen*, Prozessuale Durchsetzung, 2007, 139 f; zu den Begriffen vgl. *Sachs* in *Sachs*, GG, 5. Aufl., 2009, Art. 20 Rn. 132 ff.

265 Anders *Jüntgen*, Prozessuale Durchsetzung, 2007, 140, der hier keinen Vertrauensschutz geben möchte.

266 *Stumpf* in *Schwarze*, EU, 2. Aufl., 2009, Art. 6 EUV Rn. 10 mwN.

267 Vgl. zum deutschen Verfassungsrecht *Sachs* in *Sachs*, GG, 2009, Art. 20 Rn. 136 f.

268 Weißbuch, S. 7.

269 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 139 ff.

270 Hervorhebung von mir.

271 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 143.



a) § 33 Abs. 4 GWB als Feststellungswirkung

Einigkeit herrscht darüber, dass aus § 33 Abs. 4 S. 1 GWB eine Bindungswirkung für das Gericht folgt. Damit ist aber noch wenig über die Reichweite der Bindungswirkung gesagt. Entscheidend ist, ob der Behördenentscheidung Tatbestandswirkung oder Feststellungswirkung zukommt. Hier herrscht großes terminologisches Durcheinander. In der Begründung zum RegE der 7. GWB-Novelle wird die Rechtsfolge des § 33 Abs. 4 S. 1 GWB ohne Problembewusstsein mit dem Begriff der "Tatbestandswirkung" umschrieben,<sup>272</sup> in der Literatur wird die Rechtsfolge dagegen überwiegend als "Feststellungswirkung" bezeichnet.<sup>273</sup> Manche benutzen gleich beide Begriffe synonym<sup>274</sup> und andere verwenden bewusst den Begriff der Tatbestandswirkung, um ihn von der Feststellungswirkung abzugrenzen.<sup>275</sup> Beide Begriffe stammen aus dem Verwaltungsrecht und werden auch dort nicht durchweg einheitlich verwendet.<sup>276</sup> Vereinfachend ausgedrückt, bezieht sich die Tatbestandswirkung nur auf die Existenz des Verwaltungsakts als solchen (Tatbestandswirkung ieS) sowie den Inhalt der Regelung (Tatbestandswirkung iwS),<sup>277</sup> die Feststellungswirkung erstreckt die Bindung zudem auf der Regelung zugrundeliegende tatsächliche bzw. rechtliche Feststellungen.<sup>278</sup> Man könnte auch formulieren, dass sich die Tatbestandswirkung iwS auf den verfügenden Teil (den Entscheidungstenor), die Feststellungswirkung auf die Entscheidungsgründe bezieht.<sup>279</sup> Die Tatbestandswirkung ieS ist völlig unproblematisch bei rechtsgestaltenden Verwaltungsakten.<sup>280</sup> Außerhalb der Fusionskontrolle hat die Rechtsfigur des gestaltenden Verwaltungsakts im Kartellrecht aber den Rückzug angetreten.<sup>281</sup> Nach modernem Verständnis kommt feststellenden Behördenentscheidungen jedenfalls Tatbestandswirkung iwS zu.<sup>282</sup> Das

272 BT-Drs. 16/3640, 54; dem folgend *Hempel*, WuW 2005, 137, 143; *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, 2006, § 33 Rn. 112; *Bechtold*, GWB, 2008, § 33 Rn. 35.

273 *Schütt*, WuW 2004, 1124, 1131; *Roth*, FS U. Huber, 2006, 1134, 1152 f; *Dreher*, ZWeR 2008, 325, 327 ff; *Logemann*, *Schadensersatz*, 2009, 255.

274 *Rehbinder* in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, 2009, § 33 Rn. 54.

275 *Meyer*, GRUR 2006, 27, 29 f.

276 Dazu vertiefend *Seibert*, *Die Bindungswirkung*, 1989, 69 ff, 127 ff.

277 Instruktiv *Schroeder*, *Bindungswirkung von Entscheidungen*, 2006, 281 mwN; in der Terminologie abweichend *Dreher*, ZWeR 2008, 325, 328 f, der die Tatbestandswirkung nur als Tatbestandswirkung ieS versteht.

278 *Seibert*, *Bindungswirkung*, 1989, 129; *Ruffert* in *Ehrichsen/Ehlers*, *Allg. VerwR*, 13. Aufl., 2006, § 21 Rn. 17 ff; *Ramsauer* in *Kopp/Ramsauer*, *VwVfG*, 10. Aufl., 2008, § 43 Rn. 16 ff; *Sachs* in *Stelkens/Bonk/Sachs*, *VwVfG*, 7. Aufl., 2008, § 43 Rn. 154 ff; terminologisch abweichend *Dreher*, ZWeR 2008, 325, 329, der die Feststellungswirkung mit der Tatbestandswirkung iwS verwechselt.

279 Vgl. GA Cosmas Schlussanträge v. 16.5.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd/HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-Rn. 16; *Dreher*, ZWeR 2008, 325, 328 f (der allerdings die Tatbestandswirkung enger versteht (siehe Fn. ).

280 *Schmidt*, ZWeR 2007, 394, 410 f.

281 Ebenda, 411 f.

282 *Bornkamm*, ZWeR 2003, 73, 72; *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 2007, § 33 Rn. 83; vertiefend *Seibert*, *Bindungswirkung*, 1989, 87 ff, 192 ff.

ist für Verwaltungsakte der Kartellbehörden besonders bedeutsam. Tatbestandswirkung bedeutet in diesem Zusammenhang, dass ein Gericht, ungeachtet seiner Unabhängigkeit, aufgrund von Art. 20 Abs. 3 GG und § 43 VwVfG an Akte der Exekutive gebunden ist, soweit diese eine rechtliche Regelung enthalten und nicht selbst Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung sind.<sup>283</sup> Damit ist die Tatbestandswirkung Ausfluss des Gewaltenteilungsgrundsatzes und des Rechtsstaatsprinzips, weil sie der Rechtssicherheit dient, indem sich widersprechende Entscheidungen von Verwaltungsbehörden und Gerichten verhindert werden. Davon ist selbstverständlich dann eine Ausnahme zu machen, wenn es um die Überprüfung des Verwaltungsakts als solchen geht. Dies trifft nach ständiger Rechtsprechung des BGH auch bei Amtshaftungsprozessen zu. Der BGH geht nämlich davon aus, dass die Zivilgerichte in Verfahren über Ansprüche aus Amtshaftung (§ 839 BGB iVm Art. 34 GG) die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts überprüfen müssen, selbst wenn er bestandskräftig geworden ist.<sup>284</sup> Die Bestandskraft des Verwaltungsakts und die aus ihm folgende Tatbestandswirkung wird von der in die Vorfragenkompetenz der Zivilgerichte fallende Beurteilung der Rechtswidrigkeit nicht berührt.<sup>285</sup> Eine auch die Zivilgerichte bindende Wirkung kommt- im Amtshaftungsprozess - nur dem rechtskräftig von einem Gericht überprüften Verwaltungsakt zu.<sup>286</sup>

Man muss sich aber immer den (beschränkten) Umfang der Tatbestandswirkung vor Augen halten: Die Tatbestandswirkung ist streng an die in der Entscheidung getroffene Regelung gekoppelt.<sup>287</sup> Die Tatbestandswirkung einer von der Kartellbehörde ausgesprochenen Untersagungsverfügung beschränkt sich darauf, dass das Gericht diese Anordnung akzeptieren muss und keine Maßnahme treffen darf, die dem Entscheidungstenor widerspricht.<sup>288</sup> Hat das BKartA einer Vertragspartei die Durchsetzung eines wettbewerbsbeschränkenden Vertrags bestandskräftig untersagt und klagt die Partei auf Erfüllung dieses Vertrages, folgt aus der Tatbestandswirkung der Abstellungsentscheidung (§ 32 GWB), dass das LG die Klage abweisen muss.<sup>289</sup> Der Erfüllungsanspruch ist bereits wegen der Tatbestandswirkung der bestandskräftigen Verfügung ausgeschlossen. Dagegen kommt der Verfügung keine verpflichtende rechtliche Bedeutung zu, wenn der Vertragspartner auf Schadensersatz klagt. Darüber trifft die Entscheidung keine Regelung, der Tatbestandswirkung zukommen könnte.<sup>290</sup> Das kann man nur erreichen, wenn dem Verwaltungsakt auch Feststellungswirkung zukommt, weil dann eine Bindung an die Entscheidungselemente sichergestellt ist.<sup>291</sup> Die Feststellungswirkung geht über die Bindungswirkung

283 *BVerwG*, NVwZ 2003, 742, 743.

284 BGH v. 15.11.1990 - III ZR 302/89, NJW 1991, 1168, 1169.

285 Ebenda.

286 Ebenda.

287 *BVerwG*, NJW 1995, 542, 547; *Schroeder*, Bindungswirkung, 2006, 299.

288 Vgl. *Bornkamm*, ZWeR 2003, 73, 80 ff; *Bornkamm/Becker*, ZWeR 2005, 213, 219 f.

289 *Bornkamm/Becker*, ZWeR 2005, 213, 419.

290 Vgl. *Bornkamm*, ZWeR 2003, 73, 83.

291 Vgl. *Seibert*, Bindungswirkung, 1989, 129.

hinaus und bedarf daher einer gesetzlichen Grundlage.<sup>292</sup> Sie darf nur bei eindeutigen Wortlaut der Vorschrift angenommen werden, da die Bindung an die nicht in Rechtskraft erwachsenden Feststellungen einer Entscheidung im deutschen Rechtssystem eine Ausnahme bildet.<sup>293</sup> Mir erscheint es notwendig, bezüglich der Feststellungswirkung genauer zwischen der Feststellungswirkung in rechtlicher und der Feststellungswirkung in tatsächlicher Hinsicht zu unterscheiden. Bei der Feststellungswirkung in rechtlicher Hinsicht sind die Gerichte verpflichtet, die Gründe und den verfügenden Teil der Behördenentscheidung als maßgeblichen Inhalt der Regelung bei ihrer *rechtlichen* Beurteilung eines identischen Sachverhaltes zu beachten. Bei der Feststellungswirkung in tatsächlicher Hinsicht erstreckt sich die Bindung auf die dem Verwaltungsakt zugrundeliegenden Tatsachen.

Legt man diese Begriffsdefinitionen zu Grunde, muss man die in § 33 Abs. 4 S. 1 GWB angeordnete Bindungswirkung als Feststellungswirkung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht interpretieren.<sup>294</sup> Die "Feststellung des Verstoßes ... in einer bestandskräftigen Entscheidung" (§ 33 Abs. 4 S. 1 GWB) "umfasst sachlich sowohl die Tatsachen als auch deren rechtliche Beurteilung als Verstoß gegen das deutsche oder EG-Kartellrecht."<sup>295</sup> Die in § 33 Abs. 4 GWB angeordnete Feststellungswirkung in tatsächlicher Hinsicht ist aus prozessualer Sicht eine Beweisregel iSv § 286 Abs. 2 ZPO.<sup>296</sup> Zwar bestimmt die Vorschrift, dass die Gerichte nur in den durch „dieses Gesetz“ - also die ZPO - bezeichneten Fällen an gesetzliche Beweisregeln gebunden sind. Damit sollten jedoch nur die in Landesgesetzen aufgestellten Beweisregeln aufgehoben werden, die in Reichs- oder Bundesgesetzen enthaltenen Beweisregeln sind davon nicht betroffen.<sup>297</sup> In einer Anschlussklage entscheidet das Gericht also nicht mehr nach freier Überzeugung (§ 286 Abs. 1 ZPO), ob die Tatsachen, die einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht begründen, vorliegen oder nicht. § 33 Abs. 4 GWB führt dazu, dass ihr Vorliegen als bewiesen gilt. Damit sind die in der Entscheidung festgestellten Tatsachen für den Zivilprozess nicht mehr beweisbedürftig. Die Feststellungswirkung in rechtlicher Hinsicht ist dagegen keine Beweiserleichterung.<sup>298</sup> Gegenstand des Beweises sind nämlich nur Tatsachen. Die Bindung des Gerichts an die von der Kartellbehörde vorgenommene rechtliche Würdigung beschränkt das Gericht in der rechtlichen Würdigung der nicht mehr beweisbedürftigen Tatsachen. Dem Gericht wird insoweit die Kompetenz entzogen, die Wettbewerbswidrigkeit des konkreten Verhaltens selbst zu beurteilen.<sup>299</sup>

292 Seibert, Bindungswirkung, 1989, 130 f; BVerwG, NJW 1995, 542.

293 BVerwG Urt. v. 27.6.1984 - 6 C 78/82, NVwZ 1985, 115, 116.

294 Vgl. Schütt, WuW 2004, 1124, 1131; Roth, FS U. Huber, 2006, 1134, 1154; Logemann, Schadenersatz, 2009, 255; vertiefend Jüntgen, Durchsetzung, 2007, 138 f; Dreher, ZWeR 2008, 325, 328 f; aA Meyer, GRUR 2006, 27, 30.

295 Bechtold, GWB, 2008, § 33 Rn. 36.

296 Näher Jüntgen, Durchsetzung, 2007, 138 f [allerdings ohne die hier vorgenommene Differenzierung].

297 BGH v. 9.7.1985 - VI ZR 214/83, NJW 1985, 2644, 2646.

298 Nicht gesehen von Dreher, ZWeR 2008, 325, 330.

299 Zur grundrechtlichen Beurteilung siehe unten D.II.1.

## b) Die Bindungswirkung im Unionsrecht

Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 verpflichtet die nationalen Gerichte dazu, keine Entscheidungen zu erlassen, die der bekanntgegebenen<sup>300</sup> Entscheidung der Kommission zuwiderlaufen. Zweck der Regelung ist es, im Interesse der Rechtssicherheit und einheitlichen Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts Entscheidungen nationaler Gerichte zu verhindern, die der getroffenen Entscheidung der Kommission widersprechen.<sup>301</sup> Den Entscheidungen der Kommission kommt also eine noch näher zu bestimmende Bindungswirkung zu. Diese Bindungswirkung ist zunächst als Abweichungsverbot zu verstehen.<sup>302</sup> Aus dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte der Vorschrift, insbesondere den beiden Entscheidungen des EuGH in den Rs. *Delimitis*<sup>303</sup> und *Masterfoods*<sup>304</sup> folgt, dass Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 den Gerichten grundsätzlich die Kompetenz belässt, zu prüfen, ob die Entscheidung der Kommission mit dem Unionsrecht übereinstimmt. Kommt das nationale Gericht dabei zu einer abweichenden Auffassung, verliert es die Entscheidungskompetenz, weil diese beim EuGH konzentriert ist (vgl. Art. 16 Abs. 1 S. 4 EuGH).<sup>305</sup> Es darf keine Entscheidung treffen, die der Entscheidung der Kommission widerspricht. Dieses Abweichverbot entspricht in der Sache einer Tatbestandswirkung.<sup>306</sup> Für die Auswirkung von Kommissionsentscheidungen auf Anschlussklagen kommt es aber ganz entscheidend darauf an, wie weit die Bindungswirkung reicht: Beschränkt sich Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 darauf, lediglich eine Tatbestandswirkung der Kommissionsentscheidung anzuordnen oder führt die Regelung dazu, dass die Gerichte auch an die tragenden Gründe der Entscheidung gebunden sind? Mit anderen Worten: Kommt den Entscheidungen auch Feststellungswirkung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu? Die von Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 ausgehende Bindungswirkung wird in der Literatur vielfach unspezifisch dahingehend beschrieben, dass das nationale Gericht an die materiell-rechtliche Beurteilung der im Einzelfall relevanten Vereinbarung oder Verhaltensweise durch die Kommission gebunden sei.<sup>307</sup> Das lässt unter Berücksichtigung von Tatbestandswirkung und Feststellungswirkung in rechtlicher und in tatsächlicher Hinsicht drei verschiedene Interpretationsmöglichkeiten zu: (1.) Die Gerichte sind nur an die in der Kommissionsentschei-

300 Siehe C.II.2.c.

301 Vgl. Erwägungsgrund (22) VO 1/2003.

302 Dazu *Komninos*, 44 CMLR 1387, 1392 ff (2007); *Ashton*, ZWeR 2008, 318, 321; *Komninos*, EC Private Antritrust Enforcement, 2008, 115 ff; zum Begriff vgl. auch *Schroeder*, Bindungswirkung, 2006, 164.

303 EuGH v. 28.2.1991, Rs. C-234/89 - *Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG*, Slg. 1991, I-935.

304 EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-11369.

305 EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-11369 Rn. 54, 57; *Bornkamm*, ZWeR 2003, 73, 276 f.

306 *Bornkamm*, ZWeR 2003, 73, 82 f; vertiefend dazu *Schroeder*, Bindungswirkung, 2006, 306 ff.

307 *Jaeger* in FK KartR, 2006, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 18; *Schneider* in MünchKomm KartellR, 2007, Art. 16 VO 1/2003, Rn. 1.

dung getroffene inhaltliche Regelung gebunden, die auf eine Abstellung oder sonstige Sanktionierung eines näher bestimmten Wettbewerbsverstoßes zielt. (2.) Die Bindung erstreckt sich auch auf die von der Kommission getroffenen Sachverhaltsfeststellungen. (3.) Die Gerichte sind auch an die dieser Regelung zugrundeliegende rechtliche Würdigung eines identischen Sachverhalts durch die Kommission gebunden.

Im Deutschland gibt es gewichtige Stimmen, die die Bindungswirkung lediglich als Tatbestandswirkung und gerade nicht als Feststellungswirkung interpretieren.<sup>308</sup> Danach verpflichte Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 das nationale Gericht dazu, bei der rechtlichen Würdigung der von ihm autonom festzustellenden Tatsachen, nicht von der Auffassung der Kommission abzuweichen.<sup>309</sup> Das Gericht dürfe nur im Ergebnis keine Entscheidung erlassen, die ein bestimmtes Verhalten abweichend von der Kommissionsentscheidung regelt.<sup>310</sup> Es bleibe ihm aber unbenommen, vom Kläger zu verlangen, die Tatsachen darzulegen und zu beweisen, aus denen der Wettbewerbsverstoß folgen soll.<sup>311</sup> Ganz anders die Auffassung der Kommission.<sup>312</sup> Sie vertritt im Weißbuch die Ansicht, dass ihre vorangegangene Entscheidung "irrebuttable proof" einer Rechtsverletzung des Beklagten ist.<sup>313</sup> Das nationale Gericht ist danach sowohl an die rechtliche Würdigung als auch an die Tatsachenfeststellung gebunden.<sup>314</sup> Dem Gericht sind Beweisaufnahme und Beweiswürdigung verwehrt.<sup>315</sup> Eine Ausnahme davon gilt, wenn der Beklagte bestreitet, dass es sich um einen identischen Sachverhalt handelt.<sup>316</sup> Die Kommission geht also von einer Tatbestands- und Feststellungswirkung ihrer Entscheidung sowohl in tatsächlicher wie in rechtlicher Hinsicht aus.

Der Wortlaut von Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 erlaubt die von der Kommission vorgenommene Interpretation. Es dient auch dem Interesse der Rechtssicherheit, wenn die bestandskräftig gewordenen tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen in Anschlussklagen einheitlich gewürdigt werden.<sup>317</sup> Aus den Entscheidungen *Delimitis*<sup>318</sup> und *Masterfoods*<sup>319</sup> kann man keine gegenteiligen Schlüsse ziehen, weil Anschlussklagen in beiden Verfahren nicht Gegenstand waren. Man muss dagegen

308 Zuber EG-Kommission, 2001, 71 f; *Bornkamm*, ZWeR 2003, 73, 79 ff; *Bornkamm/Becker*, ZWeR 2005, 213, 220; *Bornkamm* in Langen/Bunte, 2006, § 33 Rn. 117; *Roth*, FS U. Huber, 2006, 1134, 1153 Rn. 100; anders aber die Zuordnung dieser Stimmen aufgrund seines eigenen abweichenden Verständnisses bei *Dreher*, ZWeR 2008, 325, 328 f.

309 Vgl. *Bornkamm* in Langen/Bunte, 2006, § 33 Rn. 117.

310 *Bornkamm/Becker*, ZWeR 2005, 213, 220.

311 *Bornkamm* in Langen/Bunte, 2006, § 33 Rn. 117.

312 Vgl. näher Meinungsstand *Logemann*, *Schadensersatz*, 2009, 157 f.

313 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 140.

314 So auch *Durner*, EuR 2004, 547, 549.

315 So auch *Kjølbe*, 39 CMLR 175, 181 (2002).

316 Siehe oben C.II.3.

317 *Logemann*, *Schadensersatz*, 2009, 157 f.

318 EuGH v. 28.2.1991, Rs. C-234/89 - *Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG*, Slg. 1991, I-935.

319 EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd.*, Slg. 2000, I-11369.

berücksichtigen, dass die von der Kommission vertretene Auffassung die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen erleichtert und damit die praktische Wirksamkeit des unionsrechtlichen Wettbewerbsrechts stärkt.<sup>320</sup> Aufschlussreich ist schließlich die Gerichtspraxis. In seinen Schlussanträgen zu *Masterfoods* geht GA Cosmas davon aus, dass die Bindungswirkung einen identischen rechtlichen und tatsächlichen Rahmen der Streitigkeit betrifft und neben dem verfügenden Teil auch die Gründe der Kommissionsentscheidung betrifft.<sup>321</sup> Aufschlussreich ist auch das Verständnis von Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 in der bereits oben erwähnten Entscheidung des *House of Lords* in *Inntrepreneur Pub Company v. Crehan*.<sup>322</sup> Entscheidungserheblich war in den Worten von Lord Hoffmann folgende Frage: "If an action before a national court raises a question of fact which has already been decided by the Commission in proceedings relating to other participants in the same market, ought the national court to follow the Commission or is it free to reach a different conclusion?"<sup>323</sup> Die Argumentation, mit der *Lord Hoffmann* und *Lord Bingham of Cornhill* diese Frage verneinen, zeigt in aller Deutlichkeit, dass sie die Bindung des Gerichts bejahen würden, wenn es sich um eine an den Beklagten gerichtete Entscheidung der Kommission gehandelt hätte. Den Entscheidungen der Kommission kommt - in Übereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts<sup>324</sup> - nach Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 sowohl Tatbestands- als auch umfassende Feststellungswirkung zu.

Dasselbe gilt dann für die im Regelungsvorschlag angestrebte Bindungswirkung der Entscheidungen von NCA. Dafür spricht, dass insoweit derselbe Wortlaut wie in Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 verwendet werden soll und der Verweis auf das deutsche Vorbild. Schließlich können die vom Weißbuch angestrebten Ziele der einheitlichen Anwendung und Rechtssicherheit einerseits und der verfahrensrechtlichen Effizienz andererseits nur mit einer Feststellungswirkung in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht erreicht werden. Mit einer Tatbestandswirkung ist das - wie oben festgestellt - nicht möglich. Man muss sich aber zugleich darüber klar sein, dass diese umfassende Feststellungswirkung behördlicher Entscheidungen einen hohen Preis fordert: die richterliche Entscheidungskompetenz wird in rechtlicher Hinsicht erheblich beschränkt und in tatsächlicher Hinsicht völlig ausgeschlossen. Teilt das nationale Gericht die rechtliche Einschätzung der NCA nicht, wird ihm nach dem Regelungsvorschlag die Möglichkeit genommen, abweichend zu entscheiden und ihm bleibt nur die Vorlage nach Art. 267 AEUV zum EuGH. Damit reduziert sich die Entscheidungskompetenz auf eine Prüfungskompetenz. Noch gravierender ist die Beschränkung in tatsächlicher Hinsicht. Bestandskräftig festgestellte Tatsachen in Entscheidungen von Kommission und NCA sind - nach deutscher prozessrechtli-

320 Vgl. EuGH v. 20.9.2001, Rs. C-453/99 - *Courage/Crehan*, Slg. 2001, I-6297 Rn. 26 f.

321 GA Cosmas Schlussanträge v. 16.5.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd/HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-Rn. 16.

322 [2006] UKHL 38.

323 *Inntrepreneur Pub Company v. Crehan*, Opinion of Lord Hoffmann, para 14, [2006] UKHL 38.

