

Nr. 194

Peter Mankowski

Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten

-

**Fragen des anwendbaren Rechts
und der internationalen Zuständigkeit**

2012

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHES WIRTSCHAFTSRECHT

Vorträge und Berichte

Nr. 194

herausgegeben von den Mitgliedern des Zentrums



Dr. Peter Mankowski

Professor an der Universität Hamburg

Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten

-

Fragen des anwendbaren Rechts und der internationalen Zuständigkeit

Referate im Rahmen der Vortragsreihe
„Rechtsfragen der Europäischen Integration“

Bonn, den 12. Dezember 2011

Copyright bei den Autoren

ausschließlich erhältlich beim Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht

www.zew.uni-bonn.de

Druck: Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Inhalt

A. Einleitung	1
B. Anwendbares Recht	2
I. Normtext und Entstehungsgeschichte	2
II. Sachlicher Anwendungsbereich	6
1. Katalog des Erwägungsgrundes (23) S. 1 Rom II-VO	7
2. Anknüpfung nationalen und gemeinschaftlichen Kartellrechts?	9
3. Einschränkung der Rom II-VO auf Zivil- und Handelssachen durch Art. 1 Rom II-VO	12
4. Einbeziehung wahrscheinlicher Beeinträchtigungen	17
III. Auswirkungsprinzip in Art. 6 Abs. 3 lit. a Rom II-VO	21
1. Ausfüllung des Auswirkungsprinzips	21
2. Einschränkung durch Interessenabwägung auf einer zweiten Stufe?	30
3. Beachtung mangelnden Anwendungswillens von Normen des berufenen Kartellrechts auf der sachrechtlichen Ebene	33
4. Allseitige Formulierung oder Beschränkung auf mitgliedstaatliche Rechtsordnungen?	34
IV. Beeinträchtigung mehrerer Märkte	39
1. Grundsatz: Mosaikprinzip	39
2. Lex fori nach Art. 6 Abs. 3 lit. b Hs. 1 Rom II-VO	43
3. Lex fori bei Klage gegen mehrere Beklagte nach Art. 6 Abs. 3 lit. b Hs. 2 Rom II-VO	52
V. Bedeutung des Art. 17 Rom II-VO	55
VI. Ausschluss einer Rechtswahl durch Art. 6 Abs. 4 Rom II-VO	57
C. Internationale Zuständigkeit	58
I. Überblick	58

II. Art. 23 EuGVVO	59
III. Art. 2 EuGVVO	59
IV. Art. 5 Nr. 3 EuGVVO	60
1. Ubiquitätsprinzip	60
2. Mosaikprinzip beim Erfolgsort	61
3. Handlungsort bei Kartelldelikten	62
4. Erfolgsort bei Kartelldelikten	68
V. Art. 6 Nr. 1 EuGVVO	70
1. Grundsätzliches	70
2. Kartellrechtliche Schadensersatzklagen und Art. 6 Nr. 1 EuGVVO	73
3. Beklagte mit Wohnsitz außerhalb der EU	76
VI. Gerichtsstand der Widerklage (Art. 6 Nr. 3 EuGVVO)	78
VII. Gerichtsstand der Niederlassung (Art. 5 Nr. 5 EuGVVO)	78
VIII. Gerichtsstand des Erfüllungsortes (Art. 5 Nr. 1 EuGVVO)	79
D. Zusammenfassung	80

A. Einleitung

Schadensersatzklagen* bei Kartelldelikten haben mit dem Übergang von behördlicher Kartellverfolgung zu Private Enforcement¹ größere Bedeutung als je zuvor erlangt. Kartelle sind im heutigen Europa in aller Regel grenzüberschreitende Kartelle. Gegen sie vorzugehen wirft deshalb in aller Regeln Fragen nach dem Wo, also nach der internationalen Zuständigkeit, und nach der rechtlichen Grundlage, also nach dem anwendbaren Recht, auf. Damit geht es um die EuGVVO einerseits und um die Rom II-VO andererseits. Dabei ergibt sich ein reizvoller Kontrast in der Regelungstechnik und der Regelungsintensität für Kartellsachverhalte: Der eine Rechtsakt, die EuGVVO, kennt nur allgemeine, nicht kartellspezifische Regeln für Deliktssachverhalte, der andere, die Rom II-VO, dagegen widmet Kartelldelikten eine spezifische Regel, nämlich Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO. Der eine Rechtsakt muss also erst konkret passend gemacht werden, der andere reklamiert für sich, bereits eine passende Regel zu enthalten. Besondere Würze und besondere Relevanz erhält das Zusammenspiel, weil EuGVVO und Rom II-VO zwei von drei Ecken eines Auslegungsdreiecks sind: EuGVVO, Rom II- und Rom I-VO sind wechselseitig auch im Lichte der jeweils anderen Rechtsakte auszulegen. Die Erwägungsgründe (7) sowohl der Rom II- als auch der Rom I-VO stellen eine solche Verklammerung ausdrücklich her. Dass die beiden Rom-Verordnungen jüngeren Datums sind als die EuGVVO, verhindert Rückkoppelungen auf die Auslegung der EuGVVO grundsätzlich nicht.² In der Konsequenz legt dies wiederum nahe, entgegen der Reihenfolge im

* Professor für Bürgerliches Recht, Internationales Privat- und Prozessrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Hamburg; Direktor des Seminars für Internationales Privat- und Prozessrecht und Geschäftsführender Direktor des Seminars für Bürgerliches Recht und zivilrechtliche Grundlagenforschung an der Universität Hamburg.