324 Dazu *Schroeder*, Bindungswirkung, 2006, 208 f, 265 f, 312.



cher Terminologie - keine beweisbedürftigen Tatsachen mehr.<sup>325</sup> Selbst wenn das Gericht aufgrund des Beklagtenvortrags erhebliche Zweifel an den festgestellten Tatsachen haben sollte,<sup>326</sup> bleibt es an diese gebunden. Ein Vorlageverfahren scheidet aus, weil die Feststellung und tatsächliche Bewertung der dem Ausgangsrechtsstreit zugrundeliegenden Tatsachen vom EuGH nicht im Rahmen eines Vorlageverfahrens überprüft wird. Eine volle Überprüfung der Tatsachen, die der fraglichen Entscheidung zugrunde liegen, erlaubt nur die Nichtigkeitsklage nach Art. 263 Abs. 4 AEUV<sup>327</sup> oder deren Äquivalent im nationalen Recht. Damit fällt bei Anschlussklagen der gesamte Komplex von Tatsachenfeststellung und Beweismwürdigung nicht nur aus der richterlichen Verwerfungskompetenz, sondern bereits aus seiner Prüfungskompetenz.

### c) Die Bindungswirkung gerichtlicher Entscheidungen

Abschließend ist noch kurz auf die Begründung der Bindungswirkung in den Fällen einzugehen, in denen die Entscheidung der NCA in einem gerichtlichen Verfahren rechtskräftig bestätigt wurde. Man könnte daran denken, sie auf die materielle Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen zu stützen. Danach handelte es sich bei der Frage, ob ein Wettbewerbsverstoß vorliegt, um eine Vorfrage, die bereits im Kartellverfahrensprozess mit Bindung für die nachfolgenden Verfahren verbindlich entschieden wurde. Mit diesem Ansatz kann man die in Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003, § 33 Abs. 4 S. 2 GWB und im Weißbuch vorgesehenen Bindungswirkungen aber nicht erklären. Die Bindungswirkung rechtskräftiger Entscheidungen wirkt im Unionsrecht<sup>328</sup> wie in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen (*autorité relative de la chose jugée* im französischen Recht<sup>329</sup> bzw. der *res judicata* im englischen Recht<sup>330</sup>) grundsätzlich nur relativ.<sup>331</sup> Die förmliche Beteiligung des Klägers des Kartellschadensersatzverfahrens im vorangegangenen Kartellverwaltungsverfahren ist daher tatbestandliche Voraussetzung<sup>332</sup> oder subjektive Grenze<sup>333</sup> der materiellen Rechtskraft. Es kann durchaus vorkommen, dass der Geschädigte bereits Beteiligter am Wettbewerbsverwaltungsverfahren war. Diese Beteiligung ist in den genannten

325 Dazu oben B.II.

326 Das dies durchaus der Fall ist, zeigt die Prozessgeschichte in *Inntrepreneur Pub Company v. Crehan*, [2006] UKHL 38; dazu auch *Komninos*, 44 CMLR 1387, 1401 ff (2007) und *Hanley*, 44 CMLR 817, (2007).

327 GA Cosmas Schlussanträge v. 16.5.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd/HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-Rn. 52; *Malferrari*, EuR 2001, 605, 614.

328 Dazu vertieft *Germelmann*, Rechtskraft, 2009, 366 f.

329 Dazu näher *Germelmann*, Rechtskraft, 2009, 142 ff.

330 Dazu *Germelmann*, Rechtskraft, 2009, 233 ff.

331 Zum deutschen Recht vgl. *Germelmann*, Rechtskraft, 2009, 41 ff mwN.

332 So im französischen Recht, vgl. *Germelmann*, Rechtskraft, 2009, 125, 142 f.

333 So im deutschen Recht, vgl. *Clausig* in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 17. Erg.-Lief., Bd. II, 2008, § 121 Rn. 93 ff; *Vollkommer* in Zöller, ZPO, 27. Aufl., 2009, § 325 Rn. 3.



Regelungen aber gerade nicht zwingend vorausgesetzt.<sup>334</sup> Daraus folgt, dass mit dem Institut der - je nach Ausgestaltung im nationalen Verfahrensrecht auch gerichtszweigübergreifenden<sup>335</sup> - materiellen Rechtskraft die Bindungswirkung aller rechtskräftigen kartellverfahrensrechtlichen Urteile nicht begründet werden kann. Selbst in den Fällen, in denen Parteiidentität besteht, stellt sich die Frage, ob man die angeordnete Bindungswirkung dieser Entscheidungen mit der materiellen Rechtskraft erklären kann. Jedenfalls im deutschen Prozessrecht herrscht ein enges Verständnis der Reichweite der materiellen Rechtskraft. Grundsätzlich nimmt weder die Tatsachenfeststellung noch die rechtliche Würdigung an der materiellen Rechtskraft teil, es sei denn, die Feststellungen in den Entscheidungsgründen werden zur Interpretation des Entscheidungstenors herangezogen.<sup>336</sup> Wie oben herausgearbeitet, liegt die Wirkung der genannten Regelungen gerade darin, dass die Tatsachenfeststellungen und die rechtliche Würdigung des Gerichts für nachfolgende Zivilprozesse bindend sein sollen. Diese Bindung lässt sich am besten mit dem prozessualen Institut der Feststellungswirkung erklären.<sup>337</sup> Weil eine Rechtsvorschrift dies anordnet, wird das Zivilgericht an die tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen des Kartellverwaltungsverfahrensgesetzes gebunden. Damit kommt es zu einem Erklärungsgleichklang zwischen der Bindungswirkung bestandskräftiger Entscheidungen von Kartellbehörden und rechtskräftigen Gerichtsentscheidungen.

#### d) Reichweite der Bindungswirkung

Der sachliche Umfang der Bindungswirkung ist auf die Feststellung des Wettbewerbsverstoßes beschränkt. Handelt es sich um eine Bußgeldentscheidung, nimmt auch die Feststellung der subjektiven Voraussetzungen an der Bindungswirkung teil.<sup>338</sup> Die Bindungswirkung erstreckt sich - wie bei § 33 Abs. 4 GWB - nicht auf die übrigen Voraussetzungen des Kartellschadensersatzanspruchs.<sup>339</sup> Dazu zählen insbesondere Schadensermittlung und Schadensumfang, haftungsbegründende und haftungsausfüllende Kausalität und - soweit es sich nicht um einen Bußgeldbescheid handelt - auch das Verschulden des Beklagten.

334 Dazu oben C.II.3.

335 Vgl. art. 32 legge 10 ottobre 1990, n. 287, wonach zur Überprüfung der Entscheidungen der italienischen Wettbewerbsbehörde ausschließlich die Verwaltungsgerichte zuständig sind, während die Schadensersatzansprüche vor den Zivilgerichten geltend zu machen sind.

336 *Gottwald*, *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, 2004, § 152 Rn. 8 ff; *Clausig* in *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner*, *VwGO*, 2008, § 121 Rn. 45 ff; *Vollkommer* in *Zöller*, *ZPO*, 2009, Vor 322 Rn. 31; aus rechtsvergleichender Perspektive *Germelmann*, *Rechtskraft*, 2009, 51 ff.

337 Vgl. *Schenke*, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 15. Aufl., 2007, § 121 Rn. 6; *Clausig* in *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner*, *VwGO*, 2008, § 121 Rn. 39.

338 Siehe oben C.II.2.b.

339 Vgl. *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, 2006, § 33 Rn. 120; *Roth*, *FS U. Huber*, 2006, 1134, 1154; *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, *GWB*, 2007, § 33 Rn. 78; *Bechtold*, *GWB*, 2008, § 33 Rn. 36; *Logemann*, *Schadensersatz*, 2009, 255 f [jeweils zu § 33 Abs. 4 GWB].

## 2. Aussetzung bei Anfechtung der Entscheidung

Aufgrund der Feststellungswirkung bestandskräftiger Entscheidungen der NCA stellt sich für das Zivilgericht die Frage, wie es zu verfahren hat, wenn die Rechtsbehelfsfrist noch nicht verstrichen ist oder über den eingelegten Rechtsbehelf noch nicht rechtskräftig entschieden ist. Praktische Bedeutung wird dabei nur der zweiten Fallgruppe zukommen. Die Fragen sind für Entscheidungen der Kommission im Wesentlichen geklärt. Hat der von der Entscheidung Betroffene Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 Abs. 4 und 6 AEUV eingelegt oder ist die Klagefrist dazu noch nicht abgelaufen soll das nationale Gericht im Regelfall<sup>340</sup> das Verfahren bis zur endgültigen Entscheidung der Unionsgerichte aussetzen.<sup>341</sup> Diese Verhaltenspflicht stammt aus dem Unionsrecht. Unklar ist, ob die Aussetzungsgrundlage im nationalen Recht liegt (in Deutschland in § 148 ZPO)<sup>342</sup> oder ob Art. 16 Abs. 1 S. 3 VO 1/2003 die Ermächtigungsgrundlage dafür ist. Wortlaut und systematische Stellung legen es zwar nahe, dass sich die Aussetzungsmöglichkeit auf den in Art. 16 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003 geregelten Fall einer erst beabsichtigten Kommissionsentscheidung bezieht. Beide ermöglichen es jedoch, diese Wirkung auch auf die abgeschlossene, aber noch nicht formell bestandskräftig gewordene Entscheidung zu beziehen, solange der Schwebezustand andauert. Im Ergebnis bestehen keine Unterschiede, weil auch bei nationaler Rechtsgrundlage die Ermessensentscheidung des Gerichts unionsrechtlich begrenzt ist.<sup>343</sup> Setzt das Gericht sein Verfahren aus, folgt aus dem Unionsrecht die Pflicht, zu prüfen, ob vorläufige Maßnahmen zu erlassen sind, um die Interessen der Beteiligten bis zu seiner abschließenden Entscheidung zu schützen.<sup>344</sup> Diese können auch der bekanntgegebenen Kommissionsentscheidung zuwiderlaufen.<sup>345</sup>

Die Rechtslage ist hinsichtlich der Entscheidungen der NCA schwieriger. Die Kommission möchte die nationalen Gerichte "ermuntern", eine Aussetzung des Schadensersatzprozesses zu bedenken, bis die Entscheidung der NCA formell bestandskräftig wurde oder rechtskräftig bestätigt wurde. Fest steht, dass eine Pflicht zur Aussetzung jedenfalls nicht aus dem primären Unionsrecht abgeleitet werden kann. Der EuGH hat die Aussetzungsverpflichtung bei Kommissionsentscheidungen aus dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (jetzt Art. 4 Abs. 3 EUV) abgelei-

340 Zur gleichzeitig zulässigen Vorlage an den EuGH siehe EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-11369 Rn. 57; kritisch dazu *Bornkamm*, ZWeR 2003, 73, 78 f; vertiefend zum Vorgehen des nationalen Gerichts *Malferrari*, EuR 2001, 605, 610 ff; *Hirsch*, ZWeR 2003, 233, 249 f; *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, 2005, § 8 Rn. 114 ff; *Jaeger* in FK KartR, 2006, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 19.

341 EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-11369 Rn. 57.

342 So *Bornkamm*, ZWeR 2003, 73, 83; *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, 2005, § 8 Rn. 117 f.

343 *Kjølbe*, 39 CMLR 175, 183 (2002); *Schmidt*, ZWeR 2007, 394, 413 f.

344 Vgl. EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-11369 Rn. 58.

345 *Jaeger* in FK KartR, 2006, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 20.

tet.<sup>346</sup> Dieser Begründungsansatz kann ein Gericht im Verhältnis zur eigenen Kartellbehörde oder zu NCA anderer Mitgliedstaaten nicht binden.<sup>347</sup> Die Aussetzung eines Schadensersatzprozesses, um die rechtskräftige Entscheidung abzuwarten, kann daher nur nach nationalem Recht erfolgen. In Deutschland ermöglicht § 148 ZPO im Ergebnis eine Aussetzung.<sup>348</sup> Danach steht die Aussetzung im Ermessen des Gerichts. Eine Pflicht zur Aussetzung besteht nicht.<sup>349</sup> Das Gericht kann daher unter Beachtung des unionsrechtlich verankerten Grundsatzes des effektiven Rechtsschutzes<sup>350</sup> auch in der Sache selbst entscheiden, ohne die Entscheidung der NCA abzuwarten.<sup>351</sup> Damit besteht zwar die Gefahr widersprechender Entscheidungen, wenn die NCA zu einem anderen Ergebnis kommt. Diese wird aber vom Weißbuch bewusst hingenommen, weil nur formell bestandskräftige Entscheidungen Bindungswirkung erzeugen sollen. Inwieweit das Problem in Anschlussklagen überhaupt praxisrelevant wird, hängt maßgeblich von der Ausgestaltung der Verjährung von Schadensersatzansprüchen ab. Setzt sich die Kommission mit ihrem Vorschlag durch, mit bestandskräftiger Entscheidung der NCA oder Rechtskraft der bestätigenden Gerichtsentscheidung eine neue Verjährungsfrist beginnen zu lassen,<sup>352</sup> wird es sich in der Praxis nicht stellen.

### 3. Vorlage an den EuGH

Alle drei hier untersuchten Regelungsinstrumente stellen ausdrücklich klar, dass die Bindungswirkung unbeschadet der Vorlagemöglichkeit und -pflicht aus Art. 267 AEUV gilt (Art. 16 Abs. 1 S. 4 VO 1/2003, § 33 Abs. 4 S. 3 GWB und das Weißbuch<sup>353</sup>). Das geht zurück auf die *Masterfoods*-Entscheidung.<sup>354</sup> Ob das Vorabentscheidungsersuchen zulässig ist, bestimmt sich ausschließlich nach Art. 267 AEUV. Das wirft im Zusammenhang mit Art. 16 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 die praktisch wichtige Frage auf, ob ein Vorabentscheidungsersuchen unzulässig ist, wenn das betroffene Unternehmen keine Nichtigkeitsklage erhoben hat obwohl diese offensichtlich zulässig und zumutbar gewesen wäre.<sup>355</sup> Der EuGH geht seit der *TWD*-Entscheidung grundsätzlich davon aus, dass die in Art. 263 Abs. 6 AEUV (ex Art. 230 Abs. 5 EG)

346 EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd.*, Slg. 2000, I-11369 Rn. 57.

347 Dazu näher unten D.II.1.

348 Zu den Voraussetzungen allgemein *Stadler* in Musielak, ZPO, 6. Aufl., 2008, § 148 Rn. 6 f; speziell zur Aussetzung wegen der Vorgeflichkeit einer Behördenentscheidung *Roth* in Stein/Jonas, ZPO, 21. Aufl, 1994, § 148 Rn. 119 ff.

349 OLG Düsseldorf v. 3.5.2006 - VI-W (Kart) 6/06 - *Zementkartell*, WuW/E DE-R 1755, 1757.

350 EuGH v. 19.1.1991, Rs. C-249/88 - *Kommission/Belgien*, Slg. 1991, I-1275 Rn. 23.

351 Vgl. zu den dafür sprechenden Gründen *Zuber*, EG-Kommission, 2001, 36 ff.

352 Weißbuch, S. 10; Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 237 ff.

353 Weißbuch, S. 7.

354 EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd.*, Slg. 2000, I-11369 Rn. 57.

355 Vertiefend zum Problem *Schwarze* in *Schwarze*, EU, 2009, Art. 234 EG Rn. 24.

enthaltenen Klagefristen der Wahrung der Rechtssicherheit dienen sollen: Sie verhindern, dass das Rechtswirkungen entfaltende Unionshandeln wieder und wieder in Frage gestellt wird.<sup>356</sup> Auch die Person, die die Entscheidung offensichtlich hätte anfechten können und die vorgesehene Klagefrist hat verstreichen lassen, soll nicht die Möglichkeit haben, vor den nationalen Gerichten ihre Rechtmäßigkeit erneut in Frage zu stellen, um ihr nicht die Möglichkeit zu bieten, die Bestandskraft, die die Entscheidung ihr gegenüber nach Ablauf der Klagefrist besitzt, zu umgehen.<sup>357</sup> Die (formelle) Bestandskraft einer Entscheidung trägt daher zur Rechtssicherheit bei.<sup>358</sup> Diese Rechtsprechung wird regelmäßig auf die Bindung an kartellrechtliche Entscheidungen übertragen.<sup>359</sup> Das verschärft im Ergebnis die Ohnmacht des nationalen Richters: Ihm bleibt nur mehr die Möglichkeit, sich der Beurteilung der Kommission anzuschließen, auch wenn er sie nicht mit Art. 101 oder 102 AEUV für vereinbar hält. Ihm wird damit auch die Prüfungskompetenz entzogen. Das wirft gravierende Probleme auf.<sup>360</sup> Man könnte versuchen, die Unzulässigkeit auf die Fälle zu beschränken, in denen die Anregung zur Vorlage von der Partei des Ausgangsrechtsstreits ausgeht, die die Entscheidung anfechten hätte können, während Vorlagen, die das nationale Gericht anstrengt, weil es die Kommissionsentscheidung als unvereinbar mit Art. 101 und 102 AEUV ansieht, dagegen zulässig bleiben.<sup>361</sup> Das kann nicht überzeugen, weil es in der Praxis zu unüberwindlichen Abgrenzungsschwierigkeiten führt. Dennoch ist bei der Übertragung der *TWD*-Grundsätze auf Folgeklagen Zurückhaltung geboten. Dafür sprechen drei Erwägungen: (1.) In Folgeverfahren stellt sich die Frage nach der Feststellungswirkung der Kommissionsentscheidung. Die *TWD*-Entscheidung behandelte dagegen ein Problem der Tatbestandswirkung einer bestandskräftigen Kommissionsentscheidung. Aus der Vorlagefrage ergibt sich deutlich, dass das Verwaltungsgericht die Klage als unbegründet abweisen müsste, wenn die Entscheidung nicht überprüft werden darf, weil ihr insoweit Tatbestandswirkung zukommt.<sup>362</sup> Der EuGH betont die Funktion der formellen Bestandskraft, "das Rechtswirkungen entfaltende Gemeinschaftshandeln"

356 EuGH v. 9.3.1994, Rs. 188/92 - *TWD Textilwerke Deggendorf/Deutschland*, Slg. 1994, I-833 Rn. 16.

357 EuGH v. 9.3.1994, Rs. 188/92 - *TWD Textilwerke Deggendorf/Deutschland*, Slg. 1994, I-833 Rn. 17 f. Siehe dazu näher *Kamann/Selmayr*, NVwZ 1999, 1041, 1042 f.

358 Vgl. EuGH v. 13.1.2004, Rs. C-453/00 - *Kühne & Heitz NV/Produktschap voor Pluimvee en Eieren*, Slg. 2004, I-837 Rn. 24.

359 So GA Cosmas Schlussanträge v. 16.5.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd/HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-Rn. 41 f; *Kjølbe*, 39 CMLR 175, 183 (2002); *Berrisch/Burianski*, WuW 2005, 878, 882; *Jaeger* in FK KartR, 2006, Art. 16 Vo 1/2003; *Meyer*, GRUR 2006, 27, 33; *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker, GWB, 2007, § 33 Rn. 89; *Rehbinder* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, 2009, § 33 Rn. 55.

360 Dazu unten D.III.

361 *Schroeder*, Bindungswirkung von Entscheidungen, 2006, 270 f (im Ergebnis aber verneinend).

362 Vgl. EuGH v. 9.3.1994, Rs. 188/92 - *TWD Textilwerke Deggendorf/Deutschland*, Slg. 1994, I-833 Rn. 8 f.

im Interesse der Rechtssicherheit nicht wiederholt in Frage zu stellen.<sup>363</sup> Die Rechtswirkung der Kommissionsentscheidung ergibt sich aus ihrem Entscheidungstenor. Daher ist es folgerichtig, wenn der EuGH in der Rs. *Masterfoods* die Vorlage nach Art. 267 AEUV an die Voraussetzung knüpft, dass der Adressat der Entscheidung der Kommission innerhalb der vorgesehenen Frist eine Nichtigkeitsklage erhoben hat.<sup>364</sup> In *Masterfoods* ging es um eine Konstellation, in der die Tatbestandswirkung der Kommissionsentscheidung fraglich war. Die Tatbestandswirkung wird bei einer anderen Beurteilung desselben Sachverhalts im folgenden Schadensersatzprozeß gerade nicht tangiert. Folgt der EuGH der Rechtsauffassung des nationalen Gerichts im Folgeverfahren, ändert dies nichts an der Bestandskraft der Kommissionsentscheidung und deren Tatbestandswirkung. Daher können die Grundsätze der *TWD*-Entscheidung nicht ohne weiteres auf die von der Tatbestandswirkung streng zu unterscheidende Feststellungswirkung übertragen werden. (2.) Die Vorlagemöglichkeit nationaler Gerichte ist ein wesentliches Argument dafür, die Einschränkung ihrer Entscheidungskompetenzen zu rechtfertigen.<sup>365</sup> (3.) Art. 267 AEUV ist ein Instrument der Zusammenarbeit von nationalen Gerichten und EuGH.<sup>366</sup> Im Rahmen dieser Zusammenarbeit kann das mit dem Rechtsstreit befasste nationale Gericht, in dessen Verantwortungsbereich die zu erlassende Entscheidung fällt, im Hinblick auf den Einzelfall sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung für den Erlass seines Urteils als auch die Erheblichkeit der Fragen, die es dem Gerichtshof vorlegt, am besten beurteilen.<sup>367</sup> Hält das Gericht die Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV auf den Sachverhalt für unvereinbar mit dem Unionsrecht, verlangt die objektive Funktion des Art. 267 AEUV, dass es seine Bedenken dem EuGH vorlegen kann. Betreffen diese Fragen die Auslegung des Unionsrechts, so ist der Gerichtshof daher grundsätzlich gehalten, darüber zu befinden.<sup>368</sup> Andernfalls wäre die behauptete Zusammenarbeit zu einer leeren Hülse reduziert.<sup>369</sup>

Das Problem wird sich bei der im Weißbuch vorgeschlagenen Regelung verschärfen, wenn auch in anderer Form, stellen. Die Zulässigkeit einer Vorlage des nationalen Gerichts im Folgeverfahren wird mit Blick auf die *TWD*-Entscheidung von manchen bezweifelt werden. Eine Nichtigkeitsklage vor Unionsgerichten ist für den Betroffenen einer Entscheidung der NCA zwar offensichtlich unzulässig. Damit stellt sich das Konkurrenzproblem zwischen Art. 263 Abs. 4 und Art. 267 AEUV schon im Ausgangspunkt nicht. Allerdings könnte man sich auf den Standpunkt stellen, dass der Betroffene Rechtsschutz vor nationalen Gerichten hätte erlangen können und mit der Vorlagefrage eines Gerichts die Möglichkeit habe, die im nationalen Recht ihm gegenüber erwachsene Bestandskraft der Entscheidung zu umge-

363 Ebenda, Rn. 16.

364 EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-11369 Rn. 55.

365 Dazu unten D.III.3.

366 EuGH v. 4.7.2006, Rs. C-212/04 - *Adeneler/ELOG*, Slg. 2006, I-6057 Rn. 40.

367 Ebenda, Rn. 41.

368 Ebenda.

369 Vgl. *Bartels*, ZfRV 2002, 83, 92.

hen. Danach wäre ein Verfahren nach Art. 267 AEUV unter Verweis auf den Grundsatz der Rechtssicherheit wegen der (formellen) Bestandskraft der kartellbehördlichen Entscheidung unzulässig. Das wirft erhebliche Probleme auf, weil damit im Ergebnis die selbstständige Entscheidungskompetenz der nationalen Gerichte - vor allem in der Konstellation einer unanfechtbaren Entscheidung der NCA eines anderen Mitgliedstaates - ausgeschlossen wäre. Aus meiner Sicht greifen in dieser Konstellation die Grundsätze der *TWD*-Entscheidung nicht. Sie sind nach hier vertretener Auffassung für Folgeklagen ohnehin nicht einschlägig. Zum anderen war dem Gerichtshof daran gelegen, zu verhindern, dass "das Rechtswirkungen entfaltende *Gemeinschaftshandeln* wieder und wieder in Frage gestellt wird".<sup>370</sup> Darum geht es bei der Bindungswirkung unanfechtbarer Entscheidungen von NCA gerade nicht. Die Unanfechtbarkeit der Entscheidung folgt aus dem nationalen Verfahrensrecht, auch wenn Art. 101 oder 102 AEUV angewendet wird.<sup>371</sup> Der Umgehungsge-  
danke kann hier nicht dazu führen, dass es einem nationalen Gericht verwehrt wird, die Unionsgerichte das erste Mal mit dieser Frage zu beschäftigen. Im Ergebnis ist daher eine Vorlage des nationalen Gerichts im Folgeverfahren nach Art. 267 AEUV auch dann zulässig, wenn der Adressat der Entscheidung der NCA dagegen keinen Rechtsbehelf nach nationalem Recht eingelegt hat.

#### IV. Zwischenergebnis

Bei der Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen muss man drei Fälle unterscheiden: (1.) Die Bindung an Entscheidungen der Kommission wird von Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 geregelt. (2.) Die Bindung an Entscheidungen der eigenen Kartellbehörde wird in manchen Mitgliedstaaten – darunter Deutschland, § 33 Abs. 4 GWB – vorgesehen, während in anderen Mitgliedstaaten – darunter Italien – eine rechtliche Bindung des Zivilgerichts abgelehnt wird. (3.) In Deutschland ordnet § 33 Abs. 4 GWB auch eine Bindung an kartellbehördliche Entscheidungen anderer Mitgliedstaaten an. Die Analyse von Tatbestand und Rechtsfolgen der im Weißbuch vorgeschlagenen Bindungswirkung muss von Art 16 Abs. 1 VO 1/2003 und § 33 Abs. 4 GWB ausgehen, weil es sich dabei um die Vorbilder des Regelungsvorschlags handelt.

Adressaten der Bindungswirkung sind Gerichte der Mitgliedstaaten, die nach Art. 267 AEUV vorlageberechtigt sind. Das Weißbuch beschränkt die Bindungswirkung auf Schadensersatzklagen. Das ist politischer Zweckmäßigkeit geschuldet. Sinnvoller wäre es, die Bindungswirkung auf alle Verfahren in Zivil- und Handelssachen zu erstrecken. Die Bindungswirkung erstreckt sich auf Entscheidungen nationaler Wettbewerbsbehörden, unabhängig davon, ob es sich um die Kartellbehörde im eigenen oder in einem anderen Mitgliedsstaat handelt. In den sachlichen Anwen-

370 EuGH v. 9.3.1994, Rs. 188/92 - *TWD Textilwerke Deggendorf/Deutschland*, Slg. 1994, I-833 Rn. 16 [Hervorhebung von mir.].

371 Vgl. *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, 2005, §7 Rn. 55.

dungsbereich der Bindungswirkung fallen nur Entscheidungen, in denen ein Verstoß gegen das europäische Wettbewerbsrecht positiv festgestellt wurde. Dazu zählen auch einstweilige Anordnungen. Verpflichtungszusagen nationaler Wettbewerbsbehörden fallen nicht darunter. Voraussetzung ist, dass die Entscheidung bestandskräftig geworden ist. Wird die Entscheidung angefochten, sollte maßgeblich auf die Gerichtsentscheidung abgestellt werden, mit der die Anfechtung rechtskräftig zurückgewiesen wird. Der Begriff der Bestandskraft ist autonom unionsrechtlich auszulegen und erfasst in der Sache unanfechtbare Entscheidungen. Ob die Entscheidung unanfechtbar ist, hängt dann von den jeweiligen nationalen Rechtsbehelfen und Klagefristen ab. Problematisch sind in diesem Zusammenhang außerordentliche Rechtsbehelfe wie die Verfassungsbeschwerde im deutschen Recht. Der persönliche Anwendungsbereich wird maßgeblich vom Grundsatz zweifacher Identität bestimmt. Die Entscheidung bindet das Zivilgericht nur, wenn (1.) Identität des Lebenssachverhalts besteht und (2.) der Adressat der Entscheidung mit einer Partei im Zivilprozess identisch ist. Keine Bindungswirkung besteht, sobald und soweit der entscheidungserhebliche Sachverhalt im Zivilverfahren vom Verwaltungsverfahren abweicht oder die Entscheidung nicht an eine der Parteien im Folgeprozess adressiert ist. Die Mitwirkung der anderen Partei des Zivilverfahrens als Beteiligte am Kartellverfahren ist dagegen nicht notwendig. Der räumliche Anwendungsbereich beschränkt die Bindungswirkung auf die Auswirkungen auf den Markt des Mitgliedstaates, für den die erlassende Kartellbehörde – auch innerhalb des Europäischen Wettbewerbsnetzes – zuständig ist. Vom zeitlichen Anwendungsbereich sind nur die Fälle zwingend auszuschließen, in denen die Entscheidung vor Inkrafttreten der Richtlinie bestandskräftig geworden ist, weil der Adressat keine Rechtsbehelfe eingelegt hat.

Erhebliche Schwierigkeiten wirft die dogmatische Einordnung der Rechtsfolgen der angestrebten Bindungswirkung auf. Man muss zwischen der Tatbestandswirkung und der Feststellungswirkung unterscheiden. Bei letzterer kann man weiter zwischen der Feststellungswirkung in tatsächlicher und in rechtlicher Hinsicht differenzieren. Eine Tatbestandswirkung ist streng an die in der Entscheidung getroffene Regelung gekoppelt. Bei einer Feststellungswirkung in rechtlicher Hinsicht ist das Gericht verpflichtet, den verfügenden Teil und die Gründe der Entscheidung seiner eigenen rechtlichen Beurteilung zugrunde zu legen. Bei einer Feststellungswirkung in tatsächlicher Hinsicht erstreckt sich diese Bindung auch auf die der Entscheidung zugrunde liegenden Tatsachen. Diese sind im Folgeverfahren nicht mehr beweispflichtig. § 33 Abs. 4 GWB ordnet eine Feststellungswirkung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht an. Dasselbe gilt – entgegen gewichtiger Stimmen – auch für die Bindung an Kommissionsentscheidungen nach Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003. Der Regelungsvorschlag im Weißbuch kann die mit ihm verfolgten Ziele nur erreichen, wenn man ihn ebenfalls als Anordnung einer Feststellungswirkung in tatsächlicher und in rechtlicher Hinsicht interpretiert. Ist nicht die Entscheidung selbst, sondern ein sie bestätigendes, rechtskräftiges Gerichtsurteil Grundlage der Bindungswirkung, handelt es sich nicht um einen Anwendungsfall materieller Rechtskraft sondern um eine prozessuale Feststellungswirkung. Wurde die Entscheidung der Kartellbehörde angefochten, kann das nationale Zivilgericht das Verfahren aussetzen,



wenn das nationale Recht eine Aussetzung erlaubt (Grundsatz der verfahrensrechtlichen Autonomie der Mitgliedstaaten). Eine unionsrechtliche Pflicht dazu besteht nicht. Ist das Gericht der Auffassung, dass die nationale Wettbewerbsbehörde das europäische Wettbewerbsrecht falsch angewendet hat, kann es das Verfahren aussetzen und dem EuGH vorlegen. Das gilt auch dann, wenn der Adressat nicht fristgerecht Rechtsbehelfe gegen die Entscheidung eingelegt hat.

#### D. Rechtfertigung und Rechtfertigungsprobleme der Bindungswirkung

##### I. Die Rechtfertigung der angestrebten Bindungswirkung im Weißbuch

Nach Auffassung der Kommission ist die Bindung nationaler Gerichte an Entscheidungen der NCA erforderlich, um im nationalen Verfahrensrecht wirksame Mechanismen zur Verfügung zu stellen, damit die Geschädigten von Wettbewerbsverstößen ihre unionsrechtlich gesicherten Schadensersatzansprüche vollumfänglich durchsetzen können.<sup>372</sup> Sie stützt diese Behauptung im Wesentlichen auf vier positive Gründe und versucht zwei mögliche Einwände zu entkräften:

1. *consistent application*: Die einheitliche Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV von den verschiedenen nationalen Institutionen werde sichergestellt,<sup>373</sup>
2. *legal certainty*: das führe zu einem höheren Maß an Rechtssicherheit,<sup>374</sup>
3. *effectiveness*: dadurch werde die Wirksamkeit von kartellrechtlichen Schadensersatzklagen verbessert,<sup>375</sup>
4. *procedural efficiency*: und ihre verfahrensrechtliche Effizienz werde gesteigert.<sup>376</sup> Dieser Aspekt wird deutlich hervorgehoben. Weil der Kläger den bereits von einer NCA festgestellten Wettbewerbsverstoß nicht erneut förmlich beweisen müsse,<sup>377</sup> würden Zivilgerichte von der Notwendigkeit befreit, die bereits von einer dafür institutionell besser ausgestatteten Behörde untersuchten und bewerteten Tatsachen erneut zu überprüfen.<sup>378</sup> Damit vermeide man unnötige Mehrkosten, Zeitverluste und zusätzliche Unwägbarkeiten für die Schadensersatzklage der Betroffenen.<sup>379</sup> Will man diese Nachteile für alle Geschädigten vermeiden, sei es notwendig, die Bindungswirkung auf alle nationalen NCA zu erstrecken, weil die jeweilige NCA besonders gut dafür gerüstet sei, Wettbewerbsverstöße auf dem eigenen Territorium zu verfolgen.<sup>380</sup> Die Bindung an die Entscheidungen aller NCA schaffe auch erhebliche Anreize zur konzentrierten Geltendmachung von Schadensersatzansprü-

372 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 143; Folgenabschätzung Weißbuch, Rn. 57 f.

373 Weißbuch, S. 6 f.; Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 144.

374 Weißbuch, S. 6 f.; Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 144.

375 Weißbuch, S. 7; Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 144.

376 Weißbuch, S. 7.

377 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 145.

378 Weißbuch, S. 7; Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 146.

379 Weißbuch, S. 7.

380 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 160.

chen gegen mehrere Beklagte vor einem nationalen Gericht (vgl. Art. 6 Abs. 1 Brüssel I-VO).<sup>381</sup>

5. *Kein Verstoß gegen den Grundsatz der Unabhängigkeit der Justiz und den Gewaltenteilungsgrundsatz.*<sup>382</sup> Die Bindung des Zivilgerichts an die Feststellung in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht einer Entscheidung der Kommission wird seit Beginn der Modernisierung unter Verweis auf zwei Prinzipien kritisiert.<sup>383</sup> (1.) Die Bindungswirkung verstoße gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung, weil die Judikative an eine Entscheidung der Exekutive gebunden sei. (2.) Damit werde zugleich auch der Grundsatz der Unabhängigkeit der Gerichte verletzt. Weil zu erwarten war, dass diese Aspekte in der Kritik am Weißbuch erneut vorgebracht werden,<sup>384</sup> nahm die Kommission dazu Stellung und verteidigt ihren Vorschlag. Weil nur bestandskräftigen Entscheidungen<sup>385</sup> Bindungswirkung zukommt, handle es sich in den meisten Fällen um Entscheidungen, die ihrerseits durch rechtskräftige Gerichtsurteile bestätigt worden sind, so dass in der Sache eine Ausprägung allgemein anerkannter Grundsätze vorliege, nach denen solche Entscheidungen bindend auch für andere Staaten sein können.<sup>386</sup> Darüber hinaus habe jedes nationale Gericht die Möglichkeit, mit einer Vorlage nach Art. 267 AEUV den EuGH von seiner abweichenden Rechtsauffassung zu überzeugen.<sup>387</sup>

6. *Effektiver Rechtsschutz:* Implizit geht das Arbeitspapier auch davon aus, dass die Bindungswirkung nicht gegen das im Unionsrecht (Art. 47 Grundrechtecharta<sup>389</sup> iVm Art. 6 Abs. 1 EUV) und in Art. 6 EMRK<sup>390</sup> iVm Art. 6 Abs. 3 verankerte Recht auf effektiven Rechtsschutz und faires Verfahren<sup>391</sup> verstoße. Der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes sei gewahrt, weil gegen die Entscheidungen der NCA in allen Mitgliedstaaten Rechtsbehelfe vor staatlichen Gerichten möglich seien und diese Gerichte sind institutionell am besten dafür geeignet seien, die Richtigkeit der tatsächlichen und rechtlichen Annahmen der NCA zu überprüfen.<sup>392</sup> Deshalb seien keine Gründe ersichtlich, die für eine erneute Überprüfung derselben Annahmen sprechen würden.<sup>393</sup>

381 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 161.

382 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 148.

383 Vgl. *Möschel*, WuW 2001, 147, 148, vertiefend *Durner*, EuR 2004, 547, 562 ff.

384 Vgl. dazu die Nachweise in Fn. 18.

385 Dazu oben C.II.2.c.

386 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 149.

387 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 150, 162.

389 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl C 303 v. 14.12.2007, 1.

390 Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 4.11.1950, BGBl. 1952 II 685, 953, Neubek. BGBl. 2002 II 1054. Nach Art. 6 Abs. 2 des Vertrags über die Europäische Union i.d.F. des Vertrags von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, v. 13.12.2007, wird die Union der EMRK beitreten. Die dort verankerten Grundrechte gelten nach Art. 6 Abs. 3 EU als „allgemeine Grundsätze des Unionsrechts“.

391 Dazu näher unten D.III.

392 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 146 f.

393 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 147 f.

## II. Keine Bindungswirkung kraft primären Unionsrechts

Das Weißbuch schlägt die Regelung einer Bindungswirkung für nationale Zivilgerichte erstmals vor. Offensichtlich geht die Kommission davon aus, dass die vorgeschlagene Bindungswirkung nicht aus dem primären Unionsrecht folgt. Ganz selbstverständlich ist das nicht: (1.) Die Bindungswirkung könnte sich bereits aus den Grundsätzen in *Delimitis*<sup>394</sup> und *Masterfoods*<sup>395</sup> ergeben. (2.) Daneben könnte es sich um einen Anwendungsfall des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung handeln.

### 1. Anwendungsfall der *Delimitis*- und *Masterfoods*-Grundsätze?

Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 bindet die Zivilgerichte lediglich an die Feststellungen, die von der Kommission getroffen werden. Dabei handelt es sich um eine Regelung des sekundären Unionsrechts, die ihre Grundlage allerdings im primären Unionsrecht hat. Das ergibt sich aus den Entscheidungen des EuGH in den Rs. *Delimitis*<sup>396</sup> und *Masterfoods*.<sup>397</sup> Die Bindungswirkung von Kommissionsentscheidungen beruht danach auf vier Pfeilern: (1.) die Zuständigkeit der Kommission für die einheitliche Anwendung des Unionswettbewerbsrechts,<sup>398</sup> (2.) der aus Art. 4 Abs. 3 EUV (ex-Art. 10 EG) folgenden Pflicht der nationalen Gerichte, alle zur Erfüllung der unionsrechtlichen Verpflichtungen geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zu treffen,<sup>399</sup> (3.) der Verbindlichkeit einer Kommissionsentscheidung<sup>400</sup> und (4.) dem Grundsatz der Rechtssicherheit.<sup>401</sup> Man könnte erwägen, dass diese Grundsätze die Zivilgerichte bereits nach geltendem Unionsrecht an die Entscheidungen der NCA binden.<sup>402</sup> Erwägungsgründe (2.) (3.) und (4.) sprechen hier deutlich dafür, den bestandskräftigen Entscheidungen der NCA oder rechtskräftigen Urteilen eine Bindungswirkung zukommen zu lassen. Zur Sicherung des Grundsatzes der Rechtssicherheit trägt nach Auffassung des Gerichtshofs insbesondere die

394 EuGH v. 28.2.1991, Rs. C-234/89 - *Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG*, Slg. 1991, I-935.

395 EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-11369.

396 EuGH v. 28.2.1991, Rs. C-234/89 - *Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG*, Slg. 1991, I-935.

397 EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-11369.

398 EuGH v. 28.2.1991, Rs. C-234/89 - *Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG*, Slg. 1991, I-935 Rn. 44 ff; EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-11369 Rn. 45-48.

399 EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-11369 Rn. 49.

400 Ebenda, Rn. 50.

401 EuGH v. 28.2.1991, Rs. C-234/89 - *Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG*, Slg. 1991, I-935 Rn. 47; EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-344/98 - *Masterfoods Ltd./HB Ice Cream Ltd*, Slg. 2000, I-11369 Rn. 51.

402 Zum Problem vertiefend *Komninos*, 44 CMLR 1387, 1396 f (2007); *Komninos*, EC Private Anitrust Enforcement, 2008, 117 f.

Bestandskraft von Verwaltungsentscheidungen bei.<sup>403</sup> Allerdings ist mit Nachdruck auf den Umfang *dieser* Bindungswirkung hinzuweisen: Es kann sich nur um eine *Tatbestandswirkung* handeln. Hat eine NCA ein Unternehmen bestandskräftig aufgefordert, eine Zuwiderhandlung gegen Art. 101 und 102 AEUV abzustellen, folgt aus dem Grundsatz der Rechtssicherheit, dass der bestandskräftige Tenor der Verwaltungsentscheidung von allen Organen des eigenen sowie anderer Mitgliedstaaten zu respektieren ist.<sup>404</sup> Die Gerichte der Mitgliedstaaten dürfen keine Maßnahmen treffen, die dem Entscheidungstenor zuwiderlaufen. Eine darüber hinausgehende Bindung auch an die Feststellungen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht kann insoweit weder mit Art. 4 Abs. 3 EUV noch mit dem allgemeinen Grundsatz der Rechtssicherheit begründet werden.<sup>405</sup> Der Grundsatz der Rechtssicherheit ist nicht beeinträchtigt, weil eine abweichende Beurteilung des Sachverhalts im Zivilprozess die Bestandskraft der kartellbehördlichen Entscheidung unberührt lässt. Die abweichende Beurteilung des Zivilgerichts im Folgeverfahren verstößt auch nicht gegen Art. 4 Abs. 3 EUV. Daraus lässt sich kein im Primärrecht wurzelnder Vorrang behördlicher Sachverhaltsfeststellungen und rechtlicher Würdigung gegenüber den Zivilgerichten in Folgeverfahren ableiten. Die Zivilgerichte und die NCA sind vielmehr gleichberechtigt zur Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts verpflichtet. Dazu kommt, dass bei der zivilgerichtlichen Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts der Grundsatz der verfahrensrechtlichen Autonomie der Mitgliedstaaten zu beachten ist. Im Ergebnis lässt sich die angestrebte Bindungswirkung nicht aus dem Primärrecht ableiten. Sie bedarf einer ausdrücklichen Anordnung im Sekundärrecht.

## 2. Anerkennungspflichten mitgliedstaatlicher Verwaltungsakte

Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung basiert auf der in Art. 34 und 36 AEUV (ex-Artt. 28, 30 EG) geschützten Warenverkehrsfreiheit<sup>406</sup> und geht zurück auf die *Cassis de Dijon*-Entscheidung des EuGH.<sup>407</sup> Aufgrund dieses Prinzips kann ein Bestimmungsmitgliedstaat die Vermarktung eines Erzeugnisses aus einem anderen Mitgliedstaat in seinem Hoheitsgebiet nicht untersagen, auch wenn die technischen und qualitativen Auflagen für dieses Erzeugnis von denjenigen abweichen, denen in seinem Land hergestellte Erzeugnisse unterliegen. Daraus folgt eine Verpflichtung

403 EuGH v. 13.1.2004, Rs. C-453/00 - *Kühne & Heitz NV/Produktschap voor Pluimvee en Eieren*, Slg. 2004, I-837 Rn. 24.

404 Vgl. *Zuber*, EG-Kommission, 2001, 63 f; *Bornkamm*, ZWeR 2003, 73, 77 f, 80 f

405 Vgl. *Durner*, EuR 2004, 547, 558 ff [allerdings zur Bindung an Kommissionsentscheidungen, insoweit allerdings unzutreffend].

406 Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen - Erleichterung des Marktzugangs für Waren in einem anderen Mitgliedstaat: praktische Anwendung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung, ABI C 262 v. 4.11.2003, 2, 3.

407 EuGH v. 20.2.1979, Rs. 120/78 - *Rewe-Zentral AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Slg. 1979, 649 Rn. 14.

der Mitgliedstaaten, die in einzelnen Verwaltungsakten getroffene Regelung der Herkunftsstaaten anzuerkennen.<sup>408</sup> Die gegenseitige Anerkennung ist allerdings an das Recht des Bestimmungsmitgliedstaates geknüpft, zu überprüfen, ob das von dem Erzeugnis erreichte Schutzniveau dem Schutzniveau gleichwertig ist, das in den eigenen nationalen Vorschriften gefordert wird und das nach Art. 36 AEUV gefordert werden darf. Führt der Mitgliedstaat ein danach erlaubtes Untersuchungs- und Zulassungsverfahren durch, darf er grundsätzlich nicht erneut auf Prüfungen bestehen, die in gleichwertiger Weise bereits im Herkunftsmitgliedstaat durchgeführt worden sind.<sup>409</sup> Das bedeutet im Ergebnis die Pflicht, die vom anderen Mitgliedstaat vorgenommene Gesundheitsprüfung als Vorfrage im eigenen Zulassungsverfahren anzuerkennen.<sup>410</sup> Kann man daraus schließen, dass bereits aus dem Unionsrecht eine Bindungswirkung der Entscheidungen von NCA und Gerichten für den Kartellzivilprozess folgt? Darauf ist mit einem klaren “Nein” zu antworten. Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung hat seine Rechtsgrundlage in Artt. 34, 36 AEUV unter Berücksichtigung des existierenden Sekundärrechts auf dem konkreten Sachgebiet.<sup>411</sup> Dagegen könnte man erwidern, dass beim Vollzug der Art. 101 und 102 AEUV die NCA unmittelbar geltendes Unionsrecht anwendet, dass unionsweit zu respektieren ist. Damit stößt man aber auf die bereits oben unter D.II.1. angeführte Begrenzung. Die einheitliche Wirksamkeit kann nur eine Tatbestandswirkung von Vollzugsakten begründen.<sup>412</sup> Die angestrebte Bindungswirkung beinhaltet aber eine Feststellungswirkung. Dies folgt nicht aus Art. 4 Abs. 3 EUV, sondern muss ausdrücklich angeordnet werden.

### III. Rechtfertigungshürden der angestrebten Bindungswirkung

#### 1. Grundsatz der Gewaltenteilung und Unabhängigkeit der Gerichte

##### a) Geltungsgrund und Inhalt

Die Grundsatz der Unabhängigkeit der Gerichte ist ein gemeineuropäisches Verfassungsprinzip.<sup>413</sup> Exemplarisch formuliert das deutsche GG, dass die Richter unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen sind (Art. 97 Abs. 1 GG). Ähnlich formulieren die italienische [“I giudici sono soggetti soltanto alla legge.”, art. 101 c° 2 Costituzione)] und portugiesische Verfassung [“Os tribunais são independentes e

408 Dazu vertiefend *Michaels*, Anerkennungspflichten im Wirtschaftsverwaltungsrecht der Europäischen Gemeinschaft und der Bundesrepublik Deutschland, 2004, 217 ff, 226 ff.

409 EuGH v. 17.12.1981, Rs. 272/80 - *Frans-Nederlandse Maatschappij voor biologische Producten*, Slg. 1981, 3277 Rn. 13 f.

410 *Michaels*, Anerkennungspflichten, 2004, 280.

411 *Michaels*, Anerkennungspflichten, 2004, 322.

412 *Michaels*, Anerkennungspflichten, 2004, 212.