¹ Dieser Übergang ist ein weltweites Phänomen und vollzieht sich nicht nur in Europa, sondern weltweit; siehe die Beiträge in: *Foer/Cuneo (etc.)*, The International Handbook of private Enforcement of Competition Law, Chettenham 2010, z.B. auch in Australien; siehe dort *Sarah Lynch*, (2011) 39 Austr. Bus. L. Rev. 385.

² Siehe nur EuGH 7.12.2010 – verb. Rs. C-585/08 u. C-144/09, NJW 2011, 505, 508 Rn. 74, 509 Rn. 84 – Peter Pammer/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG; Hotel Alpenhof GmbH/Oliver Heller.

praktischen Fall hier mit der Erörterung der Kollisionsnorm zum anwendbaren Recht zu beginnen, weil das Internationale Privatrecht eine spezifische Regel für Kartelldelikte enthält, das Internationale Zivilprozessrecht dagegen nicht. Im praktischen Fall steht natürlich die internationale Zuständigkeit an erster Stelle. Jedoch kann hier der kartellspezifische Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO eventuell Leitlinien für das Verständnis des Erfolgsortes unter Art. 5 Nr. 3 EuGVVO einziehen. Darüber hinaus könnte Art. 6 Abs. 3 lit. b S. 2 Rom II-VO eventuell helfen, dem Streitgenossenschaftsgerichtsstand des Art. 6 Nr. 1 EuGVVO Konturen gerade für Kartelldelikte zu verleihen. Die Politik, verstärkt auf Private Enforcement von Kartellrecht zu setzen, zeitigt also auch in IPR und IZPR Folgen.³ Der größere Binnenmarkt und die gestiegene makroökonomische Bedeutung des Kartellrechts erreichen das IPR.⁴ Das IPR bewegt sich hier einen Schritt weit von klassischen Rechtsverhältnissen zwischen zwei Privaten hin zu einem auch regulatorisch orientierten Ansatz.⁵

B. Anwendbares Recht

I. Normtext und Entstehungsgeschichte

Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO nimmt sich des Internationalen Kartellrechts an. Er lautet:

³ Siehe nur *Honorati*, Guida dir., Dir. Com. e Int., N. 5, settembre-ottobre 2007, S. 27, 29; *Wulf-Henning Roth*, FS Jan Kropholler, 2008, S. 623, 624; *Munari*, Dir. comm. int. 22 (2008), 281, 284 f., 289; *ders.*, Liber Fausto Pocar, vol. II, Milano 2009, S. 757, 760 f., 765; *Rodriguez Pineau*, (2009) 5 JPrIL 311, 312-316; *Fitcher*, (2009) 5 JPrIL 337, 341-343; *Immenga*, FS Gunther Kühne, 2009, S. 725, 726; *Immenga*, in: Münchener Kommentar BGB, Bd. 11: IntWiR; Artt. 25-248 EGBGB, 5. Aufl. 2010, IntWettbR/IntKartR Rn. 66; *Peter Huber/Illmer*, Rome II Regulation, München 2011, Art. 6 Rome II Regulation Rn. 64; *Stein/Jonas/Gerhard Wagner*, ZPO, Bd. 10: EuGVVO; GVG, 22. Aufl. 2011, Art. 5 EuGVVO Rn. 133.

⁴ *Honorati*, Guida dir., Dir. Com. e Int., N. 5, settembre-ottobre 2007, S. 27.

⁵ *Hannah Buxbaum/Michaels*, in: *Basedow/Francq/Idot* (eds.), International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Cooperation, Oxford 2012, S. 225.