413 *Schulze-Fielitz* in Dreier, GG, 2. Aufl., Bd. 3, 2008, Art. 97 Rn. 12.

apenas estão sujeitos à la lei”, art. 203 Constituição<sup>414</sup>].<sup>415</sup> Der Grundsatz der Unabhängigkeit der Richter ist an sich eine Konkretisierung des Gewaltenteilungsprinzips.<sup>416</sup> Zugleich kommt darin zum Ausdruck, dass der Richter nur an das Gesetz gebunden ist.<sup>417</sup> Diese Prinzipien sind im Wesentlichen auch im Unionsrecht verankert. Zwar kennt das Unionsrecht nicht den herkömmlichen Grundsatz der Gewaltenteilung, weil die Befugnisse zwischen den Organen durch ein in den Verträgen vorgegebenes institutionelles Gleichgewicht geregelt werden.<sup>418</sup> Allerdings besteht im Grundsatz Einigkeit darüber, dass die rechtsprechende Gewalt von den anderen Gewalten getrennt sein und Unabhängigkeit genießen muss.<sup>419</sup> Art. 253 Abs. 1 AEUV hebt die Unabhängigkeit der Richter am Gerichtshof ausdrücklich hervor. Nach Ansicht des EuGH zählt die völlige Unabhängigkeit der Richter der Union zu den Grundlagen des Unionsrechts.<sup>420</sup> Der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit gehört aufgrund seiner Verankerung in den Verfassungen der Mitgliedstaaten und im Primärrecht zu den von Art. 6 Abs. 1 EU aF geschützten Grundlagen der Union<sup>421</sup> und zählt jetzt zu den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts (Art. 6 Abs. 3 EUV). Darüber hinaus ergibt sich die unionsrechtliche Verankerung aus Art. 6 Abs. 1 EMRK iVm Art. 6 Abs. 3 EUV. Danach hat “[j]ede Person ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen ... von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht ... verhandelt wird”. Damit wird die sachliche Unabhängigkeit der entscheidungsbefugten Richter gewährleistet.<sup>422</sup> Seit dem Inkrafttreten des Lissabon-Vertrags ist der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit ausdrücklich in Art. 47 Abs. 2 Grundrechtecharta iVm Art. 6 Abs. 1 EUV verankert.

Inhaltlich bedeutet der Grundsatz der Unabhängigkeit des Richters bzw. des Gerichts, dass jeder Akt rechtsprechender Tätigkeit, der für eine Entscheidung von Bedeutung sein kann, sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht vor jeder Einwirkung anderer staatlicher Institutionen und Amtswalter oder nicht-staatlicher Einrichtungen freizuhalten ist, sofern diese nicht gesetzlich vorgesehen ist.<sup>424</sup> Unabhängigkeit bedeutet, dass die Urteilsfindung über die dem Richter zur selbstständigen Entscheidung zugewiesenen Fragen ohne Einfluss von außen statt-

414 Diário da República, I Série-A, n. 155 v. 12.8.2005; <http://www.parlamento.pt/RevisoesConstitucionais/Documents/Revisao2005/155a00.pdf> [Stand: 15.9.2009].

415 Weitere Nachweise bei *Schulze-Fielitz* in Dreier, GG, 2008, Art. 97 Rn. 12.

416 *Papier*, NJW 2001, 1089, 1089; *Detterbeck* in Sachs, GG, 5. Aufl., 2009, Art. 97 Rn. 1.

417 *Pieroth* in Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl., 2009, Art. 97 Rn. 1.

418 *Zuleeg*, NJW 1994, 545, 548; vertiefend *Huber*, EuR 2003, 574.

419 *Zuleeg*, NJW 1994, 545, 548; vertiefend *Durner*, EuR 2004, 547, 565 ff.

420 EuGH Gutachten v. 14.12.1991, Gutachten 1/91 - *EWK*, Slg. 1991, I-6079 Rn. 52.

421 *Durner*, EuR 2004, 547, 566 mwN.

422 *Grabenwarter*, Justiz- und Verfahrensgrundrechte, in *Ehlers* (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl. 2005, 152, § 6 Rn. 38; *Schulze-Fielitz* in Dreier, GG, 2008, Art. 97 Rn. 9.

424 *Meyer* in v. Münch/Kunig, GG, 5. Aufl., Bd. 3, 2003, Art. 97 Rn. 1; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl., 2009, § 24 Rn. 35.

finden kann.<sup>425</sup> Die entscheidende Frage lautet dann, ob die Unabhängigkeit beeinträchtigt ist, wenn der Richter nicht alle tatsächlichen und rechtlichen Fragen, die einen bestimmten Fall betreffen, selbst entscheiden kann.<sup>426</sup> Verpflichtet die verfassungsrechtlich garantierte Unabhängigkeit den Staat bzw. die Union dazu, dem Richter alle Entscheidungskompetenzen in einem Rechtsstreit zur selbstständigen Entscheidung zuzuweisen?<sup>427</sup> Oder darf das Gesetz vorsehen, dass der Richter bzw. das Gericht an die Entscheidungen anderer Staatsorgane bzw. Organe der Union gebunden ist? Konkret gefragt: Verstößt es gegen den Unabhängigkeitsgrundsatz - und damit auch gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz - wenn ein nationales Zivilgericht in seiner Entscheidung über einen Schadensersatzanspruch (1.) an die Entscheidung der eigenen nationalen Wettbewerbsbehörde; (2.) an die Entscheidung einer anderen nationalen Wettbewerbsbehörde oder (3.) an die Entscheidung eines die Handlungen der (3.1) eigenen oder (3.2) einer anderen nationalen Behörde bestätigenden Gerichts gebunden ist?

b) Bindungswirkung der rechtskräftigen Entscheidungen im eigenen Staat

Beginnen möchte ich mit der Rechtfertigung der Bindungswirkung im Fall (3.1). Wird ein Gericht an die Entscheidung eines anderen Gerichts gebunden, schränkt das Gesetz die Zuständigkeit zur eigenen, umfassenden Entscheidung ein. Darin liegt aber kein Eingriff in die richterliche Unabhängigkeit, weil diese grundsätzlich nur das Verhältnis der Richter zu den Trägern nichtrichterlicher Gewalt betrifft.<sup>428</sup> Daher ist es unproblematisch, wenn die Entscheidung über eine Vorfrage des aktuellen Verfahrens verbindlich von einem Gericht in einem anderen Verfahren getroffen wird.<sup>429</sup> Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gilt das auch, wenn die Zuständigkeit unter verschiedene Gerichte oder Gerichtszweige aufgeteilt wird. Ist der Richter, dem das Gesetz die Entscheidung in der Sache selbst überträgt, daran gebunden, beeinträchtigt das nicht seine Unabhängigkeit.<sup>430</sup> Das wird besonders deutlich in der Rechtsprechung des BGH zum Amtshaftungsanspruch: Ist die Rechtmäßigkeit des streitgegenständlichen Verwaltungsakts im verwaltungsgerichtlichen Verfahren bejaht worden, ist das Zivilgericht an diese Entscheidung gebunden.<sup>431</sup> Dahinter steht die Erwägung, dass grundsätzlich alle Gerichtszweige gleichermaßen den verfassungsrechtlich garantierten Anspruch auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) wahren. Das gilt aber nicht für alle Rechtsordnungen. Es ist beispielsweise ein Grundprinzip des französischen Verfassungsrechts, dass or-

425 Vgl. *Schorkopf* in Heselhaus/Nowak, Hdb. Grundrechte, 2006, § 52 Rn. 22 zum Unionsrecht.

426 Verneint von *Classen* in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. Aufl., Bd. 3, 2005, Art. 97 Rn. 22.

427 Verneint von *Meyer* in v. Münch/Kunig, GG, 2003, Art. 97 Rn. 8.

428 BVerfGE 6771.

429 Vgl. BVerfGE 6771 f.

430 BVerfGE 6772.

431 BGH v. 15.11.1990 - III ZR 302/89, NJW 1991, 1168, 1169.



dentliche Gerichtsbarkeit und Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht nur institutionell, sondern auch inhaltlich-funktional getrennt werden; ein Verständnis das sich letztlich auf das Prinzip der Gewaltenteilung zurückführen lässt.<sup>432</sup> Allerdings kommt jedenfalls im Grundsatz auch im französischen Recht rechtskräftigen Urteilen Bindungswirkung für die Gerichte anderer Gerichtszweige zu, soweit die tatbestandlichen Voraussetzungen einer *autorité relative de la chose jugée*<sup>433</sup> vorliegen.<sup>434</sup> Damit wird das eigentliche Problem dieser - und soviel sei vorweggegriffen - auch der weiteren Fallkonstellationen sichtbar: Es muss sichergestellt sein, dass den Anforderungen an einen effektiven Rechtsschutz im Kartellverfahren genügt wird. Der Grundsatz der Unabhängigkeit des Gerichts ist nämlich nicht nur Konkretisierung des Gewaltenteilungsgrundsatzes, sondern elementare Voraussetzung für den im Rechtsstaatsgebot und in den einzelnen Grundrechten wurzelnden allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch.<sup>435</sup> Dieser verpflichtet den Staat für Streitigkeiten zwischen Privatpersonen die Möglichkeit gerichtlicher Entscheidung sicherzustellen, für die das Gebot des effektiven Rechtsschutzes gilt.<sup>436</sup> Dieses Gebot ist nicht nur im deutschen Verfassungsrecht verankert, sondern ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts.<sup>437</sup> Soweit der effektive Rechtsschutz gegen die Entscheidung der Kommission oder der NCA gewährleistet ist und Unionsgerichte bzw. Gerichte der Mitgliedstaaten darüber in einem Verfahren, das den Anforderungen der Grundrechtecharta bzw. der EMRK genügt, rechtskräftig entschieden haben, ist dem Grundsatz der Unabhängigkeit des Gerichts genüge getan.

c) Bindungswirkung der bestandskräftigen Entscheidungen der eigenen Kartellbehörden

Diese Erwägungen können nicht unmittelbar auf die Fallkonstellation (1.) übertragen werden, weil dort nur eine Behördenentscheidung vorliegt, der keine materielle Rechtskraft zukommt. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs bestehen in Amtshaftungsprozessen mit Rücksicht auf die verschiedenartigen Funktionen des Verwaltungsverfahrens einerseits und des zivilgerichtlichen Urteils andererseits bedeutsame

432 Dazu *Germelmann*, Rechtskraft, 2009, 177 ff.

433 Dazu vertiefend *Germelmann*, Rechtskraft, 2009, 106 ff.

434 *Germelmann*, Rechtskraft, 2009, 180 ff.

435 Vgl. *Schulze-Fielitz* in Dreier, GG, 2008, Art. 97 Rn. 14 zum deutschen Verfassungsrecht und *Schorkopf* in Heselhaus/Nowak, Hdb. Grundrechte, 2006, § 52 Rn. 21 zum Unionsrecht.

436 BVerfGE 107, 395406 f, *Sachs* in Sachs, GG, 2009, Art. 20 Rn. 162 (jeweils mwN).

437 *Alber* in Tettinger/Stern, GrCh, Europäische Grundrechtecharta, 2006, Art. 47 Rn. 27 ff; *Nowak* in Heselhaus/Nowak, Hdb. Grundrechte, 2006, § 51 Rn. 8 ff; *Last*, Garantie wirksamen Rechtsschutzes gegen Maßnahmen der Europäischen Union, 2008, 19 ff; *BVerfG*, NJW 2009, 2267, Rn. 368.

Unterschiede.<sup>438</sup> Das Zivilgericht ist in seiner Entscheidung über einen Amtshafungsanspruch, der auf einen angeblich rechtswidrigen Verwaltungsakts gestützt wird, nicht gehindert, dessen Rechtmäßigkeit selbst zu prüfen, auch wenn der Verwaltungsakt mittlerweile formell bestandskräftig geworden ist.<sup>439</sup> Abgesehen von diesen Fällen, ist die Bindung des Zivilrichters an bestandskräftige Verwaltungsakte grundsätzlich anerkannt.<sup>440</sup> Dabei handelt es sich allerdings um eine Tatbestandswirkung. Die Tatbestandswirkung (iwS) dient der Rechtssicherheit, die ihrerseits eine Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips ist. Die damit einhergehende Bindung des Zivilgerichts ist mit dem Unabhängigkeitsgrundsatz im Ausgangspunkt durchaus vereinbar.<sup>441</sup>

Fraglich ist, ob dies auch für die Feststellungswirkung gilt. Dagegen wird eingewendet, dass die materiell-rechtlich angeordnete Bindung an eine behördlich festgestellte Tatfrage die Entscheidungsmöglichkeit des Richters im Ergebnis genauso einschränke, wie eine förmliche Weisung der Behörde an das Gericht.<sup>442</sup> Das kann schon im Ansatzpunkt nicht überzeugen, weil eine gesetzlich angeordnete Bindung an rechtliche und tatsächliche Feststellungen einer Behördenentscheidung keinen konkreten Einfluss auf die Art und Weise der richterlichen Entscheidungsfindung nimmt, sondern das maßgebliche Recht konkretisiert, das der Richter seiner Entscheidung zu Grunde zu legen hat.<sup>443</sup> Voraussetzung ist allerdings, dass gegen die Entscheidung, der Bindungswirkung zukommen kann, ein effektiver Rechtsschutz gewährleistet ist (Art. 6 EMRK; Art. 47 Grundrechtecharta).<sup>444</sup> Aus Art. 6 Abs. 1 EMRK folgt, dass das entscheidende Gericht über hinreichende Entscheidungsbefugnisse in Rechts- und Tatsachenfragen verfügen muss.<sup>445</sup> Das bedeutet im Grundsatz, dass das Gericht die volle Kompetenz zur Feststellung des Sachverhalts haben muss, wozu auch die Kompetenz zur Beweiswürdigung und zur Korrektur fehlerhafter Tatsachenannahmen zählt.<sup>446</sup>

Daran wird die Kritik an der vorgeschlagenen Bindungswirkung festgemacht: Den staatlichen Gerichten bleibe beim Vorliegen einer bindenden Entscheidung der

- 438 BGH v. 15.11.1990 - III ZR 302/89, NJW 1991, 1168, 1169; vgl. auch BVerwG Urt. v. 6.6.1975 - IV C 15/73, Urt. v. 6.6.1975 1976, 340, 340 f [allerdings beschränkt auf das öffentliche Baurecht].
- 439 BGH v. 15.11.1990 - III ZR 302/89, NJW 1991, 1168, 1169; offen gelassen aber bei Ansprüchen aus enteignungsgleichem Eingriff, BGHZBGH v. 21.1.1999 - IV C 15/73, NJW 1999, 1247, 1251.
- 440 BGH v. 12.6.1996 - V ZR 106/95, NJW 1996, 2791, 2792; *Schroeder*, Bindungswirkung von Entscheidungen, 2006, 294 f mwN.
- 441 Vgl. BVerfGE 83, 182 197 ff, BGH v. 9.7.1985 - VI ZR 214/83, NJW 1985, 2644, 2647 und BVerwG, NVwZ 2003, 742, 743.
- 442 *Durner*, EuR 2004, 547, 569.
- 443 *Schulze-Fielitz* in Dreier, GG, 2008, Art. 97 Rn. 27.
- 444 Vgl. EGMR Urt. v. 28.6.1990, No. 11761/85 - *Obermeier/Österreich*, Europäische Grundrechtezeitschrift 1990, 209 Rn. 70
- 445 EGMR Urt. v. 21.9.1993, No. 12235/86 - *Zumtobel/Österreich*, Europäische Grundrechtezeitschrift 1995, 537 Rn. 29 ff.
- 446 Näher *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1997, 426 ff.

Wettbewerbsbehörde nur mehr Raum dafür, zusätzliche Sanktionen, die die Wettbewerbsbehörden selbst nicht festsetzen können, festzulegen; damit beziehe sich die Einflussnahme nicht mehr auf eine Vorfrage, sondern substituieren die wesentlichen Inhalte der gerichtlichen Entscheidung.<sup>447</sup> Ein derart gebundener Spruchkörper handle nicht mehr in richterlicher Unabhängigkeit.<sup>448</sup> Damit wird jedoch die Reichweite des Unabhängigkeitsprinzips im Konventions- und Unionsrecht verkannt. In der grundlegenden Entscheidung *Le Compte* hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte festgestellt, dass die Vertragsstaaten nicht verpflichtet sind, alle streitigen Gesichtspunkte in zivilrechtlichen Ansprüchen und Verpflichtungen<sup>449</sup> in einem Verfahren vor unabhängigen Gerichten zu behandeln.<sup>450</sup> Sie können auch zur vorherigen Befassung Verwaltungsbehörden zugewiesen werden. Die damit einhergehende Flexibilisierung und Effizienz des Verfahrens stehen im Einklang mit der EMRK.<sup>451</sup> In der Entscheidung *Obermeier* hat der Gerichtshof klargestellt, dass eine Bindung des Zivilgerichts an vorherige Behördenentscheidungen nur dann mit Art. 6 Abs. 1 EMRK übereinstimmt, wenn diese Entscheidungen Gegenstand einer wirksamen gerichtlichen Überprüfung sind.<sup>452</sup> Daraus folgt, dass Art. 6 Abs. 1 EMRK - und damit auch der darin enthaltene Grundsatz der Unabhängigkeit des Gerichts - die Vertragsstaaten nicht daran hindert, das Zivilgericht in Bezug auf eine Vorfrage des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs an die Entscheidung einer Wettbewerbsbehörde zu binden, wenn die davon Betroffenen die Möglichkeit haben, diese Entscheidung von einem unabhängigen Gericht überprüfen zu lassen. Entscheidend ist damit, dass das innerstaatliche Recht sicherstellt, dass die Entscheidung der Wettbewerbsbehörde zu irgendeinem Zeitpunkt in einem Verfahren vor einem unabhängigen Gericht überprüft werden kann. Damit zeigt sich erneut, dass das eigentliche Problem der Bindungswirkung im effektiven Rechtsschutz gegen kartellbehördliche Entscheidungen liegt.

d) Bindungswirkung der Entscheidungen von Behörden und Gerichten anderer Mitgliedstaaten

Besondere Probleme wirft die Bindungswirkung ausländischer Behördenentscheidungen (Konstellation 2) bzw. Gerichtsentscheidungen (Konstellation 3.2) auf. Im Ausgangspunkt gelten die soeben festgestellten Grundsätze. Danach kann ein Mit-

447 *Durner*, EuR 2004, 547, 570 [zur gleichgelagerten Bindungswirkung von Kommissionentscheidungen].

448 *Durner*, EuR 2004, 547, 570.

449 Zum Begriffsverständnis der EMRK siehe *Meyer-Ladewig*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., 2006, Art. 6 Rn. 18 ff.

450 EGMR Ur. v. 23.6.1981, No. 6878/75 - *Le Compte/Belgien*, Rn. 51.

451 EGMR Ur. v. 23.6.1981, No. 6878/75 - *Le Compte/Belgien*, Rn. 51.

452 EGMR Ur. v. 28.6.1990, No. 11761/85 - *Obermeier/Österreich*, Europäische Grundrechtszeitschrift 1990, 209 Rn. 70; *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., 1996, Art. 6 Rn. 124; *Grabenwarter*, EMRK, 2009, § 24 Rn. 38.

gliedstaat, in dem ein Zivilverfahren wegen des Wettbewerbsverstoßes angestellt wird, der bestandskräftigen Entscheidungen von NCA anderer Mitgliedstaaten grundsätzlich Bindungswirkung zuschreiben. Dasselbe gilt für eine unionsrechtliche Regelung in einer Richtlinie, die die Mitgliedstaaten nach Art. 288 Abs. 3 AEUV dazu verpflichtet. Nach Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 47 Abs. 2 Grundrechtecharta ist Voraussetzung einer Bindungswirkung im Folgeverfahren, dass das innerstaatliche Recht des Mitgliedstaat eine Überprüfung der Entscheidung der Wettbewerbsbehörde vor einem unabhängigen Gericht sicherstellt. Schwierigkeiten bereitet dem Mitgliedstaat die Erfüllung dieser konventions- und unionsrechtlichen Pflicht, wenn er der Entscheidung einer NCA eines anderen Mitgliedstaates Bindungswirkung für das Verfahren vor dem eigenen Zivilgericht zuschreibt. Unproblematisch sind die Fälle, in denen sichergestellt ist, dass der Betroffene gegen die kartellbehördliche Entscheidung im Erlassstaat effektiven Rechtsschutz vor einem unabhängigen Gericht erlangen kann. Dann erlaubt es der von Art. 6 Abs. 1 EMRK anerkannte Effektivitätsgrundsatz, diesen Entscheidungen auch im Inland Bindungswirkung zuzuschreiben, weil der Betroffene von den verfahrensrechtlichen Garantien bereits im Erlassstaat ausreichend geschützt ist. Problematisch sind aber die Fälle, in denen der Schutz im Erlassstaat nicht gewährleistet ist. Hier stellt sich die Frage, ob der Entscheidung gleichwohl Bindungswirkung zukommt, oder ob das Zivilgericht aus Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. Art. 47 Abs. 1 und 2 Grundrechtecharta und den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts verpflichtet ist, eine Bindungswirkung zu verneinen. Das ist aber kein spezielles Problem des Unabhängigkeitsgrundsatzes, sondern einzubetten in die allgemeine Fragestellung, ob die Bindungswirkung mit einem Anerkennungsvorbehalt zu versehen ist.<sup>453</sup>

## 2. Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes

Die Bindung des Zivilgerichts im Folgeverfahren an die tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen der Kartellbehörden oder der Rechtsbehelfsgerichte ist nur dann mit dem höherrangigen Unionsrecht vereinbar, wenn sie nicht den Grundsatz des effektiven Rechtsschutz verletzt. Der Grundsatz effektiven Rechtsschutzes beinhaltet zunächst, dass der Adressat einer Entscheidung einer nationalen Wettbewerbsbehörde die Möglichkeit haben muss, dagegen einen wirksamen Rechtsbehelf vor einem unabhängigen Gericht einzulegen. Dieses Recht ist im Unionsrecht gleich mehrfach verankert.<sup>454</sup> Es handelt sich um einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts (Art. 6 Abs. 1 EU aF), zugleich um eine gemeinsame Verfassungsüberliefe-

453 Dazu unten D.III.3.

454 Grundlegend EuGH v. 15.5.1986, Rs. 222/84 - *Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Slg. 1986, 1651 Rn. 18; EuGH v. 25.7.2002, Rs. 50/00 P - *Unión de Pequeños Agricultores/Rat*, Slg. 2002, I-6677 Rn. 38 f; näher dazu *Nowak* in Heselhaus/Nowak, Hdb. Grundrechte, 2006, § 51 Rn. 8 ff; *Last*, Garantie wirksamen Rechtsschutzes gegen Maßnahmen der Europäischen Union, 2008, 6 ff.

rung der Mitgliedstaaten (Art. 6 Abs. 3 EUV), es ist in Art. 13 und 6 Abs. 1 EMRK geschützt, die über Art. 6 Abs. 3 EUV von der Union zu achten sind und findet schließlich Ausdruck in Art. 47 Abs. 1 und 2 Grundrechtecharta, die mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon Bestandteil des primären Unionsrecht wird (Art. 6 Abs. 1 EUV). Diese Pflicht trifft sowohl die Organe der Union als auch die Wettbewerbsbehörden und Gerichte der Mitgliedstaaten, sofern sie das Unionsrecht anwenden (vgl. Art. 51 Abs. 1 Grundrechtecharta).<sup>455</sup> Der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes beschränkt insoweit die verfahrensrechtliche Autonomie der Mitgliedstaaten bei der Durchführung des EU-Wettbewerbsrechts.<sup>456</sup> Diese Grenzen treten zu den aus Art. 4 Abs. 3 EUV fließenden Anforderungen des Effektivitäts- und Äquivalenzprinzips.<sup>457</sup> Daneben treffen die Mitgliedstaaten die Pflichten aus Art. 6 und 13 EMRK unmittelbar kraft ihrer völkerrechtlichen Bindung an die Konvention.<sup>458</sup> Kommt der bestandskräftigen Entscheidung einer NCA eine unwiderlegliche Bindungswirkung im Folgeverfahren über Schadensersatzprozesse zu, wird der effektive Rechtsschutz des betroffenen Anspruchsgegners insoweit eingeschränkt.<sup>459</sup> Dem Betroffenen muss daher die Möglichkeit gegeben werden, die tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen in der Behördenentscheidung gerichtlich überprüfen zu lassen. Freilich lässt sich weder aus dem Unionsrecht noch dem Konventionsrecht der Grundsatz ableiten, dass der Rechtsschutz gerade vor dem die Schadensersatzklage verhandelnden Zivilgericht erfolgen muss. Entscheidend ist nur, dass ein Rechtsbehelf vor einem unabhängigen Gericht<sup>460</sup> möglich ist. Die Entscheidung, welches Gericht konkret dafür zuständig ist, zählt dagegen zur Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten.<sup>461</sup> Liegt daher eine rechtskräftige Entscheidung eines Gerichts vor, das die Rechtmäßigkeit der Behördenentscheidung bestätigt, ist den Anforderungen regelmäßig Genüge getan.