„a) Auf außervertragliche Schuldverhältnisse aus einem den Wettbewerb einschränkenden Verhalten ist das Recht des Staates anzuwenden, dessen Markt beeinträchtigt ist oder wahrscheinlich beeinträchtigt wird.

b) Wird der Markt in mehr als einem Staat beeinträchtigt, so kann ein Geschädigter, der vor einem Gericht im Mitgliedstaat des Wohnsitzes des Beklagten klagt, seinen Anspruch auf das Recht des Mitgliedstaats des angerufenen Gerichts stützen, sofern der Markt in diesem Mitgliedstaat zu den Märkten gehört, die unmittelbar und wesentlich durch das den Wettbewerb einschränkende Verhalten beeinträchtigt sind, das das außervertragliche Schuldverhältnis begründet, auf welches sich der Anspruch stützt; klagt der Kläger gemäß den geltenden Regeln über die gerichtliche Zuständigkeit vor diesem Gericht gegen mehr als einen Beklagten, so kann er seinen Anspruch nur dann auf das Recht dieses Gerichts stützen, wenn das den Wettbewerb einschränkende Verhalten, auf das sich der Anspruch gegen jeden dieser Beklagten stützt, auch den Markt im Mitgliedstaat dieses Gerichts unmittelbar und wesentlich beeinträchtigt.“

Ergänzungen bieten Erwägungsgründe (22) und (23) Rom II-VO:

„(22) Außervertragliche Schuldverhältnisse, die aus einem den Wettbewerb einschränkenden Verhalten nach Artikel 6 Absatz 3 entstanden sind, sollten sich auf Verstöße sowohl gegen nationale als auch gegen gemeinschaftliche Wettbewerbsvorschriften erstrecken. Auf solche außervertraglichen Schuldverhältnisse sollte das Recht des Staates anzuwenden sein, in dessen Gebiet sich die Einschränkung auswirkt oder auszuwirken droht. Wird der Markt in mehr als einem Staat beeinträchtigt oder wahrscheinlich beeinträchtigt, so sollte der Geschädigte seinen Anspruch unter bestimmten Umständen auf das Recht des Mitgliedstaats des angerufenen Gerichts stützen können.

(23) Für die Zwecke dieser Verordnung sollte der Begriff der Einschränkung des Wettbewerbs Verbote von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen und abgestimmten Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung

oder Verfälschung des Wettbewerbs in einem Mitgliedstaat oder innerhalb des Binnenmarktes bezwecken oder bewirken, sowie das Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung in einem Mitgliedstaat oder innerhalb des Binnenmarktes erfassen, sofern solche Vereinbarungen, Beschlüsse, abgestimmte Verhaltensweisen oder Missbräuche nach den Artikeln 81 und 82 des Vertrags oder dem Recht eines Mitgliedstaats verboten sind.“

Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO ist ein Handstreich, eine Kopfgeburt der vorletzten und der letzten Stunde.⁶ Für die Rom II-VO war eigentlich in den meisten Phasen keine Regelung des Internationalen Kartellrechts vorgesehen. Zwar wurde eine solche Regelung immer wieder diskutiert und war im Vorentwurf noch vorgesehen,⁷ zusammengekoppelt mit der Kollisionsnorm für das Internationale Lauterkeitsrecht. Jedoch schienen Vorsicht und Skepsis zu überwiegen. Der ursprüngliche Vorschlag der Kommission⁸ spiegelte dies wider. Er enthielt keine Norm zum Internationalen Kartellrecht.⁹ Vielmehr war das Internationale Kartellrecht daraus bewusst ausgeschlossen.¹⁰ Die Kommission wollte die laufenden Konsultationen im Rahmen des Grünbuchs „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts“¹¹ nicht stören. Sie behielt sich

⁶ Vgl. *Leible/Matthias Lehmann*, RIW 2007, 721, 730; *Heiss/Loacker*, JBl 2007, 613, 629 f.; *Mankowski*, RIW 2008, 177, 178; *Wulf-Henning Roth*, FS Jan Kropholler, 2008, S. 623, 634; *Rodriguez Pineau*, (2009) 5 JPrIL 311, 312; *Thomas Ackermann*, Liber Amicorum Pieter Jan Slot, 2009, S. 109, 111 f.; *Tzakas*, Die Haftung für Kartellrechtsverstöße im internationalen Rechtsverkehr, 2011, S. 321 f.; *Helena Isabel Maier*, Marktortanknüpfung im internationalen Kartelldeliktsrecht, 2011, S. 328-330.

⁷ Vorentwurf eines Vorschlags für eine Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), Juli 2002.

⁸ Vorschlag für eine Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), von der Kommission vorgelegt am 22.7.2003, KOM (2003) 427 endg.

⁹ Siehe nur *Mankowski*, GRUR Int. 2005, 634, 636.

¹⁰ Begründung der Kommission zum Vorschlag für eine Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, KOM (2003) 427 endg. S. 17; *Adolphsen*, (2005) 1 JPrIL 151, 176.

¹¹ KOM (2005) 672 endg.

aber vor, dass sie sich im Rahmen des Mitentscheidungsverfahrens auf dem Wege zu Rom II für eine andere Lösung einsetzen könnte.¹²

Indes war auch der Gemeinsame Standpunkt als letztlcher Durchbruch nicht gänzlich ohne Vorläufer.¹³ Ab Februar 2006 wurde – nachdem die Kommission entsprechende Gedanken ventiliert hatte¹⁴ – ein eigener Absatz für eine Anknüpfung des Internationalen Kartellrechts nach dem Auswirkungsprinzip diskutiert.¹⁵ Erstmals taucht ein solcher Absatz Ende Februar 2006 auf.¹⁶ Danach sollte er nicht verschwinden, sondern fester Bestandteil aller Überlegungen werden.¹⁷ Im Gemeinsamen Standpunkt des Rates brach sich dieser Ansatz endgültig Bahn, und es gelangte mit dem heutigen Art. 6 Abs. 3 lit. a Rom II-VO, damals als alleinigem Art. 6 Abs. 3 Gemeinsamer Standpunkt,¹⁸ eine eigenständige Kollisionsnorm für das Internationale Kartellrecht in das Gesamtprojekt. Danach allerdings war dies noch einem scharfen Angriff ausgesetzt.¹⁹ Die innere Konsistenz

¹² Begründung der Kommission zum Geänderten Vorschlag für eine Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), KOM (2006) 83 endg. S. 6 sub 3.4. Zu Abänderung 29.

¹³ Nicht ganz zutreffend deshalb *Eilmannsberger*, (2007) 44 CMLRev. 431, 445, der in Art. 6 Abs. 3 eine Überraschung sieht.

¹⁴ Grünbuch „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts“, von der Kommission vorgelegt am 19.12.2005, KOM (2005) 672 endg. S. 11.

¹⁵ Vermerk des Vorsitzes für den AStV II vom 3.2.2006, 5864/06 JUSTCIV 16 CODEC 85 S. 6; Vermerk des Vorsitzes für den AStV (2. Teil)/Rat vom 10.2.2006, 6165/06 JUSTCIV 26 CODEC 122 S. 6 Nr. 11.

¹⁶ Vermerk des Vorsitzes für den Ausschuss für Zivilrecht (Rom II) vom 23.2.2006, 6623/06 JUSTCIV 33 CODEC 172 S. 3.

¹⁷ Vermerk des Vorsitzes für den Ausschuss für Zivilrecht (Rom II) vom 16.3.2006, 7432/06 JUSTCIV 62 CODEC 247 S. 7; Vermerk des Vorsitzes für den AStV vom 10.4.2006, 7929/06 JUSTCIV 85 CODEC 296 S. 8; Vermerk des Vorsitzes für den AStV/Rat vom 21.4.2006, 8417/06 JUSTCIV 104 CODEC 350 S. 8; Vermerk des Vorsitzes für den Ausschuss für Zivilrecht (Rom II) vom 2.5.2006, 8498/06 JUSTCIV 105 CODEC 358 S. 15; Vermerk des Vorsitzes für den AStV/Rat vom 19.5.2006, 9143/06 JUSTCIV 118 CODEC 455 S. 16.

¹⁸ Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 22/2006, vom Rat festgelegt am 25.9.2006, im Hinblick auf die Annahme der Verordnung (EG) Nr. .../2006 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl. EU 2006 C 289E/68.

¹⁹ Änderungsanträge 6 und 17 Empfehlung für die zweite Lesung betreffend den Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf die Annahme der Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche

des Angriffs ließ freilich zu wünschen übrig: Während die Streichung von Art. 6 insgesamt, einschließlich des Absatzes 3, gefordert wurde, wurden gleichzeitig Formulierungsänderungen bei den auf Art. 6 Abs. 3 bezogenen Erwägungsgründen gefordert.²⁰

Noch in letzter Minute, nämlich in der zweiten und dritten Lesung, drückte das Europäische Parlament ergänzend Art. 6 Abs. 3 lit. b Rom II-VO durch. Die Kommission hatte sich zuvor vorbehalten, sich für eine andere Lösung als jene des Gemeinsamen Standpunkts einzusetzen, vor allem um die Effizienz von Schadensersatzklagen natürlicher oder rechtlicher Personen wegen Verletzung des EU-Kartellrechts sicherzustellen.²¹ Sie griff in dieser späten Phase mit einem Vorschlag ein, welchen das Parlament gegen den anfänglichen Widerstand des Rates²² im Vermittlungsausschuss durchzusetzen verstand.²³ Sein heutiges Gesicht bekam Art. 6 Abs. 3 lit. b – immer noch gegen den Widerstand des Rates – Ende April 2007 im so genannten „Redaktionsausschuss“.²⁴

II. Sachlicher Anwendungsbereich

Um einen Faden in die Hand zu bekommen, sollte man richtigerweise mit dem sachlichen Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO

Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), Rechtsausschuss des EP, Berichterstatterin: Diana Wallis, A6-0481/2006 vom 22.12.2006, S. 8 f., 17 f.

²⁰ Dies moniert die Stellungnahme der Kommission, KOM (2007) 126 endg. S. 3 sub 4.1 Zu Abänderung 30 mit Recht.

²¹ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament zum Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf die Annahme der Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“) vom 27.9.2006, KOM (2006) 566 endg. S. 4.