Zwei Aspekte sind in diesem Zusammenhang kurz zu erwähnen: Zum einen stellt sich das Problem der Kontrolldichte kartellbehördlicher Entscheidungen. Effektiver Rechtsschutz bedeutet im vorliegenden Zusammenhang grundsätzlich auch, dass alle tatsächlichen und rechtlichen Fragen, die für die Beurteilung eines Verhaltens als Verstoß gegen Art. 101 oder 102 AEUV von Bedeutung sind, vor den einzelstaatlichen Gerichten umfassend überprüft werden können.<sup>462</sup> Das gilt insbesondere

455 Grundlegend EuGH v. 13.7.1989, Rs. 5/88 - *Wachauf/Deutschland*, Slg. 1989, 2609 Rn. 19; vertiefend zur Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten *Scheuing*, EuR 2005, 162.

456 *Gundel*, Justiz- und Verfahrensgrundrechte, in *Ehlers* (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl. 2005, 152, § 19 Rn. 38; vertiefend zum Problem *Eilmansberger*, 41 CMRL 1199, (2004).

457 Dazu oben B.I.

458 *Ladenburger* in *Tettinger/Stern*, GrCh, Europäische Grundrechtecharta, 2006, Art. 51 Rn. 30 mwN.

459 Vgl. EuGH v. 15.5.1986, Rs. 222/84 - *Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Slg. 1986, 1651 Rn. 20.

460 Zum Begriff des Gerichts siehe oben C.II.1 und *Grabenwarter*, EMRK, 2009, § 24 Rn. 27 ff.

461 Vgl. *Nowak* in *Heselhaus/Nowak*, Hdb. Grundrechte, 2006, § 51 Rn. 36.

462 Siehe Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 146; vgl. allgemein zur Kontrolldichte *Nowak* in *Heselhaus/Nowak*, Hdb. Grundrechte, 2006, § 24 Rn. 44 f.

auch für die ökonomischen Aspekte bei der Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts. Aus dem Äquivalenzgrundsatz folgt, dass die Kontrolldichte im nationalen Verfahrensrecht nicht strenger sein darf, als die von den Unionsgerichten gegenüber der Kommission ausgeübte Kontrolldichte;<sup>463</sup> aus dem Prinzip des effektiven Rechtsschutzes folgt dagegen, dass sie nicht weniger streng sein darf. Zum anderen ist auf die aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens folgende Pflicht zur Begründung der richterlichen Entscheidung<sup>464</sup> hinzuweisen. Diese ist besonders bedeutsam, wenn der der gerichtlichen Entscheidung die hier beschriebene weitreichende Feststellungswirkung zukommen soll. Die Entscheidung muss erkennen lassen, auf welche tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen sich das Gericht zur Bejahung des Wettbewerbsverstoßes stützt.

Zweifelhaft könnte sein, ob den Anforderungen effektiven Rechtsschutzes genügt wird, wenn die Bindungswirkung unmittelbar aus der kartellbehördlichen Entscheidung folgt und gegen diese kein Rechtsbehelf mehr möglich ist. In diesen Fällen fand nämlich keine effektive gerichtliche Kontrolle statt. Zum sachlichen Schutzbereich des effektiven Rechtsschutzes zählt allerdings nur, dass der Betroffene die rechtliche Möglichkeit hat, einen Rechtsbehelf vor nationalen Gerichten einzulegen. Effektiver Rechtsschutz ist nicht mit einem tatsächlich effektuierten Rechtsschutz gleichzusetzen.<sup>465</sup> Nach der Rechtsprechung des EuGH trägt die (formelle) Bestandskraft einer Verwaltungsentscheidung zur Rechtssicherheit bei, die ihrerseits zu den im Unionsrecht anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen zählt.<sup>466</sup> Deshalb ist es grundsätzlich möglich, einem bestandskräftigen Verwaltungsakt Bindungswirkung für Folgeverfahren zuzuschreiben. Voraussetzung ist allerdings, dass die formelle Bestandskraft erst nach Ablauf "angemessener Klagefristen" eintritt.<sup>467</sup> Das Unionsrecht sieht für Klagen gegen Entscheidungen der Kommission eine Frist von zwei Monaten vor (Art. 263 Abs. 6 AEUV). Das wird man im nationalen Recht nicht verlangen können. Beträgt die Klagefrist - wie im deutschen Recht (§ 66 Abs. 1 GWB) - einen Monat, dürfte das jedenfalls mit den Anforderungen der EMRK übereinstimmen.<sup>468</sup> Angemessen können wohl auch Fristen unterhalb eines Monats sein. Der Europäische Gerichtshof hat in diesem Zusammenhang eine zweiwöchige Rechtsmittelfrist nicht beanstandet.<sup>469</sup>

463 Zur Frage der Kontrolldichte im Zusammenhang mit Art. 81 Abs. 3 EG siehe statt aller *Ellger* in Immenga/Mestmäcker, 2007, Art. 81 Rn. 70 ff.

464 Dazu *Meyer-Ladewig*, EMRK, 2006, Art. 6 Rn. 42; *Grabenwarter*, EMRK, 2009, § 24 Rn. 66.

465 *Sachs* in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 2008, § 43 Rn. 125.

466 EuGH v. 13.1.2004, Rs. C-453/00 - *Kühne & Heitz NV/Produktschap voor Pluimvee en Eieren*, Slg. 2004, I-837 Rn. 24; siehe auch EuGH v. 9.3.1994, Rs. 188/92 - *TWD Textilwerke Deggendorf/Deutschland*, Slg. 1994, I-833 Rn. 16.

467 Vgl. EuGH v. 13.1.2004, Rs. C-453/00 - *Kühne & Heitz NV/Produktschap voor Pluimvee en Eieren*, Slg. 2004, I-837 Rn. 24.

468 Vgl. *Meyer-Ladewig*, EMRK, 2006, Art. 6 Rn. 28; kritisch dagegen *Grabenwarter*, NJW 2002, 109, [jeweils zu Rechtsmittelfristen].

469 EGMR v. 7.12.2000, No. 29202/95 - *Zoon/Niederlande*, Rn. 39 ff.

Zum Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes zählt auch der Grundsatz rechtlichen Gehörs. Dieser gehört - neben seiner Verankerung in Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 47 Abs. 2 Grundrechtecharta - zu den elementaren Rechtsgrundsätzen des Unionsrechts.<sup>470</sup> Als solcher gilt er auch für die Mitgliedstaaten, wenn sie das EU-Wettbewerbsrecht anwenden. Der Anspruch auf rechtliches Gehör beschränkt sich nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht nur auf Verfahren vor Gerichten, sondern gilt in allen Verfahren - auch in Verwaltungsverfahren -, die zu Sanktionen führen können.<sup>471</sup> Die Verwaltungsbehörde ist - obwohl sie selbst gerade kein Gericht iSv Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 47 Abs. 2 Grundrechtecharta ist - verpflichtet, den Adressaten einer Entscheidung rechtliches Gehör zu gewähren. Sie muss ihm Gelegenheit geben, zum Vorliegen und zur Erheblichkeit der behaupteten Tatsachen und Umstände sowie zu den von ihr für die Behauptung eines Wettbewerbsverstoßes herangezogenen Unterlagen Stellung zu nehmen.<sup>472</sup> Damit ist gewährleistet, dass der Betroffene seine Gesichtspunkte im Verfahren vor der NCA einbringen kann, bevor eine Entscheidung erlassen wird, die mit Eintreten der Bestandskraft Bindungswirkung im Folgeprozess haben wird. Von erheblicher Bedeutung für den Rechtsschutz des Betroffenen ist die ebenfalls im Unionsrecht wurzelnde Pflicht der NCA, ihre Entscheidung zu begründen.<sup>473</sup> Effektiver Rechtsschutz setzt nämlich voraus, dass die Adressaten einer kartellbehördlichen Verfügung in Kenntnis aller Umstände entscheiden können, ob sie dagegen gerichtlich vorgehen sollen.<sup>474</sup> Das Begründungserfordernis ist nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach dem Inhalt des Rechtsakts, der Art der angeführten Gründe und dem Interesse zu beurteilen, das die Adressaten oder andere durch den Rechtsakt unmittelbar und individuell betroffene Personen an Erläuterungen haben können.<sup>475</sup> Die Anforderungen an die Begründung sind wegen der mit einer bestandskräftigen Entscheidung einhergehenden Bindungswirkung nicht gering zu veranschlagen. Aus ihr muss sich für den Adressaten zweifelsfrei ergeben können, in welchem Umfang ihn die darin enthaltenen rechtlichen und tatsächlichen Feststellungen in Folgeverfahren binden können. Das ist auch deshalb erforderlich, damit das Zivilgericht im Folgeverfahren die Reichweite der Bindungswirkung zutreffend bestimmen kann.

470 EuGH v. 22.3.1961, Verb. Rs. 42 und 49/59 - *SNUPAT/Hohe Behörde*, Slg. 1961, 103 S. 169.

471 EuGH v. 13.2.1979, Rs. 85/76 - *Hoffmann-La Roche & Co KG/Kommission*, Slg. 1979, 461 Rn. 9.

472 EuGH v. 7.6.1983, Verb. Rs. 100 bis 103/80 - *S.A. Musique Diffusion France (Pioneer)/Kommission*, Slg. 1983, 1825 Rn. 8 ff.

473 Vgl. EuGH v. 7.3.2002, Rs. 310/99 - *Italien/Kommission*, Slg. 2002, I-2289 Rn. 15 f; *Nowak* in Heselhaus/Nowak, Hdb. Grundrechte, 2006, § 51 Rn. 46.

474 EuGH v. 7.3.2002, Rs. 310/99 - *Italien/Kommission*, Slg. 2002, I-2289 Rn. 15 f.

475 EuGH v. 7.3.2002, Rs. 310/99 - *Italien/Kommission*, Slg. 2002, I-2289 Rn. 48 (zu Art. 253 EG).



### 3. Probleme der Bindungswirkung ausländischer Behörden- und Gerichtsentscheidungen

Der vorangegangene Abschnitt skizziert einige Anforderungen, die sich aus dem Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes für die Verfahrens- und Gerichtsorganisation der Mitgliedstaaten ergeben, wenn den Entscheidungen ihrer Kartellbehörden bzw. Rechtsbehelfsgerichte Bindungswirkung zukommt. Maßgeblich dafür ist die Erwägung, dass die aus der Bindungswirkung folgende Einschränkung richterlicher Prüfkompetenzen im Folgeverfahren nur dann mit Unionsgrundrechten konform ist, wenn sichergestellt ist, dass die Verfahrensgrundrechte des betroffenen Adressaten im Kartellverwaltungsverfahren und im anschließenden Rechtsbehelfsverfahren gewahrt worden sind. Das stellt die nationalen Verfahrensordnungen vor nicht unerhebliche Anforderungen. Besonders problematisch erweist sich in diesem Zusammenhang die Bindung an ausländische Behörden- oder Gerichtsentscheidungen aus zwei Gründen, einem grundrechtlichen und einem staatsorganisationsrechtlichen: (a) Verletzt die vorbehaltlose Bindungswirkung den Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes? (b) Liegt in der Bindung des Zivilgerichts ein Souveränitätsverzicht und wird dieser vom nationalen Verfassungsrecht erlaubt?

#### a) Bindungswirkung ohne Anerkennungsvorbehalt?

Aus § 33 Abs. 4 GWB und dem Regelungsvorschlag im Weißbuch folgt im Ausgangspunkt eine vorbehaltlose Bindung an ausländische Behörden- oder Gerichtsentscheidungen. Die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers hat erhebliche Kritik hervorgerufen, die sich im Kern darauf stützt, dass sie gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs verstoßen würde.<sup>476</sup> Die Argumentation setzt zwei Grundannahmen voraus: (1.) Der Grundsatz effektiven Rechtsschutzes und des rechtlichen Gehörs verpflichtet die Mitgliedstaaten zu einer Anerkennungsprüfung, bevor sie ausländischen Hoheitsakten Wirkung im Inland zukommen lassen. (2.) Das gelte auch für Akte anderer Mitgliedstaaten der Union, weil die Praxis der nationalen Verfahren keine Gewährleistung für die Einhaltung der Verfahrensgrundrechte biete.<sup>477</sup> Deshalb müsse sichergestellt sein, dass mögliche Verfahrensgrundrechtsverstöße im Folgeverfahren nicht perpetuiert werden.

Die erste These trifft zu. In der Entscheidung *Pellegrini* hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte einen Verstoß gegen den in Art. 6 Abs. 1 EMRK verankerten Grundsatz der Waffengleichheit (*adversarial principle*)<sup>478</sup> angenommen, weil die italienischen Gerichte ein Urteil der kanonischen Gerichte des Vatikan ohne

476 *Monopolkommission*, Sondergutachten 41 zur 7. GWB-Novelle (Allg. WettbR), 2004, Rn. 49 ff; *Berrisch/Burianski*, WuW 2005, 878, 883; *Fuchs*, WRP 2005, 1384, 1395; *Hempel*, WuW 2005, 137, 144; *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker, GWB, 2007, § 33 Rn. 77.

477 So explizit *Stürmer*, in *Basedow* (Hrsg.), *Private Enforcement*, 2007, 163, 187 f.

478 Dazu *Grabenwarter*, EMRK, 2009, § 24 Rn. 61, 64.

inhaltliche Prüfung der Verfahrensgarantien der EMRK anerkannt.<sup>479</sup> Maßgeblich für die Entscheidung war die Tatsache, dass die italienischen Gerichte bei der Ausübung ihrer Hoheitsgewalt nicht sicherstellten, dass die verfahrensrechtlichen Garantien der Beschwerdeführerin eingehalten worden waren, bevor sie die Anerkennung aussprachen.<sup>480</sup> Diese Erwägungen gelten auch für den in Art. 6 Abs. 1 EMRK ebenfalls verankerten Grundsatz rechtlichen Gehörs. Hoheitsakte der Mitgliedstaaten, die auf eine Übertragung von Hoheitsrechten gerichtet sind, unterliegen auch nach erfolgter Übertragung den Bindungen aus der EMRK, um sicherzustellen, dass die dort eingegangenen Verpflichtungen erfüllt werden.<sup>481</sup> Daraus lässt sich der allgemeine Grundsatz ableiten, dass die Vertragsstaaten der EMRK sicherstellen müssen, dass die Entscheidungen ausländischer Behörden oder Gerichte, denen sie innerstaatliche Wirkung zuschreiben, auch unter Einhaltung der verfahrensrechtlichen Garantien der EMRK ergangen sind.

Zweifelhaft ist dagegen die zweite These, dass die unbedingte Bindung an Entscheidungen von Behörden und Gerichten anderer Mitgliedstaaten konventions- oder unionsrechtswidrig ist. Daher stellt sich die Frage, ob der Anerkennungsstaat kontrollieren muss, dass die verfahrensrechtlichen Garantien der EMRK und - den Gedanken weiterführend - der Unionsgrundrechte<sup>482</sup> im Entscheidungsstaat eingehalten worden sind oder ob er darauf vertrauen darf, dass der Entscheidungsstaat die Verfahrensgrundrechte wahrt. Das Problem wird seit einiger Zeit im Europäischen Zivilverfahrensrecht intensiv diskutiert. Diese Diskussion kann im Ansatzpunkt für die Rechtfertigung einer bedingungslosen Bindungswirkung im Kartellzivilprozess fruchtbar gemacht werden. Den Zusammenhang stellt die Kommission selbst her, weil sie - nicht zuletzt aufgrund der Kritik an § 34 Abs. 4 GWB - es den Mitgliedstaaten freistellt, die Bindungswirkung von Entscheidungen der Behörden oder Gerichte anderer Mitgliedstaaten einem Vorbehalt analog Art. 34 Nr. 1 Brüssel I-VO zu unterwerfen.

Nach Erwägungsgrund (18) der Brüssel I-VO rechtfertigt es das gegenseitige Vertrauen in die Justiz im Rahmen der Union, dass die in einem Mitgliedstaat ergangenen Entscheidungen von Rechts wegen, ohne ein besonderes Verfahren, anerkannt werden. Allerdings geht die Brüssel I-VO noch nicht soweit, dass auf ein Exequaturverfahren gänzlich verzichtet wird. Die VO basiert (noch) auf dem Gedanken, dass die Zivilrechtspflege eigenverantwortliche und originär hoheitliche Aufgabe der einzelnen Staaten ist und deshalb bei grenzüberschreitender Anerkennung und Vollstreckung eine gewisse Kontrolle notwendig ist, bevor der Staat seine Vollstreckungsorgane anweist, ein fremdes Urteil durchzusetzen.<sup>483</sup> Dazu zählt auch die in Art. 34 Nr. 1 Brüssel I-VO vorgesehene Kontrolle des anerkennungsrechtli-

479 EGMR Ur. v. 20.7.2001, No. 30882/96 - *Pellegrini/Italien*, Rn. 33 ff.

480 EGMR Ur. v. 20.7.2001, No. 30882/96 - *Pellegrini/Italien*, Rn. 40.

481 Vgl. EGMR Ur. v. 18.2.1999, 24833/94 - *Matthews/United Kingdom*, Rn. 32; näher dazu *Becker*, Grundrechtsschutz bei der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung im europäischen Zivilverfahrensrecht, 2004, 93.

482 Zu den anwendbaren Grundrechtsordnungen vgl. *Becker*, Grundrechtsschutz, 2004, 69 ff.

483 *Stadler*, IPRax 2004, 2, 5.

chen *ordre public*. Die Klausel ist anzuwenden, wenn die Anerkennung oder Vollstreckung der in einem anderen Vertragsstaat erlassenen Entscheidung gegen einen wesentlichen Rechtsgrundsatz verstieße und deshalb in einem nicht hinnehmbaren Gegensatz zur Rechtsordnung des Vollstreckungsstaats stünde.<sup>484</sup> Damit das Verbot der Nachprüfung der ausländischen Entscheidung auf ihre Gesetzmäßigkeit gewahrt bleibt, muß es sich bei diesem Verstoß um eine offensichtliche Verletzung einer in der Rechtsordnung des Vollstreckungsstaats als wesentlich geltenden Rechtsnorm oder eines dort als grundlegend anerkannten Rechts handeln.<sup>485</sup> Welche Anforderungen das sind, ergibt sich nach ihren innerstaatlichen Anschauungen aus der öffentlichen Ordnung des jeweiligen Mitgliedstaats.<sup>486</sup> Dazu zählen neben den nationalen Grundrechten<sup>487</sup> jedenfalls auch die Verfahrensgrundrechte, wie sie in der Union und in der EMRK anerkannt sind.<sup>488</sup> Das zeigt, dass die eigentliche Bedeutung des Anerkennungshindernis vor allem im verfahrensrechtlichen *ordre public*<sup>489</sup> liegt, weil dem Anerkennungsstaat damit die Möglichkeit gegeben wird, fundamentale Verfahrensdefizite im Ausgangsstaat auszugleichen.<sup>490</sup>

Langfristig gesehen, wird das Exequaturverfahren und damit die Anerkennungskontrollmöglichkeit wohl abgeschafft werden.<sup>491</sup> Dafür ist Voraussetzung, dass auf europäischer Ebene gemeinsame Mindestgarantien festgelegt werden, mit denen das gegenseitige Vertrauen zwischen den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten verstärkt werden soll.<sup>492</sup> Damit besteht die Möglichkeit, sicherzustellen, dass die in den Unionsgrundrechten und in der EMRK festgelegten Voraussetzungen für ein faires Verfahren bereits im Urteilsstaat eingehalten werden. In drei Verfahrensarten wird mittlerweile auf das Exequaturverfahren vollständig verzichtet. Der Europäische Vollstreckungstitel<sup>493</sup> ermöglicht die Vollstreckung eines nationalen Vollstreckungstitels über eine unbestrittene Geldforderung in einem anderen Mitgliedstaat, ohne dass es einer förmlichen Vollstreckbarkeitserklärung bedarf (Art. 1 und 5 VO 805/2004) und ohne Möglichkeit, sich auf Anerkennungsversagungsgründe zu beru-

484 EuGH v. 28.3.2000, Rs. C-7/98 - *Krombach/Bamberski*, Slg. 2000, I-1935 Rn. 37.

485 Ebenda, Rn. 37.

486 Ebenda, Rn. 22.

487 BGH v. 26.9.2000 - IX ZB 23/97 - *Krombach*, NJW 2000, 3289.

488 EuGH v. 28.3.2000, Rs. C-7/98 - *Krombach/Bamberski*, Slg. 2000, I-1935 Rn. 25 f.

489 Dazu *Kropholler*, Europäisches Zivilprozeßrecht, 8. Aufl., 2005, Art. 34 Rn. 13 ff; *Leible* in Rauscher, Europäisches ZivilprozeßR., 2. Aufl., Bd. 1, 2006, Art. 34 Brüssel I-VO Rn. 13 ff.

490 *Stadler*, RIW 2004, 801, 803; *Schlosser*, EU-Zivilprozessrecht, 3. Aufl., 2009, EuGVVO Art. 34-36 Rn. 2.

491 Siehe Maßnahmenprogramm zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABI C 12 v. 15.1.2001, 1; Haager Programm zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Union, ABI C 53 v. 3.3.2005, 1, 13.

492 So das Maßnahmenprogramm (Fn. 491); Haager Programm, (Fn. 491).

493 Verordnung (EG) Nr. 805/2004 v. 21.4.2004 zur Einführung eines Europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen, ABI L 143 v. 30.4.2004, 15; geändert von Verordnung (EG) Nr. 1869/2005 v. 16.11.2005 zur Ersetzung der Anhänge der Verordnung (EG) Nr. 805/2004, ABI L 300 v. 17.11.2005, 6.

fen.<sup>494</sup> Den notwendigen, allerdings abgeschwächten Schutz des Schuldners leistet nicht mehr der Vollstreckungsstaat im Rahmen des Vollstreckbarerklärungsverfahrens, sondern im Prinzip nur noch der Ursprungsmitgliedstaat bei der gerichtlichen Erteilung der Bestätigung des Vollstreckungstitels als Europäischer VT.<sup>495</sup> Weder die gerichtliche Entscheidung, noch die Bestätigung als Europäischer VT dürfen im Vollstreckungsstaat nachgeprüft werden (Art. 21 Abs. 2 VO 805/2004). Diese Entscheidung basiert auf dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens in die ordnungsgemäße Rechtspflege in den Mitgliedstaaten.<sup>496</sup> Voraussetzung dafür ist allerdings, dass die Verfahrensgrundrechte des Schuldners im Ursprungsmitgliedstaat gewahrt werden.<sup>497</sup> Deshalb sieht die VO vor, dass eine Bestätigung als Europäischer VT nur möglich ist, wenn das gerichtliche Verfahren im Ursprungsmitgliedstaat bestimmten Mindestanforderungen genügt (Art. 12 Abs. 1 VO 805/2004). Diese Entwicklung wird mit den Verordnungen zum Europäischen Mahnverfahren<sup>498</sup> und zum Europäischen Verfahren für geringfügige Forderungen<sup>499</sup> fortgesetzt: Der aus einem Europäischen Mahnverfahren hervorgehende Europäische Zahlungsbefehl (Art. 12 VO 1896/2006) und ein Urteil in einem Verfahren für geringfügige Forderungen werden in den anderen Mitgliedstaaten anerkannt und vollstreckt, ohne dass es einer Vollstreckbarerklärung bedarf und ohne dass ihre Anerkennung angefochten werden kann (Art. 19 VO 1896/2006, Art. 20 Abs. 1 VO 861/2007).