²² Übermittlungsvermerk des Rates betreffend Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“) vom 7.5.2007, 9137/07 CODEC 446 JUSTCIV 116 S. 19.

²³ Gemeinsamer Entwurf nach Billigung durch den Vermittlungsausschuss des Artikels 251 Absatz 4 EG-Vertrag aufgrund des vom Vermittlungsausschuss am 25. Juni 2007 gebilligten gemeinsamen Entwurfs, PE-CONS 3619/07 JUSTCIV 140 CODEC 528 S. 18.

²⁴ Übermittlungsvermerk des Rates betreffend Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“) vom 10.5.2007, 9457/07 CODEC 499 JUSTCIV 131 S. 20 als Ergebnis der Sitzung des „Redaktionsausschusses“ vom 27.4.2007. Den fortbestehenden Widerstand des Rates dokumentiert Fn. 1.

beginnen. Vom Kartellrecht scheidet sich das Lauterkeitsrecht auch auf der kollisionsrechtlichen Ebene durch die Funktion: Lauterkeitsrecht reguliert Verhalten auf einem Wettbewerbsmarkt, Kartellrecht müht sich, einen Wettbewerbsmarkt als solchen herzustellen oder zu erhalten.²⁵ Diese Trennung mag zwar aus englischer Sicht einer kontinentalen Tradition entspringen,²⁶ liegt aber auch Art. 6 Rom II-VO zugrunde,²⁷ wie die Trennung zwischen den ersten beiden Absätzen für das Internationale Lauterkeitsrecht und dem dritten Absatz für das Internationale Kartellrecht nur zu deutlich macht. Hinsichtlich des sachlichen Anwendungsbereichs des Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO scheint Erwägungsgrund (23) S. 1 Rom II-VO im Übrigen wenig Wünsche offen zu lassen.

1. Katalog des Erwägungsgrundes (23) S. 1 Rom II-VO

In der Tat lässt der dortige Katalog von Tatbeständen des Kartellrechts erkennen, dass man alle Materien des Kartellrechts erfassen und keine ausgrenzen wollte. Die Beispiele sollen jedenfalls erfasste Fälle benennen.²⁸ Der Kenner sieht natürlich, wo dieser Katalog seine Wurzeln hat: Es handelt sich um die in Art. 101 AEUV (ex Art. 81 EGV) aufgezählten Kartellformen, ergänzt um den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung aus Art. 82 EGV: Dies ist eine ausgesprochen wertvolle Erkenntnis. Denn sie zeigt, wohin man sich gegebenenfalls wenden könnte und sollte, um Einzelfragen der

²⁵ *Adolphsen*, (2005) 1 JPrIL 151, 176; *Mankowski*, GRUR Int. 2005, 634, 636; *ders.*, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Bd. I, 2006, Teil II: IntWettbR Rn. 12.

²⁶ *Huntley*, in: *Campbell* (ed.), *Unfair Trade Practices – Comp. Yb. Int. Bus.* 1995, 313, 317; *Bodewig*, GRUR Int. 2004, 543.

²⁷ *Mankowski*, in: MünchKomm UWG (Fn. 25), Teil II: IntWettbR Rn. 12; *Helena Isabel Maier* (Fn. 6), S. 333 f.; *Massing*, *Europäisches Internationales Kartelldeliktsrecht*, 2011, S. 169-172.

²⁸ Vgl. Vermerk des Vorsitzes für den ASTv (2. Teil)/Rat vom 10.2.2006, 6165/06 JUSTCIV 26 CODEC 122 S. 6 Nr. 10.

Qualifikation zu beantworten.²⁹ Man wird einschlägige Entscheidungen des EuG wie des EuGH zur Auslegung der Artt. 101; 102 AEUV und der Artt. 81; 82 EGV übertragen können.³⁰ Die Anlehnung an das große Vorbild trägt insoweit. Die Fusionskontrolle ist ebenso abgedeckt wie unter Artt. 101; 102 AEUV (ex Artt. 81; 82 EGV), soweit sie privatrechtliche Haftung auszulösen vermag.³¹ Allerdings hat der Katalog in Erwägungsgrund (23) S. 1 Rom II-VO nur beispielhaften Charakter.³² Er ist nicht erschöpfend. Er ist nicht abschließend, so dass auch nicht ausdrücklich aufgeführte Kartelltatbestände erfasst sind.³³ Zu denken wäre etwa an die missbräuchliche Ausnutzung wirtschaftlicher Abhängigkeit, die Ablehnung der Aufnahme in Verbände oder Boykott,³⁴ Gemeinschaftsunternehmen, Fusionen, Zusammenschlüsse und andere Konzentrationsbewegungen.³⁵ Methodisch wäre eine strikte Beschränkung auf unionsrechtliche Maßstäbe mit der allseitigen Formulierung nicht zu vereinbaren.³⁶ Eine generelle Rückkoppelung auf Einzeltatbestände des jeweils berufenen Rechts erfolgt dabei aber nicht.³⁷ Schutzgut ist das Funktionieren der Marktwirtschaft.³⁸

²⁹ Vgl. *Fitchen*, (2009) 5 JPrIL 337, 352 (in Kontrast zu dem Lamento 349 f.); *Peter Huber/Illmer* (Fn. 3), Art. 6 Rome II Regulation Rn. 70; *Massing* (Fn. 27), S. 155 f.

³⁰ *Mankowski*, RIW 2008, 177, 179; *Rauscher/Unberath/Cziupka*, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Rom I-VO; Rom II-VO, 2011, Art. 6 Rom II-VO Rn. 58; *Tzakas* (Fn. 6), S. 329 f.

³¹ *Mankowski*, RIW 2008, 177, 180; *Immenga*, in: MünchKomm BGB (Fn. 3), IntWettbR/IntKartR Rn. 73.

³² *Thomas Ackermann*, Liber Amicorum Pieter Jan Slot, 2009, S. 109, 116; siehe auch *Wulf-Henning Roth*, FS Jan Kropholler, 2008, S. 623, 643.

³³ *Wulf-Henning Roth*, FS Jan Kropholler, 2008, S. 623, 643 f.; *Immenga*, FS Gunther Kühne, 2009, S. 725, 729; *Thomas Ackermann*, Liber Amicorum Pieter Jan Slot, 2009, S. 109, 116; *Helena Isabel Maier* (Fn. 6), S. 373 f.; *Massing* (Fn. 27), S. 167.

³⁴ *Tzakas* (Fn. 6), S. 331-334 sowie *Rauscher/Unberath/Cziupka* (Fn. 30), Art. 6 Rom II-VO Rn. 59.

³⁵ *Peter Huber/Illmer* (Fn. 3), Art. 6 Rome II Regulation Rn. 73.

³⁶ *Peter Huber/Illmer* (Fn. 3), Art. 6 Rome II Regulation Rn. 70; *Tzakas* (Fn. 6), S. 326 f.

³⁷ Eingehend *Massing* (Fn. 27), S. 156-159.

³⁸ Siehe Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 22/2006, vom Rat festgelegt am 25.9.2006, im Hinblick auf die Annahme der Verordnung (EG) Nr. .../2006 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl. EU 2006 C 289E/80.

2. Anknüpfung nationalen und gemeinschaftlichen Kartellrechts?

Scheinbar klar und eindeutig verkündet Erwägungsgrund (22) S. 1 Rom II-VO, dass Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO gleichermaßen für die Anknüpfung nationalen wie für die Anknüpfung gemeinschaftlichen Kartellrechts³⁹ gelte.⁴⁰ Wie aber hat man sich eine Anknüpfung gemeinschaftlichen Kartellrechts vorzustellen? Sollen die Artt. 101; 102 AEUV (ex Artt. 81; 82 EGV), also Primärrecht, in ihrer Anwendung bei Sachverhalten mit Drittstaatenbezug davon abhängig sein, dass Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO, also Sekundärrecht, sie zur Anwendung beruft?⁴¹ Dieser Gedanke mutet merkwürdig an. Primärrecht ist normhierarchisch von höherem Rang und kann prinzipiell nicht von niederrangigem Sekundärrecht abhängig sein.⁴² Es könnte sein, dass die richterrechtliche Anknüpfung der Artt. 101; 102 AEUV (ex Artt. 81; 82 EGV) nach dem Durchführungs- oder Auswirkungsprinzip⁴³ den Blick auf dieses Rangverhältnis verstellt hat, als man nun eine das Auswirkungsprinzip kodifizierende Kollisionsnorm schuf. Rätsel scheint eine unterstellte Anknüpfung der Artt. 101; 102 AEUV (ex Artt. 81; 82 EGV) über Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO aber vor allem hinsichtlich der Rechtsfolge aufzugeben: Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO beruft das Recht eines Staates zur Anwendung. Die EU ist aber kein Staat und versteht sich grundsätzlich auch nicht als Staat. Den Weg zum gemeinschaftlichen Kartellrecht vermag Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO daher hinsichtlich der Tatbestände allenfalls zu ebnet, wenn man den Wortlaut seiner

³⁹ Zum Verhältnis zwischen gemeinschaftlichem und mitgliedstaatlichem Kartellrecht insbesondere *Eckhard Reh binder*, FS Ulrich Immenga, 2004, S. 303.

⁴⁰ Gedanklich angestoßen durch Vermerk des Vorsitzes für den AStV vom 10.4.2006, 7929/06 JUSTCIV 85 CODEC 296 S. 8 Fn. 4; Vermerk des Vorsitzes für den AStV/Rat vom 21.4.2006, 8417/06 JUSTCIV 104 CODEC 350 S. 8 Fn. 4. Erstmals ausformuliert in Erwägungsgrund (11a) S. 1 Vermerk des Vorsitzes für den Ausschuss für Zivilrecht (Rom II) vom 2.5.2006, 8498/06 JUSTCIV 105 CODEC 358 S. 6.