Gegen die Abschaffung des Exequaturverfahrens und dem damit einhergehenden Kontrollverlust im Anerkennungsstaat wurde eingewendet, dass Rechtsschutzmöglichkeiten im Vollstreckungsstaat grundrechtlich geboten seien.<sup>500</sup> Darauf wird von den Befürwortern erwidert,<sup>501</sup> dass die Verweigerung der Anerkennung bei einem Verfahrensverstöß im Urteilsstaat ohnehin nicht mit dem *ordre public* gerechtfertigt werden kann, wenn im Erstverfahren zumutbare Rechtsbehelfe zur Verfügung standen, um den Mangel zu beseitigen.<sup>502</sup> Dem widersprechen die Befürworter des *ordre public*-Vorbehalts unter Verweis auf die Entscheidung des EuGH in der Rs. *Krombach*.<sup>503</sup> Ein französisches Gericht hatte Dieter Krombach in Abwesenheit strafrechtlich und zugleich im zivilrechtlichen Adhäsionsverfahren zu Schadensersatz verur-

494 Dazu weiterführend *Wagner*, IPRax 2002, 75, ; *Stadler*, RIW 2004, 801, ; *Stein*, IPRax 2004, 181, ; *Coester-Waltjen*, Jura 2005, 394, ; *Wagner*, NJW 2005, 1157.

495 *Wagner*, NJW 2005, 1157, 1158.

496 Erwägungsgrund (18) VO 805/2004.

497 Erwägungsgrund (10) VO 805/2004.

498 VO (EG) Nr. 1896/2006 v. 12.12.2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, ABI L 399 v. 30.12.2006, 1; dazu *Sujecki*, NJW 2007, 1622.

499 VO (EG) Nr. 861/2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen, ABI L 199 v. 31.7.2007, 1; dazu *Jahn*, NJW 2007, 2890.

500 *Bruns*, JZ 1999, 178, 284 ff; *Becker*, Grundrechtsschutz, 2004, 173 ff; *Stadler*, IPRax 2004, 2, 7 f.

501 *Wagner*, IPRax 2002, 75, 87 f; *Stein*, IPRax 2004, 181, 186 f.

502 BGH v. 21.3.1990 - XII ZB 71/89, NJW 1990, 2201, 2202 f; *Kropholler*, Europäisches Zivilprozeßrecht, 2005, Art. 34 Rn. 14; *Leible* in Rauscher, Europäisches ZivilprozeßR, 2006, Art. 34 Rn. 18; *Schlosser*, EU-Zivilprozessrecht, 2009, EuGVVO Art. 34-36 Rn.4.

503 EuGH v. 28.3.2000, Rs. C-7/98 - *Krombach/Bamberski*, Slg. 2000, I-1935 .

teilt. Nach französischem Prozessrecht war es ihm nicht möglich, sich in dem Verfahren anwaltlich vertreten zu lassen.<sup>504</sup> Darin liegt nach Auffassung des EuGH und des EGMR ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK.<sup>505</sup> Das deutsche Gericht durfte deshalb bei der Entscheidung nach Art. 34 Nr. 1 Brüssel I-VO<sup>506</sup> diese Grundrechte<sup>507</sup> berücksichtigen.<sup>508</sup> Dieser Fall zeige, dass das Vertrauen in die Grundrechtskonformität der Zivilrechtspflege der anderen Mitgliedstaaten nicht berechtigt sei.<sup>509</sup> Daraus kann man den Schluss ziehen, dass die Gleichwertigkeit des Rechtsschutzes in der Union zwar ein hehres Ziel sei, der Realität aber nicht entspreche.<sup>510</sup>

Übertragen auf die Bindungswirkung legt es diese Kritik nahe, dass die Mitgliedstaaten die Bindungswirkung unter den Vorbehalt eines anerkennungsrechtlichen *ordre public* stellen würden. Dafür spricht vor allem, dass die nationalen Kartellverwaltungsverfahrenrechte nicht harmonisiert sind und daher - anders als bei den VO zum Europäischen Mahnverfahren und zum Europäischen Vollstreckungstitel - nicht kraft Unionsrechts sichergestellt ist, dass die Mindestgarantien, die aus dem Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes folgen, auch tatsächlich eingehalten werden. Man muss vielleicht nicht soweit gehen wie die Corte di Cassazione, die den neuen Mitgliedstaaten der Union jede Erfahrung bei der Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts abspricht.<sup>511</sup> Es ist daher in der Tat nicht auszuschließen, dass der NCA oder dem Rechtsbehelfsgericht ein Verfahrensfehler unterläuft, der sich dann im Folgeverfahren perpetuieren würde. Danach wäre das Zivilgericht im Kartellschadensersatzprozess gezwungen, seine Entscheidung auf Tatsachen und rechtliche Feststellungen zu stützen, die aus seiner Sicht konventionswidrig getroffen wurden. Gleichwohl sprechen aus meiner Sicht die überwiegenden Gründe gegen einen zusätzlichen *ordre public*-Vorbehalt im nationalen Recht: (1.) Er läuft im Wesentlichen leer und ist (2.) konventionsrechtlich nicht erforderlich.

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist Art. 34 Nr. 1 Brüssel I-VO eng auszulegen und kann nur in Ausnahmefällen eine Rolle spielen.<sup>512</sup> Das Gericht des Vollstreckungsstaats darf nicht nachprüfen, ob das Gericht des Ursprungsstaats den Fall

504 Näher zum Sachverhalt *EGMR*, Urt. v. 13.2.2001 2001, 2387.

505 EuGH v. 28.3.2000, Rs. C-7/98 - *Krombach/Bamberski*, Slg. 2000, I-1935 Rn. 38 ff; *EGMR*, Urt. v. 13.2.2001 2001, 2387, Rn. 88 ff.

506 In der Sache fand noch der gleichlautende Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ Anwendung.

507 Der BGH hat sich idS aber auf Art. 103 GG gestützt, BGH v. 26.9.2000 - IX ZB 23/97 - *Krombach*, NJW 2000, 3289.

508 EuGH v. 28.3.2000, Rs. C-7/98 - *Krombach/Bamberski*, Slg. 2000, I-1935 Rn. 45.

509 *Stadler*, RIW 2004, 801, 803.

510 *Rauscher/Pabst* in *Rauscher*, Europäisches ZivilprozessR, 2. Aufl., Bd. 2, 2006, Einl EG-VollstTitelVO Rn. 15; *Stürner*, in *Basedow* (Hrsg.), Private Enforcement, 2007, 163, 188; weiterführend auch *Stadler*, IPRax 2004, 2, 6 ff.

511 Stellungnahme der Corte suprema di cassazione v. 11.7.2008, S. 8 [“totalmente carenti di esperienza”]; [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white\\_paper\\_comments/cortesup\\_it.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/cortesup_it.pdf) [Stand: 15.9.2009].

512 EuGH v. 28.3.2000, Rs. C-7/98 - *Krombach/Bamberski*, Slg. 2000, I-1935 Rn. 21; EuGH v. 11.5.2000, Rs. C-38/98 - *Renault SA/Maxicar SpA*, Slg. 2000, I-2973 Rn. 26 mwN.

rechtlich und tatsächlich fehlerfrei gewürdigt hat.<sup>513</sup> Das gilt insbesondere bei der Anwendung von Unionsrecht.<sup>514</sup> Der *ordre public*-Vorbehalt kann vom Zivilgericht daher nicht dafür verwendet werden, den kartellrechtlich relevanten Sachverhalt abweichend zu würdigen. In solchen Fällen ist davon auszugehen, dass das Rechtsbehelfssystem der Mitgliedstaaten, ergänzt durch das Vorabentscheidungsverfahren, den Betroffenen eine ausreichende Garantie bietet.<sup>515</sup> Die Anerkennung oder Vollstreckung muss vielmehr gegen einen wesentlichen Rechtsgrundsatz verstoßen und deshalb in einem nicht hinnehmbaren Gegensatz zur Rechtsordnung des Vollstreckungsstaats stehen.<sup>516</sup> Das können bei der Überprüfung der Entscheidungen einer NCA oder eines nationalen Rechtsbehelfsgerichts nur Verfahrensnormen sein. Ein Verstoß gegen den materiellen *ordre public* scheidet aus, weil es um die Anwendung des in beiden Mitgliedstaaten unmittelbar geltenden EU-Wettbewerbsrechts geht. Damit das Verbot der Nachprüfung der ausländischen Entscheidung auf ihre Gesetzmäßigkeit gewahrt bleibt, muss es sich bei diesem Verstoß um eine offensichtliche Verletzung einer in der Rechtsordnung des Vollstreckungsstaats als wesentlich geltenden Rechtsnorm oder eines dort als grundlegend anerkannten Rechts handeln.<sup>517</sup> Ein offensichtlicher Verstoß gegen nationale Verfahrensgrundrechte ist zugleich immer ein Verstoß gegen den im Unionsrecht und in der EMRK geschützten Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes. Exemplarisch dafür steht der Fall *Krombach*, in dem gegen nationale Verfahrensgrundrechte,<sup>518</sup> Unionsgrundrechte<sup>519</sup> und Art. 6 Abs. 1 EMRK<sup>520</sup> verstoßen wurde. Es zählt zu den Aufgaben der NCA und der Gerichte, die die kartellbehördliche Entscheidung überprüfen, diese Grundsätze zu wahren. Hat der Adressat eine an ihn gerichtete Entscheidung der NCA bestandskräftig werden lassen, sind eventuelle Verfahrensverstöße im Verwaltungsverfahren ohnehin nicht mehr Gegenstand einer *ordre public*-Kontrolle, weil er die zumutbare Möglichkeit, innerstaatlichen Rechtsschutz zu erhalten, nicht genutzt hat. Der Anwendungsbereich eines *ordre public*-Vorbehalts im Kartellzivilverfahren schrumpft daher idR auf Entscheidungen letztinstanzlicher nationaler Gerichte, weil etwaige Verfahrensfehler nicht mehr im Rechtsmittelweg zu bereinigen sind. Weil diese offensichtlichen Verfahrensfehler zwangsläufig auch gegen das Unionsrecht verstoßen, steht dem Zivilgericht in diesen Fällen der Weg zum EuGH über Art. 267 AEUV offen.<sup>521</sup> Damit ist gewährleistet, dass das Zivilgericht seiner Entscheidung keine Feststellungen zugrunde legen muss, die gegen die Unionsgrundrechte versto-

513 EuGH v. 28.3.2000, Rs. C-7/98 - *Krombach/Bamberski*, Slg. 2000, I-1935 Rn. 36.

514 EuGH v. 11.5.2000, Rs. C-38/98 - *Renault SA/Maxicar SpA*, Slg. 2000, I-2973 Rn. 32.

515 EuGH v. 28.3.2000, Rs. C-7/98 - *Krombach/Bamberski*, Slg. 2000, I-1935 Rn. 37.

516 Ebenda.

517 Ebenda.

518 BGH v. 26.9.2000 - IX ZB 23/97 - *Krombach*, NJW 2000, 3289.

519 EuGH v. 28.3.2000, Rs. C-7/98 - *Krombach/Bamberski*, Slg. 2000, I-1935.

520 Ebenda.

521 Dazu kritisch im Zusammenhang mit dem Europäischen Zivilverfahrensrecht *Bruns*, JZ 1999, 178, 285.



ßen. Aus rechtspolitischer Hinsicht ist ein *ordre public*-Vorbehalt daher nicht notwendig.

Er ist es auch nicht aus konventionsrechtlicher Sicht. Ein Verzicht auf einen anerkennungsrechtlichen *ordre public* verkürzt zwar den Rechtsschutz des Betroffenen. Das ist aber nicht konventionswidrig, weil die Entscheidung im Ausgangsstaat einer vollen Kontrolle und den daraus resultierenden Bindungen an die EMRK unterliegt.<sup>522</sup> Die EMRK verlangt nur einen effektiven, keinen optimalen Rechtsschutz. Aus der EMRK folgt die Pflicht, sicherzustellen, dass ihre Garantien auch eingehalten werden, wenn ein Transfer von Hoheitsgewalt vorliegt.<sup>523</sup> Danach muss der Vertragsstaat eigene verfahrensrechtliche Maßnahmen treffen, wenn er Entscheidungen von Staaten mit innerstaatlicher Wirkung ausstattet, die gerade nicht an die EMRK gebunden sind.<sup>524</sup> Das war der entscheidende Grund in der Rs. *Pellegrini*, weil der Vatikan als Urteilsstaat nicht an die EMRK gebunden ist. In diesen Fällen besteht nur die Möglichkeit, den Garantien der EMRK im Anerkennungsstaat zur Geltung zu verhelfen. Anders verhält es sich, wenn der Urteilsstaat als Mitglied der Union an die EMRK gebunden ist und dort der Grundrechtsschutz sichergestellt ist.<sup>525</sup> Dabei handelt es sich primär um eine Aufgabe des Urteilsstaats. Kommt dieser seiner Pflicht nicht nach, verschiebt sich die Sicherstellung nicht auf den Anerkennungsstaat, sondern auf die Union. Die Union ist sekundärer Adressat der grundrechtlichen Pflichten, die aus dem Unionsrecht, der Grundrechtecharta und der EMRK für die Gestaltung und Durchführung kartellrechtlicher Verfahren vor den NCA folgen. Innerhalb der Unionsorgane ist die Kommission primärer Grundrechtsadressat. Das mag zunächst überraschend klingen, ist aber eine zwangsläufige Folge der herausgehobenen Stellung der Kommission im Europäischen Wettbewerbsnetz (ECN). Das ECN ist als Institution nicht unmittelbar gesetzlich geregelt. Die wesentlichen Elemente, die seine Existenz ermöglichen, folgen aus der VO 1/2003, insbesondere Art. 11.<sup>526</sup> Die Selbstständigkeit der einzelnen nationalen Behörden bleibt zunächst unberührt.<sup>527</sup> Daher sind sie auch der primäre Adressat verfahrensrechtlicher Grundrechte. Allerdings ermöglicht es Art. 11 VO 1/2003 der Kommission, weitgehenden Einfluss auf die Durchführung nationaler Kartellverfahren zu nehmen: Die Wettbewerbsbehörden haben die Kommission über die Aufnahmen von Verfahren zu unterrichten (Art. 11 Abs. 3 VO 1/2003), sie müssen die Kommission vor dem Erlass einer Entscheidung unterrichten (Art. 11 Abs. 4 VO 1/2003), die Kommission hat die NCA bei der Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV zu beraten (Art. 11 Abs. 4 VO 1/2003) und die Kommission kann ein Verfahren an sich ziehen (Art. 11 Abs. 6 VO 1/2003).<sup>528</sup> Letzteres erlaubt der Kommission, zu einem Verfahren schriftlich Stellung zu nehmen und dadurch die Einheitlichkeit der

522 Vgl. *Wagner*, IPRax 2002, 75, 87 f.

523 EGMR Ur. v. 18.2.1999, 24833/94 - *Matthews/United Kingdom*, Rn. 32.

524 EGMR Ur. v. 20.7.2001, No. 30882/96 - *Pellegrini/Italien*, Rn. 40.

525 *Stein*, IPRax 2004, 181, 186 f.

526 *de Bronnett*, KarVerfR, 2005, Vorbemerkung zu den Art. 11 bis 14 Rn. 2.

527 Näher dazu *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, 2005, § 7 Rn. 63 ff.

528 *de Bronnett*, KarVerfR, 2005, Art. 11 Rn. 3.



Rechtsanwendung sicherzustellen.<sup>529</sup> Gegenstand dieser Informationspflicht sind alle Entscheidungen, denen Bindungswirkung zukommen soll.<sup>530</sup> Kommt den Entscheidungen der NCA Bindungswirkung zu, muss die Kommission diesen Aspekt bei der Ausübung ihrer Kompetenzen aus Art. 11 VO 1/2003 besonders berücksichtigen. Sie muss im Rahmen ihrer rechtlichen Möglichkeiten sicherstellen, dass die Verfahrensgrundrechte potentieller Adressaten kartellbehördlicher Entscheidungen gewahrt sind, insbesondere, dass ihnen umfassendes rechtliches Gehör vor den NCA gewährt wird. Sekundärer Grundrechtsadressat innerhalb der Union ist schließlich der EuGH. Ist ein nationales Zivilgericht im Einzelfall der Auffassung, dass diese Grundrechte nicht ausreichend gewahrt worden sind, kann es sein Verfahren aussetzen und nach Art. 267 AEUV die Frage dem EuGH zur Entscheidung vorlegen. Damit ist die Wahrung der Rechte unter anderem aus der EMRK erneut "sichergestellt". Damit zeigt sich, dass die Vorlagemöglichkeit zum EuGH ein wesentlicher Rechtfertigungsgrund für die Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen ist. Ein nationaler *ordre public*-Vorbehalt ist daher konventionsrechtlich nicht erforderlich. Noch weitergehend müsste man sogar überlegen, ob ein nationaler *orde public*-Vorbehalt aufgrund des hier vorgestellten Zusammenhangs in der Sache eine Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Handels der Kommission ist, die der Unionsgerichtsbarkeit vorbehalten ist.

#### b) Übertragung von Hoheitsrechten

Die Bindungswirkung wie sie in § 34 Abs. 4 GWB geregelt und im Weißbuch vorgeschlagen wird, führt dazu, dass das Zivilgericht den Verstoß gegen Art. 101 und 102 AEUV nicht mehr selbstständig würdigt, sondern an die Entscheidungen von Behörden bzw. Gerichten anderer Mitgliedstaaten gebunden ist. Obwohl die Feststellung von Tatsachen und ihre rechtliche Würdigung grundsätzlich zu den Kernkompetenzen richterlicher Tätigkeit und damit zur Ausübung staatlicher Hoheitsrechte zählen, wird der Richter kraft nationalen Rechts (§ 34 Abs. 4 GWB) oder kraft Unionsrechts an die Entscheidung einer ausländischen NCA, und damit an ausländische Hoheitsgewalt, gebunden. Insoweit findet eine teilweise Verlagerung der Ausübung von Hoheitsgewalt statt, weil die Entscheidungen ausländischer Behörden innerstaatlich unbedingte Geltung beanspruchen dürfen. Insoweit besteht ein enger Zusammenhang zwischen der unionsrechtlichen Anerkennungspflicht mitgliedstaatlicher Verwaltungsentscheidungen<sup>531</sup> und der angestrebten Bindungswirkung. Ordnet das sekundäre Unionsrecht an, dass der Verwaltungsentscheidung eines anderen Mitgliedstaats Bindungswirkung zukommt, erweitert sich der Rege-

529 Bekanntmachung über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, Rn. 46.

530 Dazu allgemein *de Bronnert*, *KarVerfR*, 2005, Art. 11 Rn. 7.

531 Dazu oben D.II.2.

lungsbereich der Verwaltungsentscheidung.<sup>532</sup> Denn alle Mitgliedstaaten müssen dann fremde Verwaltungsakte anerkennen und sie behandeln, als wären diese von ihnen selbst erlassen worden. Entscheidend ist dabei, dass diese transnationale Wirkung nicht durch eine Anerkennung im Einzelfall zustande kommt. Die Bindungswirkung baut auf einer generellen Anerkennung im Voraus auf. Insoweit kann man von einem transnationalen Verwaltungsakt sprechen.<sup>533</sup> Darin liegt der wesentliche Unterschied zur Anerkennung ausländischer Hoheitsakte: während hier eine konkret-individuelle innerstaatliche Anerkennungsentscheidung Anknüpfungspunkt für die Ausübung innerstaatlicher Hoheitsgewalt ist, beruht die Geltung des transnationalen Hoheitsakts im Inland auf einer abstrakt-antizipierten Anerkennung.<sup>534</sup> Eine Rechtmäßigkeitskontrolle der bestandskräftigen ausländischen Behördenentscheidung oder des rechtskräftigen Urteils findet im Inland bewusst nicht mehr statt, weil die nach Unionsrecht (vgl. Art. 11 VO 1/2003) zuständige Behörde entschieden hat. In der Sache liegt also eine Übertragung von Hoheitsrechten vor. Im deutschen Verfassungsrecht wird der Begriff der Hoheitsrechte weit verstanden. Darunter fallen alle Befugnisse zu einseitig verbindlichem Handeln gegenüber dem Bürger.<sup>535</sup> Die Errichtung der Union hat grundsätzlich nichts an der Geltung des Territorialitätsprinzips, also der Begrenzung der Hoheitsgewalt eines Staates auf sein Staatsgebiet, geändert.<sup>536</sup> Soweit fremde Staatstätigkeit auf dem eigenen Territorium Wirkung entfalten soll, bedarf es immer einer verfassungsrechtlichen Ermächtigung dafür.<sup>537</sup> Diese Übertragung ist aus Sicht des deutschen Verfassungsrechts allerdings nach Art. 23 Abs. 1 GG gerechtfertigt. Sie folgt letztlich aus der Mitwirkung Deutschlands an der Europäischen Union und der damit einhergehenden Öffnung des nationalen Rechts für die Unionsrechtsordnung. Ganz offensichtlich ist das nicht, weil es nahe liegen würde, Art. 23 Abs. 1 GG dahingehend zu verstehen, dass Hoheitsrechte nur an die Union und deren Organe übertragen werden. Auszugehen ist jedoch von einer funktionalen Betrachtungsweise:<sup>538</sup> Die Auswirkung der ausländischen Behördenentscheidung beruht auf Unionsrecht, die Organe des anderen Mitgliedstaats werden beim indirekten Vollzug von der Union instrumentalisiert und ihre Tätigkeit wird funktional der Union zugerechnet. Aus dem primären Unionsrecht, insbesondere Art. 4 Abs. 3 EUV, folgt dann eine Öffnung des nationalen Rechts auch für Hoheitsakte anderer Mitgliedstaaten, soweit diese Unionsrecht vollziehen.<sup>539</sup> Sieht das sekundäre Unionsrecht eine Aufteilung des Vollzugs zwischen der Kommission und

532 Zum Folgenden instruktiv *Michaels*, Anerkennungsspflichten, 2004, 360 ff.

533 *Schmidt-Aßmann*, DVBl. 1993, 924, 935; *Neßler*, NVwZ 1995, 863, 865 f.; *Michaels*, Anerkennungsspflichten, 2004, 360 f.

534 Anders *Roth*, FS U. Huber, 2006, 1134, 1153, der die Feststellungswirkung aus § 34 Abs. 4 GWB einem Anerkennungsvorbehalt unterwerfen möchte.

535 *Pernice* in Dreier, GG, 2. Aufl., Bd. 2, 2006, Art. 24 Rn. 18.

536 *Michaels*, Anerkennungsspflichten, 2004, 206.

537 *Michaels*, Anerkennungsspflichten, 2004, 378.

538 Vertiefend zum Ganzen *Michaels*, Anerkennungsspflichten, 2004, 383 ff.

539 Siehe oben D.II.

den nationalen Behörden vor (Kooperationsprinzip),<sup>540</sup> kann das sekundäre Unionsrecht folglich auch anordnen, dass den Entscheidungen der in dem Kooperationsverhältnis stehenden nationalen Behörden kraft sekundären Unionsrecht dieselbe Bindungswirkung wie den Entscheidungen der Kommission zukommt. Das Europäische Wettbewerbsnetz ist exemplarischer Anwendungsfall dieses Kooperationsverhältnisses im Verwaltungsvollzug des Unionsrechts.<sup>541</sup> Entscheidend ist, dass sich aus der VO einerseits eine erhebliche Mitwirkungsbefugnis der Kommission in Wettbewerbsverfahren vor den NCA ergibt.<sup>542</sup> Andererseits folgt unmittelbar aus dem Unionsrecht die Pflicht aller NCA im Horizontalverhältnis eng zusammenzuarbeiten (Art. 11 Abs. 1 VO 1/2003).<sup>543</sup> Die Beschränkung auf NCA von Mitgliedstaaten im Weißbuch nimmt direkten Bezug auf die Bekanntmachung über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden.<sup>544</sup> Damit ist sichergestellt, dass die Bindungswirkung, die dem Vollzug des Unionsrechts durch NCA in anderen Mitgliedstaaten zukommt, unionsrechtlich und verfassungsrechtlich Ausübung von Hoheitsgewalt ist, die der Union übertragen wurde.

#### 4. Widerlegliche gesetzliche Vermutungsregelung als vorzugswürdige Alternative?

Im Grünbuch hat die Kommission neben der Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen und als Alternative eine daraus folgende Beweislastumkehr (*reversal of the burden of proof*) vorgeschlagen.<sup>545</sup> Das klassische Vorbild für eine Beweislastumkehr ist Sec. 5(a) Clayton Act.<sup>546</sup>

##### a) Sec. 5(a) Clayton Act und offensive collateral estoppel

Sec. 5(a) Clayton Act lautet auszugsweise: “A final judgment or decree heretofore or hereafter rendered in any civil or criminal proceeding brought by or on behalf of the United States under the antitrust laws to the effect that a defendant has violated said laws shall be prima facie evidence against such defendant in any action or proceeding brought by any other party against such defendant under said laws as to all matters respecting which said judgment or decree would be an estoppel as between the parties thereto...”.<sup>547</sup> Der Kläger eines follow-on-Verfahrens muss den Verstoß

540 Dazu *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl, 2005, CIII ff.

541 *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2005, CVIII ff.

542 Dazu bereits oben D.III.3.a.

543 *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, 2005, § 7 Rn. 77 f.

544 ABI C 101 v. 27.4.2004, S. 43.

545 Grünbuch, S. 7 [Option 8].

546 28 Stat. 731; 15 U.S.C. § 16(a).

547 15 U.S.C. § 16(a).

gegen die Antitrustgesetze nicht mehr beweisen, weil dieser im Verfahren gegen den Beklagten widerleglich vermutet wird.<sup>548</sup> Lediglich die weiteren Klagevoraussetzungen bleiben beweisbedürftig.<sup>549</sup> Umstritten ist, ob diese Vermutungswirkung auch für Entscheidungen der Federal Trade Commission nach Sec. 5 des Federal Trade Commission Act<sup>550</sup> gilt.<sup>551</sup> Zweck der Regelung in Sec. 5 Clayton Act ist es, “to minimize the burdens of litigation for injured private suitors by making available to them all matters previously established by the Government in antitrust actions.”<sup>552</sup> Darin kommt eine Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers zum Ausdruck, “which tends to simplify the presentation of individual claims of damage caused by what has in a master suit been found to be a violation of the anti-trust laws.”<sup>553</sup>

Diese Vermutungswirkung überlappt sich mit anderen Instituten des U.S. Rechts. Nach dem *case law* handelt es sich bei Sec. 5 Clayton Act um eine Ausprägung der *estoppel*-Doktrin.<sup>554</sup> Der Kläger kann daher wählen, ob er sich auf Sec. 5 Clayton Act stützt oder ob er die common law-Grundsätze des “*collateral estoppel*” oder “*issue preclusion*” geltend macht.<sup>555</sup> Der Unterschied besteht darin, dass der Beklagte nach Sec. 5 Clayton Act die Vermutungswirkung widerlegen kann, während die Anwendung der Grundsätze des *collateral estoppel* das Gericht an die Feststellungen der früheren Entscheidung bindet. Diese Institute führen dazu, dass “*the relitigation of issues of fact or law that are identical to issues which have been actually determined and necessarily decided in prior litigation in which the party against whom [collateral estoppel] is asserted had a full and fair opportunity to litigate*”<sup>556</sup> ausgeschlossen ist. Die Partei, die sich darauf berufen möchte, muss fünf Voraussetzungen erfüllen: “(1) *the issue or fact is identical to the one previously litigated; (2) the issue or fact was actually resolved in the prior proceeding; (3) the issue or fact was critical and necessary to the judgment in the prior proceeding; (4) the judgment in the prior proceeding is final and valid; and (5) the party to be foreclosed by the prior resolution of the issue or fact had a full and fair opportunity to litigate the issue or fact in the prior proceeding*”.<sup>557</sup> Beruft sich der Kläger auf diese Grundsätze, um den Beklagten daran zu hindern, eine Tatsache erneut zu verhandeln, die er bereits in einem Vorverfahren mit einer anderen Partei erfolglos geltend gemacht hat, bezeichnet man die Einrede als “*offensive collateral estoppel*”.<sup>558</sup> Der *District Court* hat ein weites Ermessen, zu entscheiden, ob ein Anwendungsfall

548 *Hempel, Rechtsschutz*, 2002, 215.

549 *Hempel, Rechtsschutz*, 2002, 215.

550 15 U.S.C. § 45.

551 Dazu näher *Altmann/Pollak*, 4 Callmann on Unfair Comp., Tr. & Mono 2009, § 23:5.

552 *Emich Motors Corp. v. General Motors Corp.*, 340 U.S. 558 (1951).

553 *Windham v. American Brands, Inc.*, 529 F.2d 1016 (4th Cir. 1976).

554 *Emich Motors Corp. v. General Motors Corp.*, 340 U.S. 558 (1951).

555 *Altmann/Pollak*, 4 Callmann on Unfair Comp., Tr. & Mono 2009, § 23:5.

556 *Sedlack v. Braswell Servs. Group, Inc.*, 134 F.3d 2192 (4th Cir. 1998).

557 *In re Microsoft Corp. Antitrust Litigation*, 355 F.3d 322 (4th Cir. 2004).

558 *Parklane Hosiery Co. v. Shore*, 439 U.S. 322 (1979).

gegeben ist.<sup>559</sup> Er muss seine Entscheidung im Wesentlichen daran orientieren, ob *“the fact was critical and necessary to the judgment in the prior litigation, so long as the plaintiff using the fact could not have easily joined the prior litigation and application of the doctrine would not be unfair to the defendant.”*<sup>560</sup>

Diese zusätzlichen prozessualen Möglichkeiten des U.S.-amerikanischen Rechts sind bei der kritischen Bewertung der Alternativen widerlegliche Vermutung oder Bindungswirkung zu berücksichtigen. Insgesamt ergibt sich, dass das U.S.-amerikanische Recht sowohl mit materiellen Rechtskraftwirkungen als auch mit Beweiserleichterungen arbeitet. Wer für die widerlegliche Vermutung plädiert,<sup>561</sup> kann ihre Effizienz daher nicht zwangsläufig mit dem amerikanischen Modell belegen. Dafür wäre es notwendig, empirisch zu belegen, in welchen Fällen sich der Kläger auf Sec. 5(a) Clayton Act stützt und in welchen Fällen die Grundsätze des offensiven *collateral estoppel* angewendet werden. Letztere sind Anwendungsfälle des Prinzips der *res judicata*<sup>562</sup> und ähneln daher in ihren Auswirkungen eher einer Bindungswirkung.

#### b) Widerlegliche Vermutung als das “kleinere Übel”?

Die Kommission hat sich im Weißbuch deutlich gegen die Einführung einer Beweislastumkehr ausgesprochen.<sup>563</sup> Das ist auf teilweise deutlich vorgetragene Kritik von *stakeholders*<sup>564</sup> und aus der Wissenschaft<sup>565</sup> gestoßen. Bereits im Zusammenhang mit § 34 Abs. 4 GWB wurde vorgeschlagen, Entscheidungen ausländischer Behörden und Gerichte lediglich als Grundlage einer widerleglichen Vermutung anzusehen.<sup>566</sup> Eine widerlegliche Vermutung weist im Vergleich zur vorgeschlagenen Bindungswirkung eine Reihe von Besonderheiten auf, die sie zunächst attraktiv erscheinen lassen: (1.) Mit einer widerleglichen Vermutung werden die Grundsätze der Gewaltenteilung und der Unabhängigkeit der Gerichte nicht tangiert. Die letztverbindliche Entscheidung darüber, ob die der behördlichen Entscheidung zugrunde liegenden Tatsachen tatsächlich vorliegen, liegt beim Zivilgericht. Dieses ist auch zur eigenständigen rechtlichen Würdigung dieser Tatsachen befugt. (2.) Weil der

559 *Parklane Hosiery Co. v. Shore*, 439 U.S. 322331 (1979).

560 *In re Microsoft Corp. Antitrust Litigation*, 355 F.3d 322326-27 (4th Circ.2004).

561 Vgl. etwa *Hempel*, WuW 2005, 137, 143 ff.

562 *In re Microsoft Corp. Antitrust Litigation*, 355 F.3d 322325-26 (4th Circ. 2004)

563 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 147.

564 Stellungnahme der Corte suprema di cassazione v. 11.7.2008, S. 7; [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white\\_paper\\_comments/cortesup\\_it.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/cortesup_it.pdf) [Stand: 15.9.2008].

565 *Stürner*, Duties of Disclosure and Burden of Proof in the Private Enforcement of European Competition Law, in *Basedow* (Hrsg.), Private Enforcement of EC Competition Law, 2007, 163, 188.

566 *Monopolkommission*, Sondergutachten 41 zur 7. GWB-Novelle (Allg. WettbR), 2004, Rn. 55; *Fuchs*, WRP 2005, 1384, 1395; *Hempel*, WuW 2005, 137, 145; *Roth*, in *Basedow* (Hrsg.), Private Enforcement, 2007, 61, 77.

Beklagte im Folgeprozess die Möglichkeit hat, die Vermutung zu widerlegen, ist das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz, insbesondere der Grundsatz des rechtlichen Gehörs, gewahrt. Ihm bleibt die Möglichkeit, darzulegen und zu beweisen, dass die Feststellungen der behördlichen Entscheidung nicht zutreffen und er kann das Gericht von seiner abweichenden Rechtsauffassung überzeugen. (3.) Es findet keine Übertragung von Hoheitsgewalt statt. Die damit verbundenen Rechtfertigungsprobleme stellen sich nicht. Der vorangegangene Abschnitt hat freilich gezeigt, dass diese Gründe im Ergebnis auch einer Feststellungswirkung behördlicher und gerichtlicher Entscheidungen nicht entgegenstehen. Festzuhalten ist aber, dass die Ausgestaltung als widerlegliche Vermutung weniger intensiv in die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten eingreift und sich besser in die nationalen Prozessrechtsordnungen einfügt. Beispielsweise steht im deutschen Recht mit § 292 ZPO die prozessuale Transformationsnorm für widerlegliche gesetzliche Vermutungen zur Verfügung. Diese Einschätzung hat nicht nur rechtspolitische, sondern auch kompetenzrechtliche Konsequenzen.

Die Richtlinie kann nach zutreffender Auffassung auf Art. 103 Abs. 1 AEUV (ex Art. 83 Abs. 1 EG) gestützt werden.<sup>567</sup> Dagegen wird eingewendet, die im Weißbuch vorgeschlagenen Maßnahmen könnten als Eingriffe in das nationale Zivil- und Zivilverfahrensrecht nicht auf Art. 103 AEUV gestützt werden und bedürften daher zusätzlicher Kompetenzgrundlagen.<sup>568</sup> Das kann im Ergebnis nicht überzeugen. Aufschlussreich ist in dieser Hinsicht vor allem die Rechtsprechung des EuGH in den Rs. *Courage*<sup>569</sup> und *Manfredi*<sup>570</sup>. Danach verlangen die volle Wirksamkeit des Art. 101 AEUV und insbesondere die praktische Wirksamkeit des Verbots in Art. 101 Abs. 1 AEUV, dass jedermann Ersatz des ihm entstandenen Schadens verlangen kann.<sup>571</sup> Folgt danach aus den Art. 101 und 102 AEUV, dass die Mitgliedstaaten Schadensersatzansprüche vorsehen müssen, sind unionsrechtliche Akte zur Effektivierung dieser mitgliedstaatlichen Pflicht "zweckdienlich" iSv Art. 103 AEUV.<sup>572</sup> Die Ausübung der Kompetenz aus Art. 102 AEUV steht unter der zusätzlichen Schranke des Verhältnismäßigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 3 EUV).<sup>573</sup> Danach kommt es für die Frage, ob eine Vorschrift des Unionsrechts dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht, darauf an, ob die gewählten Mittel zur Erreichung des angestrebten Zweckes geeignet sind und ob sie das Maß des hierzu Erforderlichen nicht übersteigen.<sup>574</sup> Bei der gerichtlichen Nachprüfung dieser

567 *van Gerven*, in *Basedow* (Hrsg.), *Private Enforcement*, 2007, 19, 38; *Roth*, EWS 2008, 401, 406; *Zimmer/Philip*, ZEuP 2009, 489, 497 f.

568 *Rapp-Jung* in *MünchKomm KartellR*, Bd. 1, 2007, Art. 83 Rn. 19.

569 EuGH v. 20.9.2001, Rs. C-453/99 - *Courage/Crehan*, Slg. 2001, I-6297.

570 EuGH v. 13.7.2006, Rs. 295/04-298/04 - *Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, Slg. 2006, I-6619.

571 EuGH v. 20.9.2001, Rs. C-453/99 - *Courage/Crehan*, Slg. 2001, I-6297 Rn. 26; EuGH v. 13.7.2006, Rs. 295/04-298/04 - *Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, Slg. 2006, I-6619 Rn. 60.

572 *Roth*, EWS 2008, 401, 407; *Zimmer/Philip*, ZEuP 2009, 489, 498.

573 Siehe EuGH v. 22.10.1998, Verb. Rs. 36 7nd 37/97 - *Kellinghusen/Amt für Land und Wasserwirtschaft Kiel*, Slg. 1998, I-6337 Rn. 32 ff.

übersteigen.<sup>574</sup> Bei der gerichtlichen Nachprüfung dieser Voraussetzungen ist dem Unionsgesetzgeber ein weites Ermessen zuzuerkennen, in dem von ihm politische, wirtschaftliche und soziale Entscheidungen verlangt werden und in dem er komplexe Beurteilungen vorzunehmen hat.<sup>575</sup> Eine in diesem Bereich erlassene Maßnahme kann nur dann rechtswidrig sein, wenn sie zur Erreichung des von den zuständigen Organen verfolgten Zieles offensichtlich ungeeignet ist.<sup>576</sup> Zu untersuchen ist daher, ob die Anordnung einer widerleglichen Vermutung ebenso wie die Anordnung einer Bindungswirkung geeignet ist, die Regelungsziele zu erreichen und ob die Bindungswirkung deshalb über das zur Erreichung dieses Ziel erforderliche Maß hinausgeht.

Regelungsziel ist die unionsweit einheitliche Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV, ein höheres Maß an Rechtssicherheit und die Verbesserung der Wirksamkeit und verfahrensrechtlichen Effizienz von Schadensersatzklagen.<sup>577</sup> Die Kommission argumentiert, dass man mit einer widerleglichen Vermutung diese Ziele nicht genauso effektiv wie mit einer Bindungswirkung erreichen könne, weil der Beklagte die Feststellungen der NCA wiederholt in Frage stellen könne.<sup>578</sup> Dagegen findet sich häufig der Einwand, dass dem Beklagten kaum gelingen werde, das Gericht vom Gegenteil der Feststellungen der NCA zu überzeugen. Damit übersieht man aber einen wesentlichen Gesichtspunkt. Die widerlegliche Vermutung ermöglicht dem Beklagten diesen Vortrag und der Grundsatz des rechtlichen Gehörs verlangt dann, dass eine Beweisaufnahme unter Verwendung von Gegengutachten stattzufinden hat.<sup>579</sup> Man muss daher davon ausgehen, dass sich der Schadensersatzprozess mit der Entscheidung zugunsten einer widerleglichen Vermutung erheblich verzögern wird. Dieser Verzögerung verschärft sich, wenn das Unternehmen zu sog. "Torpedoklagen" greift. Von einem Torpedo spricht man, wenn eine Partei sich bewusst einer langsamen Jurisdiktion bedient, um durch Anrufung eines Gerichts in einem Mitgliedstaat mit bekannt langer Verfahrensdauer die Geltendmachung von Leistungs- oder Schutzansprüchen des anderen Teils wesentlich zu verzögern oder zu vereiteln.<sup>580</sup> Damit wird ein Mechanismus des Europäischen Zivilrechtsverfahrens ausgenutzt, der an sich zur Vermeidung gegensätzlicher Entscheidungen in den Mitgliedstaaten dient: Art. 27 Brüssel I-VO bewirkt nämlich, dass die zuerst rechtshängig gewordene negative Feststellungsklage des Rechtsverletzers, der später anhängig gemachten Leistungsklage des Geschädigten vorgeht. Das hängt damit zusammen, dass nach Auffassung des EuGH beim Zusammentreffen von negativer

574 EuGH v. 13.5.1997, Rs. C-233/94 - *Deutschland/Rat und Parlament*, Slg. 1997, I-2405 Rn. 54; EuGH v. 12.12.2006, Rs. 380/03 - *Deutschland/Parlament und Rat*, Slg. 2006, I-11573 Rn. 144.

575 EuGH v. 12.12.2006, Rs. 380/03 - *Deutschland/Parlament und Rat*, Slg. 2006, I-11573 Rn. 145 mwN.

576 Ebenda.

577 Weißbuch, S. 6 f.

578 Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 147.

579 Vgl. EuGH v. 10.4.2003, Rs. C-276/01 - *Steffensen*, Slg. 2003, I-3735 Rn. 71 ff.

580 *Sander/Bressler*, ZZZ (122) 2009, 157.



Feststellungs- und Leistungsklage derselbe Anspruch zwischen denselben Parteien vorliegt.<sup>581</sup> Der EuGH hat es explizit abgelehnt, Art. 27 Abs. 1 Brüssel I-VO für unvertretbar lange Verfahren nicht anzuwenden.<sup>582</sup> Dahinter steht das Bestreben, Parallelprozesse vor mehreren zuständigen Gerichten der Mitgliedstaaten zu vermeiden. Gleichzeitig wird durch die formale Handhabung Parteien die Möglichkeit eröffnet, dieses Institut zu missbrauchen.<sup>583</sup> Diese Missbrauchsgefahr verringert man für den Kartellschadensersatzprozess, wenn man den Entscheidungen der NCA Feststellungswirkung zuschreibt. Die Rechtstatsachen führen daher zu dem Ergebnis, dass eine widerlegliche Vermutung die angestrebten Ziele nicht in gleicher Effektivität erreichen kann.

Auch hinsichtlich der Rechtsfolgen ist eine widerlegliche Vermutung nicht genauso geeignet wie die Bindungswirkung, um die angestrebten Ziele zu erreichen. Die widerlegliche Vermutung erfasst zunächst Tatsachen (Tatsachenvermutung).<sup>584</sup> Danach würde widerleglich vermutet, dass die von der NCA festgestellten Tatsachen, aus denen der Wettbewerbsverstoß folgt, vorliegen. Vermutungsgegenstand kann aber auch eine Rechtsposition sein (Rechtsvermutung).<sup>585</sup> Im deutschen Recht kann allerdings nur ein Rechtszustand oder eine Rechtsposition vermutet werden.<sup>586</sup> Rechtsfolgen werden nicht vermutet. Darin liegt neben der Widerleglichkeit der zweite wesentliche Unterscheid zur Bindungswirkung. Der rechtlichen Würdigung der festgestellten Tatsachen in der Entscheidung der NCA käme danach keine zwingende Wirkung im Folgeverfahren zu. Damit ist die Bindungswirkung nicht geeignet, die einheitliche Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV sicherzustellen und ein höheres Maß an Rechtssicherheit zu erreichen.

Insgesamt ist die Alternative einer widerleglichen Vermutung teilweise schon nicht geeignet die angestrebten Ziele zu erreichen, und wo sie im Ausgangspunkt geeignet wäre, ist sie weniger gut geeignet als eine Bindungswirkung im Sinne der Feststellungswirkung. Die Entscheidung für die Bindungswirkung und gegen die widerlegliche Vermutung ist daher verhältnismäßig.

#### IV. Zwischenergebnis

Die mit dem Weißbuch angestrebte Bindungswirkung bedarf einer ausdrücklichen Anordnung im Sekundärrecht. Sie lässt sich nicht mit den Grundsätzen der *Delimi-*

581 EuGH v. 6.12.1994, Rs. 406/92 - *Tatry*, Slg. 1994, I-5439 Rn. 37 ff; näher dazu *Sander/Bressler*, ZJP (122) 2009, 157, 163 f.

582 EuGH v. 9.12.2003, Rs. C-116/02 - *Erich Gasser GmbH/MISAT Srl*, Slg. 2003, I-14963 Rn. 70 ff.

583 Näher dazu mit Lösungsvorschlägen *Sander/Bressler*, ZJP (122) 2009, 157, 165 ff mwN.

584 Vgl. *Saenger*, in HK-ZPO, 3. Aufl., 2009, § 292 Rn. 2.

585 Vgl. *Saenger* in HK-ZPO, 2009, § 292 Rn. 3.

586 Vgl. *Reichold* in Thomas/Putzo, ZPO, 2008, § 292 Rn. 2; *Saenger*, in HK-ZPO, 2009, § 292 Rn. 3.

*tis-* und *Masterfoods*-Entscheidung erklären und folgt auch nicht aus dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung mitgliedstaatlicher Verwaltungsakte.

Sie wirft allerdings erhebliche Rechtfertigungsanforderungen auf. Die Kritik wirft dem Weißbuch vor, den im Unionsrecht verankerten Grundsatz der Gewaltenteilung und der Unabhängigkeit der Gerichte zu verletzen. Soweit die Bindung aus einer rechtskräftigen Entscheidung eines Gerichts im eigenen Mitgliedstaat folgt, werden diese Grundsätze nicht verletzt. Aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte folgt, dass auch eine Bindung an Verwaltungsbehörden mit diesen Grundsätzen vereinbar ist, solange dagegen effektiver Rechtsschutz möglich ist. Das ist schließlich auch der zentrale Gesichtspunkt bei der Bindung an Kartellbehörden anderer Mitgliedstaaten.

Der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes ist mehrfach im Unionsrecht verankert. Er beschränkt die verfahrensrechtliche Autonomie der Mitgliedstaaten. Sie müssen sicherstellen, dass der von der Bindungswirkung Betroffene die Möglichkeit hat, die Entscheidung in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht vor einem Gericht vollständig anzugreifen. Dieser Grundsatz verlangt dieselbe Kontrolldichte im nationalen Recht wie bei der Überprüfung von Kommissionsentscheidungen vor Unionsgerichten. Eine Bindungswirkung bestandskräftiger Entscheidungen ist damit nur zu vereinbaren, wenn die Bestandskraft nach Ablauf angemessener Fristen eintritt. Zum Grundsatz effektiven Rechtsschutzes zählt auch der Grundsatz rechtlichen Gehörs. Dieser verpflichtet auch die nationale Kartellbehörde, dem späteren Adressaten Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben und die Entscheidung umfassend zu begründen.

Besondere Probleme entstehen im Zusammenhang mit der Bindung an ausländische Behörden- und Gerichtsentscheidungen. Grundsätzlich folgt aus der EMRK, dass der Grundsatz effektiven Rechtsschutzes den Vertragsstaat zu einer Anerkennungsprüfung zwingt, bevor er Akte anderer Staaten mit Wirkung im Inland versieht. Diese Anerkennungsprüfung ist innerhalb der Europäischen Union allerdings entbehrlich. Die Entwicklungen im Europäischen Zivilverfahrensrecht belegen diese These. Die Bindungswirkung muss insbesondere nicht unter den Vorbehalt eines anerkennungsrechtlichen *ordre public* gestellt werden. Ein solcher läuft im Europäischen Wettbewerbsrecht im Wesentlichen leer und ist nach Maßgabe der EMRK auch nicht erforderlich. Sowohl der jeweilige Mitgliedstaat als auch die Union und ihre Organe haben während des Ausgangsverfahrens sicherzustellen, dass die Grundrechte des Betroffenen gewahrt bleiben. Die Kommission hat diese Pflicht bei Ausübung ihrer Kompetenzen nach Art. 11 VO 1/2003 zu berücksichtigen. Letztlich wahrt der EuGH über die Vorlagemöglichkeit die Verfahrensgrundrechte des Betroffenen. Staatsorganisationsrechtlich liegt in diesem Vorgang eine Übertragung von Hoheitsrechten, die in Deutschland von Art. 23 GG erlaubt wird.

Eine widerlegliche gesetzliche Vermutung ist keine vorzugswürdige Alternative. Die Gegenansicht kann sich nicht auf das U.S.-amerikanische Recht stützen, weil dieses mit einer Kombination von materiellen Rechtskraftwirkungen und Beweiserleichterungen arbeitet. Eine widerlegliche Vermutung ist darüber hinaus nicht im gleichen Maße geeignet, die damit angestrebten Ziele zu erreichen.