⁴¹ Tendenziell dahin *Immenga*, FS Gunther Kühne, 2009, S. 725, 728.

⁴² *Mankowski*, RIW 2008, 177, 179; *ders.*, IPRax 2010, 389, 395; *Graff-Peter Calliess/Benedikt Buchner*, Rome Regulations, Alphen aan den Rijn 2011, Art. 6 Rome II Regulation Rn. 32; *Rauscher/Unberath/Cziupka* (Fn. 30), Art. 6 Rom II-VO Rn. 62; *Peter Huber/Illmer* (Fn. 3), Art. 6 Rome II Regulation Rn. 87; *Tzakas* (Fn. 6), S. 556 f.

⁴³ EuGH 27.9.1988 – verb. Rs. 89, 104, 114, 116, 117 u. 125 bis 129/85, Slg. 1988, 5193, 5243 Rn. 16 – A. Ahlström Osakeyhtiö/Kommission.

Rechtsfolgenanordnung korrigierend liest.⁴⁴ Systemgerechter ist jedenfalls, dem Primärrecht für seine Tatbestände weiterhin selber die maßgebliche Kollisionsnorm zu entnehmen.⁴⁵ Hinsichtlich der privatrechtlichen Rechtsfolgen sieht die Lage anders aus. Denn Artt. 101; 102 AEUV (ex Artt. 81; 82 EGV) enthalten keine Anspruchsgrundlage für Schadensersatzansprüche. Insoweit bedürfen sie bekanntlich der Ergänzung durch nationales Recht.⁴⁶ Hier kann Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO gerade mit seiner wörtlich verstandenen Rechtsfolge sinnvoll walten.⁴⁷ Allerdings können sich aus dem Erfordernis effektiver Sanktionierung Folgerungen ergeben, etwa dass eine zu kurz erscheinende Verjährungsfrist des nationalen Rechts außer Betracht zu bleiben habe⁴⁸ oder dass eventuell sogar exemplary damages anderer mitgliedstaatlicher Rechte⁴⁹ jedenfalls für die Durchsetzung des primären Gemeinschaftskartellrechts zu akzeptieren und nicht mit dem nationalen ordre public des Forums zu bekämpfen wären.⁵⁰ Mitgliedstaatliche

⁴⁴ *Mankowski*, RIW 2008, 177, 179 f.; *Graf-Peter Calliess/Benedikt Buchner* (Fn. 42), Art. 6 Rome II Regulation Rn. 32; *Helena Isabel Maier* (Fn. 6), S. 368 f. und letztendlich auch *Immenga*, FS Gunther Kühne, 2009, S. 725, 728.

⁴⁵ *Munari*, Dir. comm. int. 22 (2008), 281, 290; *ders.*, Liber Fausto Pocar, vol. II, Milano 2009, S. 757, 766; *Wurmnest*, in: jurisPK BGB, Bd. 6, 5. Aufl. 2010, Art. 6 Rom II-VO Rn. 13; *Immenga*, in: MünchKomm BGB (Fn. 3), IntWettbR/IntKartR Rn. 70; *Peter Huber/Illmer* (Fn. 3), Art. 6 Rome II Regulation Rn. 87; *Tzakas* (Fn. 6), S. 556-558.

⁴⁶ Siehe nur EuGH 20.9.2001 – Rs. C-453/99, Slg. 2001, I-6297, I-6324 Rn. 29 - Courage Ltd./Bernard Crehan; Grünbuch „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts“, von der Kommission vorgelegt am 19.12.2005, KOM (2005) 672 endg. S. 10; Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des Wettbewerbsrechts“ (10.2.2006), SEK (2005) 1732 S. 83 Nr. 241; *Basedow*, in: *Basedow* (ed.), Private Enforcement of EC Competition Law, 2007, S. 229, 237 f.

⁴⁷ *Fallon*, in: *Basedow/Baum/Nishitani* (eds.), Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective, Tübingen 2008, S. 261, 269; *Mankowski*, RIW 2008, 177, 179; *ders.*, IPRax 2010, 389, 396; *Wulf-Henning Roth*, FS Jan Kropholler, 2008, S. 623, 634 f.; *Graf-Peter Calliess/Benedikt Buchner* (Fn. 42), Art. 6 Rome II Regulation Rn. 34; *Rauscher/Unberath/Cziupka* (Fn. 30), Art. 6 Rom II-VO Rn. 63; *Helena Isabel Maier* (Fn. 6), S. 370; vgl. auch *Basedow* (Fn. 46), S. 229, 249.

⁴⁸ *Fallon* (Fn. 47), S. 261, 269.

⁴⁹ Zur Möglichkeit von exemplary damages für Kartellverstöße unter englischem Recht *Devenish v. Sanofi-Aventis SA* [2008] 2 WLR 637 (Ch.D.), [2009] 3 WLR 198 (C.A.).