## E. Ausblick

Die GD Wettbewerb arbeitet zur Zeit einen Richtlinienvorschlag aus, mit dessen Veröffentlichung in nächster Zukunft zu rechnen ist. Verschiedene interne Arbeitsfassungen des Vorschlags sind bereits nach außen gedrungen. Soweit man diesen Texten folgen kann und darf, wird sich der Richtlinienvorschlag hinsichtlich der Bindungswirkung eng am Weißbuch orientieren. In einer Entwurfsfassung von Anfang Juni 2009 wird in Art. 13 des Richtlinienvorschlags der "Effect of national decisions" wie folgt geregelt:

Where national courts rule, in actions for damages, on agreements, decisions or practices under Article 81 or 82 of the Treaty which are already the subject of a final infringement decision by a national competition authority or by a review court, Member States shall ensure that the national courts cannot take decisions running counter to such infringement decisions. This obligation is without prejudice to the rights and obligations under Article 234 of the Treaty.

Aus Erwägungsgrund (20) des unveröffentlichten Richtlinienvorschlags folgt, dass Art. 16 VO 1/2003 Vorbild dieser Bindungswirkung ist. Damit würde in der Sache der hier vertretene Ansatz bestätigt, so dass die Ausführungen zum Tatbestand und den Rechtsfolgen (C.II. und III.) für den Richtlinienvorschlag entsprechend gelten. Das gilt auch für die oben (C.II.2.b.) diskutierte Beschränkung der Bindungswirkung auf Entscheidungen, in denen ein Wettbewerbsverstoß positiv festgestellt wurde. Das folgt aus Erwägungsgrund (20): "*the finding of an infringement of Article 81 or 82 of the Treaty [jetzt Article 101 or 102] in a final decision of a national competition authority or a review court should also not be called into question in actions for damages relating to the same infringement*". Aufgrund des mit Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003 übereinstimmenden Wortlauts und der Zielsetzung in Erwägungsgrund (20) [*"to enhance legal certainty, to avoid inconsistency in the application of these Treaty provisions and to increase the effectiveness and procedural efficiency of actions for damages"*] folgt unter Berücksichtigung der hier angestellten Überlegungen (C.III.1), dass es sich um eine Feststellungswirkung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht handelt.

Besonders zu erwähnen ist, dass Erwägungsgrund (20) ausdrücklich klarstellt, dass diese Bindungswirkung auch für Zivilgerichte anderer Mitgliedstaaten gilt ("*regardless of whether or not the action is brought in the Member State of the authority or review court*"). Diesbezüglich muss man allerdings einen deutlichen Unterschied zum Weißbuch feststellen. Während dort noch die Möglichkeit eines *ordre public*-Vorbehalts in Anlehnung an Art. 34 Nr. 1 Brüssel I-VO ausdrücklich angesprochen wurde, wird das im Richtlinienvorschlag mit keinem Wort mehr erwähnt. Das ist nach hier vertretener Ansicht konsequent, weil der *ordre public*-Vorbehalt rechtspolitisch unnötig, konventionsrechtlich nicht erforderlich und unionsrechtlich sogar problematisch ist (D.III.3.a). Daraus folgt in der Sache, dass das im Europäischen Zivilverfahrensrecht mittlerweile verankerte Vertrauensprinzip (D.III.3.a) auch im Europäischen Wettbewerbsrecht gelten wird, indem man sich ohne weiteres auf die Rechtmäßigkeit der Entscheidungen von Kartellbehörden und Rechtsbehelfsgerichten anderer Mitgliedstaaten stützen kann. Das Vertrauensprinzip

beginnt sich daher insgesamt als ein grundlegendes europäisches Rechtsprinzip herauszubilden. Das entscheidende Problem des Vertrauensprinzips besteht darin, ob es angesichts der Unterschiede in den mitgliedstaatlichen Verfahrensordnungen gerechtfertigt ist, auf die Einhaltung der im Unionsrecht, der Grundrechtecharta und der EMRK verankerten Verfahrensgrundrechte auch tatsächlich vertrauen zu dürfen. Wie hier herausgearbeitet wurde, ist das zentrale Problem der Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen die Sicherstellung der Verfahrensgrundrechte der davon Betroffenen (D.III). In Erwägungsgrund (24) des unveröffentlichten Richtlinienvorschlags findet man dazu den pauschalen Hinweis, dass die Richtlinie die Grundrechte der Grundrechtecharta und der EMRK beachte und dass keine ihrer Bestimmungen in einer Art ausgelegt und angewendet werden soll, die nicht mit diesen Grundrechten vereinbar sei. In der Begründung wird etwas lapidar darauf verwiesen, dass die Verteidigungsrechte der betroffenen Unternehmen vom Unionsrecht geschützt seien. Das trifft sicherlich zu. Entscheidend wird aber letztlich sein, ob es der Kommission gelingen wird, über ihre Einflussmöglichkeiten im ECN sicherzustellen, dass die Verfahrensgrundrechte in den Verfahren vor den NCA institutionell verankert sind und auch in jedem Einzelfall gewahrt bleiben. So wichtig die mit der Bindungswirkung zu erreichenden Ziele für die effektive Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen aus Wettbewerbsverstößen auch sein mögen, man muss mit Nachdruck an ihre grundrechtlichen Grenzen erinnern: Die Bindung an die Feststellungen in tatsächlicher und rechtlicher Sicht einer kartellbehördlichen Entscheidung ist unionsrechtlich nur dann gerechtfertigt, wenn dagegen im nationalen Recht effektive Rechtsschutzmöglichkeiten der betroffenen Unternehmen auch tatsächlich bestehen.

### *Literaturverzeichnis*

- Altmann, Louis/Pollak, Malla, 4 Callmann on Unfair Comp., 4th ed., 2009.
- Ashton, David, Buchbesprechung, ZWeR 2008, 318-323.
- Bartels, Wolfgang, Kooperation zwischen EU-Kommission und nationalen Gerichten im europäischen Wettbewerbsverfahren, ZfRV 2002, 83-94.
- Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-Kartellrecht, 2. Aufl., München 2009.
- Bechtold, Rainer, GWB, 5. Aufl., München 2008.
- Becker, Rainer/Bessot, Nicolas/de Smijter, Eddy, The White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, Comp. Pol'y Newsletter 2008, 4-11.
- Becker, Ulrich, Grundrechtsschutz bei der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung im europäischen Zivilverfahrensrecht, Frankfurt a.M. 2004.
- Berrisch, Georg M./Burianski, Kartellrechtliche Schadensersatzansprüche nach der 7. GWB - Novelle, WuW 2005, 878-888.
- Biavati, Paolo, Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile 61, 2007, 97-118.
- Bornkamm, Joachim, Die Masterfoods-Entscheidung des EuGH, ZWeR 2003, 73-85.
- Bornkamm, Joachim/Becker, Mirko, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellverbots nach der Modernisierung des EG-Kartellrechts, ZWeR 2005, 213-236.
- Brinkmann, Moritz, Das Beweismaß im Zivilprozeß aus rechtsvergleichender Sicht, Köln 2005.
- Bruns, Alexander, Der anerkennungsrechtliche ordre public in Europa und den USA, JZ 1999, 178-187.
- Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.), Bd. 1, 10. Aufl., Neuwied 2006 (zit.: Bearbeiter in: Langen/Bunte).
- Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 9. Aufl., Neuwied 2001 (zit.: Bearbeiter in: Langen/Bunte).
- Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 10. Aufl., Neuwied 2006 (zit.: Bearbeiter in: Langen/Bunte).
- Callies, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl., München 2007 (zit.: Bearbeiter in: Callies/Ruffert, EUV/EGV).
- Coester-Waltjen, Dagmar, Der neue Europäische Vollstreckungstitel, Jura 2005, 394-397.
- de Bronnett, Georg-Klaus, Kommentar zum Europäischen Kartellverfahrensrecht, München 2005.
- Dreher, Meinhard, Der Zugang zu Entscheidungen mit Bindungswirkung für den kartellrechtlichen Schadensersatzprozess, ZWeR 2008, 325-347.
- Dreher, Meinhard/Adam, Michael, The more economic approach to Art. 82 EC and the legal process, ZWeR 2006, 259-278.
- Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 2, 2. Aufl., Tübingen 2006 (zit.: Bearbeiter in: Dreier, GG).
- Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 3, 2. Aufl., Tübingen 2008 (zit.: Bearbeiter in: Dreier, GG).
- Drexl, Josef, Wettbewerbsverfassung, in: Armin v. Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2009, S. 905-958.

- Durner, Wolfgang, Die Unabhängigkeit nationaler Richter im Binnenmarkt - Zu den Loyalitätspflichten nationaler Gerichte gegenüber EG-Kommission, insbesondere auf dem Gebiet des Kartellrechts, EuR 2004, 547-574.
- Dworkin, Ronald, Law's Empire, Cambridge, Mass. 1986.
- Eilmansberger, Thomas, The Relationship Between Rights and Remedies in EC Law: In Search of the Missing Link, 41 CMRL 1199-1246 (2004).
- Erichsen, Hans-Uwe/Ehlers, Dirk (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl., Berlin 2006 (zit.: Bearbeiter in: Ehrichsen/Ehlers, Allg. VerwR).
- Frowein, Jochen Abr./Peukert, Wolfgang, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Kehl 1996.
- Fuchs, Andreas, Die 7. GWB-Novelle - Grundkonzeption und praktische Konsequenzen, WRP 2005, 1384-1396.
- Geiger, Andreas, Anmerkung zu EuGH v. 14.12.2000, Rs. 344/98 Masterfoods, EuZW 2001, 116-117.
- Geimer, Reinhold, Internationales Zivilprozeßrecht, 5. Aufl., Köln 2005.
- Geimer, Reinhold/Greger, Reinhard (Hrsg.), 27. Aufl., Köln 2009 (zit.: Bearbeiter in: Zöller, ZPO).
- Gerber, David J., Private enforcement of competition law: a comparative perspective, in: Thomas M.J. Möllers/Andreas Heinemann (Hrsg.), The Enforcement of Competition Law in Europe, 2007, S. 431-452.
- Germelmann, Claas Friedrich, Die Rechtskraft von Gerichtsentscheidungen in der Europäischen Union, Tübingen 2009.
- Gottwald, Peter, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., München 2004.
- Grabenwarter, Christoph, Die Revisionsbegründungsfrist nach § 345 I StPO und das Recht auf angemessene Vorbereitung der Verteidigung (Art. 6 III lit. b EMRK), NJW 2002, 109-111.
- Grabenwarter, Christoph, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl., München 2009.
- Grabenwarter, Christoph, Justiz- und Verfahrensgrundrechte, in: Dirk Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, Berlin 2005, S. 152-176.
- Grabenwarter, Christoph, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Wien 1997.
- Gundel, Jörg, Justiz- und Verfahrensgrundrechte, in: Dirk Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, Berlin 2005, S. 152-176.
- Hanley, Colleen, The abandonment of deference, 44 CMLR 817-836 (2007).
- Hempel, Rolf, Private Follow-on-Klagen im Kartellrecht, WuW 2005, 137-146.
- Hempel, Rolf, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht, Baden-Baden 2002.
- Heselhaus, Sebastian/Nowak, Carsten (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, München ua 2006 (zit.: Bearbeiter in: Heselhaus/Nowak, Hdb. Grundrechte).
- Hirsbrunner, Simon/Schädle, Anne, Sicherer Hafen oder Bermudadreieck? - Wohin geht die Reise bei der Neuorientierung der Praxis der Europäischen Kommission gegenüber Missbräuchen marktbeherrschender Unternehmen i.S. des Art. 82 EG?, EuZW 2006, 583-587.
- Hirsch, Günter, Anwendung der Kartellverfahrensordnung (EG) Nr. 1/2003 durch nationale Gerichte, ZWeR 2003, 233-254.
- Hirsch, Günter/Montag, Frank/Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.), Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Bd. 1, München 2007 (zit.: Bearbeiter in: MünchKomm KartellR).
- Huber, Peter Michael, Das institutionelle Gleichgewicht zwischen Rat und Europäischem Parlament in der künftigen Verfassung für Europa, EuR 2003, 574-599.
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, EG/Teil 1, 4. Aufl., München 2007 (zit.: Bearbeiter in: Immenga/Mestmäcker, GWB).

- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, EG/Teil 2, 4. Aufl., München 2007 (zit.: Bearbeiter in: Immenga/Mestmäcker).
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, GWB, 4. Aufl., München 2007 (zit.: Bearbeiter in: Immenga/Mestmäcker, GWB).
- Jahn, Isabel, Das Europäische Verfahren für geringfügige Forderungen, NJW 2007, 2890-2895.
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo (Hrsg.), GG, 10. Aufl., München 2009 (zit.: Bearbeiter in: Jarass/Pieroth, GG).
- Jeager, Wolfgang/Pohlmann, Petra/Rieger, Harald/Schroeder, Dirk (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 68. Lfg., Köln 2009 (zit.: Bearbeiter in: FK KartR).
- Jüntgen, David Alexander, Die prozessuale Durchsetzung privater Ansprüche im Kartellrecht, Köln 2007.
- Kamann, Hans-Georg/Selmayr, Martin, Das Risiko der Bestandskraft - Praktische Hinweise zur Anfechtung von Gemeinschaftsentscheidungen, NVwZ 1999, 1041-1045.
- Katzenmeier, Christian, Beweismaßreduzierung und probabilistische Proportionalhaftung, ZJP 117, 2004, 187-216.
- Kirchhoff, Wolfgang, Sachverhaltsaufklärung und Beweislage bei der Anwendung des Art. 81 EG-Vertrag, WuW 2004, 745-754.
- Kirchhoff, Wolfgang, Sachverhaltsaufklärung und Beweislage bei der
- Kjølbe, Lars, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 14.12.2000, Rs. 344/98 Masterfoods, 39 CMLR 175-184 (2002).
- Klees, Andreas, Europäisches Kartellverfahrensrecht, Köln 2005.
- Kominos, Assimakis, EC Private Antritrust Enforcement, Oxford & Portland, 2008.
- Kominos, Assimakis, Effect of Commission Decisions on Private Antritrust Litigation: Setting the Story Straight, 44 CMLR 1387-1428 (2007).
- Kominos, Assimakis, New Prospects for Private Enforcement of EC Competition Law: Courage v. Crehan and the Community Right to Damages, 39 CMLR 447-487 (2002).
- Kopp, Ferdinand/Ramsauer, Ulrich (Hrsg.), 10. Aufl., München 2008 (zit.: Bearbeiter in: Kopp/Ramsauer, VwVfG).
- Kropholler, Jan, Europäisches Zivilprozessrecht, 8. Aufl., Frankfurt a.M. 2005.
- Kunig, Philip (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 3, 5. Aufl., München 2003 (zit.: Bearbeiter in: v. Münch/Kunig, GG).
- Last, Christina, Garantie wirksamen Rechtsschutzes gegen Maßnahmen der Europäischen Union, Tübingen 2008.
- Leopold, Anders/Reiche, Esther, Zur Vorlageberechtigung mitgliedstaatlicher Wettbewerbsbehörden nach Art. 234 EG, EuZW 2005, 143-144.
- Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl M./Riesenkampff, Alexander (Hrsg.), Kartellrecht, 2. Aufl., München 2009 (zit.: Bearbeiter in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff).
- Logemann, Hans Philip, Der kartellrechtliche Schadensersatz, Berlin 2009.
- Malferrari, Luigi, Neues zur Kompetenzverteilung zwischen Kommission und nationaler Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts und zum Verhältnis zwischen Nichtigkeitsklage und dem Vorabentscheidungsverfahren, EuR 2001, 605-616.
- Mankowski, Peter, Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung, RIW 2008, 177-193.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim/Schweitzer, Heike, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., München 2004.
- Meyer-Ladewig, Jens, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Baden-Baden 2006.



- Meyer, Michael, Die Bindung der Zivilgerichte an Entscheidungen im Kartellverwaltungsrechtsweg - der neue § 33 IV GWB auf dem Prüfstand, GRUR 2006, 27-33.
- Michaels, Sascha, Anerkennungspflichten im Wirtschaftsverwaltungsrecht der Europäischen Gemeinschaft und der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 2004.
- Möllers, Thomas M.J./Heinemann, Andreas, The Enforcement of Competition Law in Europe, 2007.
- Monopolkommission, Sondergutachten 41 zur 7. GWB-Novelle (Allg. WettbR), Baden-Baden 2004.
- Möschel, Wernhard, "Effizienter Wettbewerbsschutz in einer erweiterten Gemeinschaft durch Einbeziehung der nationalen Wettbewerbsbehörden und nationalen Gerichte?", WuW 2001, 147-148.
- Musielak, Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 6. Aufl., München 2008 (zit.: Bearbeiter in: Musielak, ZPO).
- Nagel, Heinrich/Gottwald, Peter, Internationales Zivilprozeßrecht, 6. Aufl., Köln 2007.
- Neßler, Volker, Der transnationale Verwaltungsakt - Zur Dogmatik eines neuen Rechtsinstituts, NVwZ 1995, 863-866.
- Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Bd. 2, 25. Erg.-Lief., 2005 (zit.: Bearbeiter in: Grabitz/Hilf).
- Papier, Hans-Jürgen, Die richterliche Unabhängigkeit und ihre Schranken, NJW 2001, 1089-1094.
- Paulis, Emil, Policy Issues in the Private Enforcement of EC Competition Law, in: Jürgen Basedow (Hrsg.), Private Enforcement of EC Competition Law, Alphen aan den Rijn 2007, S. 7-16.
- Pohlmann, Petra, Keine Bindungswirkung von Bekanntmachungen und Mitteilungen der Europäischen Kommission, WuW 2005, 1005-1009.
- Rauscher, Thomas (Hrsg.), Europäisches Zivilprozeßrecht, Bd. 1, 2. Aufl., München 2006 (zit.: Bearbeiter in: Rauscher, Europäisches ZivilprozeßR).
- Rauscher, Thomas (Hrsg.), Europäisches Zivilprozeßrecht, Bd. 2, 2. Aufl., München 2006 (zit.: Bearbeiter in: Rauscher, Europäisches ZivilprozeßR).
- Rauscher, Thomas/Wenzel, Joachim/Wax, Peter (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 1, 3. Aufl., München 2008 (zit.: Bearbeiter in: MünchKomm ZPO).
- Reichhold, Klaus/Hüßtege, Rainer (Hrsg.), 29. Aufl., München 2008 (zit.: Bearbeiter in: Thomas/Putzo, ZPO).
- Ritter, Jan-Stephan, Private Durchsetzung des Kartellrechts, WuW 2008, 762-774.
- Röhling, Andreas, Die Zukunft des Kartellverbots in Deutschland nach In-Kraft-Treten der neuen EU-Verfahrensrechtsordnung, GRUR 2003, 1019-1025.
- Roth, Wulf-Henning, Das Kartelldeliktsrecht in der 7. GWB-Novelle in: Theodor Baums/Johannes Wertenbruch (Hrsg.) Festschrift für Ulrich Huber, 2006, S. 1134-1171 (zit.: FS U. Huber).
- Roth, Wulf-Henning, Internationales Kartelldeliktsrecht in der Rom II-Verordnung in: Dietmar Beutge/Jan von Hein/Michael von Hinden (Hrsg.) Die richtige Ordnung - Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag, 2008, S. 623-649 (zit.: FS Kropholler).
- Roth, Wulf-Henning, Private Enforcement of European Competition Law - Recommendations Flowing from the German Experience, in: Jürgen Basedow (Hrsg.), Private Enforcement of EC Competition Law, Alphen aan den Rhijn 2007, S. 61-81.
- Roth, Wulf-Henning, Rechtssetzungskompetenzen für das Privatrecht in der Europäischen Union, EWS 2008, 401-415.
- Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 5. Aufl., München 2009 (zit.: Bearbeiter in: Sachs, GG).

- Saenger, Ingo (Hrsg.), *Zivilprozessordnung - Handkommentar*, 3. Aufl., Baden-Baden 2009 (zit.: Bearbeiter, inHK-ZPO).
- Sander, Florian/Bressler, Steffen, Das Dilemma mitgliedstaatlicher Rechtsgleichheit und unterschiedlicher Rechtsschutzstandards in der Europäischen Union, *ZZP* 122, 2009, 157-185.
- Schenke, Wolf-Rüdiger, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 15. Aufl., München 2007.
- Scheuing, Dieter, Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten, *EuR* 2005, 162-191.
- Schlosser, Peter, *EU-Zivilprozessrecht*, 3. Aufl., München 2009.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard, Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht, *DVBl.* 1993, 924-936.
- Schmidt, Karsten, Gesetzliches Kartell-Zivilprozeßrecht, *ZWeR* 2007, 394-418.
- Schmidt, Karsten, Umdenken im Kartellverfahrensrecht!, *BB* 2003, 1237-1245.
- Schoch, Friedrich/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung*, Bd. II, 17. Erg.-Lief., München 2008 (zit.: Bearbeiter in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, *VwGO*).
- Schroeder, Daniela, Bindungswirkungen von Entscheidungen nach Art. 249 EG im Vergleich zu denen von Verwaltungsakten nach deutschem Recht, Berlin 2006.
- Schütt, Marc, Individualrechtsschutz nach der 7. GWB-Novelle, *WuW* 2004, 1124-1133.
- Schwarze, Jürgen (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 2. Aufl., Baden-Baden 2009 (zit.: Bearbeiter in: Schwarze, *EU*).
- Schwarze, Jürgen, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2. Aufl., Baden-Baden 2005.
- Schweda, Marc, Die Bindungswirkung von Bekanntmachungen und Leitlinien der Europäischen Kommission, *WuW* 2003, 1133-1144.
- Seibert, Max-Jürgen, *Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten*, Baden-Baden 1989.
- Stadler, Astrid, Das Europäische Zivilprozessrecht - Wie viel Beschleunigung verträgt Europa, *IPRax* 2004, 2-11.
- Stadler, Astrid, Der Europäische Vollstreckungstitel, *RIW* 2004, 801-808.
- Starck, Christian (Hrsg.), *Das Bonner Grundgesetz*, Bd. 3, 5. Aufl., München 2005 (zit.: Bearbeiter in: v. Mangoldt/Klein/Starck, *GG*).
- Stein, Andreas, Der Europäische Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen tritt in Kraft - Aufruf zu einer nüchternen Betrachtung, *IPRax* 2004, 181-191.
- Stein/Jonas, *Zivilprozessordnung*, 21. Aufl., Tübingen 1994 (zit.: Bearbeiter in: Stein/Jonas, *ZPO*).
- Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 7. Aufl., München 2008 (zit.: Bearbeiter in: Stelkens/Bonk/Sachs, *VwVfG*).
- Stürmer, Rolf, Die "Principles of Transnational Civil Procedure", *ZZPInt.* 11, 2006, 381-401.
- Stürmer, Rolf, Duties of Disclosure and Burden of Proof in the Private Enforcement of European Competition Law, in: Jürgen Basedow (Hrsg.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, Alphen aan den Rhijn 2007, S. 163-192.
- Stürmer, Rolf, The Principles of Transnational Civil Procedure, *RebelsZ* 69, 2005, 201-254.
- Sujecki, Bartosz, Das Europäische Mahnverfahren, *NJW* 2007, 1622-1625.
- Tettinger, Peter J./Stern, Klaus (Hrsg.), *Europäische Grundrechtecharta*, München 2006 (zit.: Bearbeiter in: Tettinger/Stern, *GrCh*).
- van Gerven, Walter, Private Enforcement of EC Competition Rules in the ECJ, in: Jürgen Basedow (Hrsg.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, Alphen aan den Rijn 2007, S. 19-38.
- Wagner-von Papp, Florian, Internationales Wettbewerbsrecht, in: Christian Tietje (Hrsg.), *Internationales Wirtschaftsrecht*, Berlin 2009, S. 455-513.
- Wagner, Rolf, Der Europäische Vollstreckungstitel, *NJW* 2005, 1157-1160.

- Wagner, Rolf, Vom Brüsseler Übereinkommen über die Brüssel I-Verordnung zum europäischen Vollstreckungstitel, IPRax 2002, 75-95.
- Zimmer, Daniel/ Logemann Hans- Philip, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht, ZEuP 2009, 489-516.
- Zuber, Andreas, Die EG-Kommission als amicus curiae, Köln 2001.
- Zuleeg, Manfred, Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft, NJW 1994, 545-549.