⁵⁰ So weit gehen *Fallon* (Fn. 47), S. 261, 269; *Thomas Ackermann*, Liber Amicorum Pieter Jan Slot, 2009, S. 109, 118.

Transformationsnormen sind jedenfalls nach Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO anzuknüpfen.⁵¹ Gleiches gilt für strengeres nationales Recht, soweit Art. 102 AEUV (ex Art. 82 EGV) dieses zulässt.⁵²

Im Verhältnis zur FKVO stellt sich kein Rangproblem. Wohl aber wäre man, um sie über Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO anzuknüpfen, ebenfalls gezwungen, die korrigierende Lesart bei der Rechtsfolgenanordnung zu pflegen. Gegenüber der FKVO kann die Rom II-VO den Vorrang der *lex posterior*, des späteren Gesetzes, für sich reklamieren. Außerdem vermöchte sie die FKVO um genau jene ausdrückliche Regelung des internationalen Anwendungsbereichs zu ergänzen, die dieser bisher fehlt.⁵³ Zudem enthält die FKVO keine eigenen Schadensersatznormen.⁵⁴

Freilich scheint die beabsichtigte Einbeziehung des Gemeinschaftskartellrechts ein Dilemma zu offenbaren: Bei Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO scheint man sich bei oberflächlicher Lektüre des Konzepts nicht vollständig klar zu sein. Jene gewollte Einbeziehung und der bewusste Hinweis in Erwägungsgrund (22) Rom II-VO deuten auf eine Sichtweise und eine Anknüpfung vom Gesetz her – zu einer allseitig formulierten Kollisionsnorm passt aber prinzipiell nur eine Sichtweise und Anknüpfung vom Sachverhalt her. Indes löst sich das Dilemma auf, wenn man hinsichtlich des Gemeinschaftsrechts, zumindest der Artt. 101; 102 AEUV (ex Artt. 81; 82 EGV), wiederum berücksichtigt, dass es diesem an Normen über Schadensersatz, also über Kartellprivatrecht, gebricht. Diese Lücke füllt nationales Recht, und insoweit passt die allseitige Anknüpfung. Die allseitige Anknüpfung deckt dann auch die Tatbestände des Gemeinschaftskartellrechts ab, sei es auch als Teil des verwiesenen nationalen Rechts. Die Allseitigkeit der Anknüpfung schützt das

⁵¹ *Gralf-Peter Calliess/Benedikt Buchner* (Fn. 42), Art. 6 Rome II Regulation Rn. 33; *Tzakas* (Fn. 6), S. 559.

⁵² *Gralf-Peter Calliess/Benedikt Buchner* (Fn. 42), Art. 6 Rome II Regulation Rn. 33.

⁵³ Zur internationalen Anwendbarkeit der FKVO nach bisherigen Maßstäben *Gerhard Wiedemann*, FS Otfried Lieberknecht, 1997, S. 625; *Ingrid Meyer*, Die extraterritoriale Anwendbarkeit der Fusionskontrollverordnung, 2004, S. 88-102; vgl. auch *Fiebig*, ECLR 1998, 323.

⁵⁴ *Immenga*, FS Gunther Kühne, 2009, S. 725, 729; *Mankowski*, IPRax 2010, 389, 396.

Auswirkungsprinzip im Übrigen jedenfalls für das Kartellprivatrecht vor dem Vorwurf⁵⁵ einer einseitigen Perspektive. Follow-on actions nach behördlichem Aufgreifen wie stand alone actions sind jedenfalls gleichermaßen erfasst.⁵⁶

3. Einschränkung der Rom II-VO auf Zivil- und Handelssachen durch Art. 1 Rom II-VO

Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO steht indes nicht allein. Er ist Teil der Rom II-VO insgesamt und operiert in deren Rahmen. Im Prinzip folgt er auch den Grenzen dieses Rahmens. Die regulären Außengrenzen der Rom II-VO zieht Art. 1 Rom II-VO. Er beschränkt deren sachlichen Anwendungsbereich auf Zivil- und Handelssachen. Dies ist ein wesentlicher Baustein. Ihn enthalten alle europäischen Verordnungen zum Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht. Sein Vorläufer ist Art. 1 Abs. 1 EuGVÜ, sein direkter Vorfahr Art. 1 Abs. 1 EuGVVO. Dies bietet einen großen Vorteil: So weit möglich kann man zu jenen Vorschriften ergangene Judikatur des EuGH übertragen, außerdem solche zu Art. 1 Brüssel IIa-VO und zu Art. 1 Abs. 1 EuBewVO. „Zivil- und Handelssachen“ sind ein autonomer Begriff des Gemeinschaftsrechts.⁵⁷ Es ist auch durchaus möglich, dass unter ihn Maßnahmen fallen, die nach dem nationalen Recht des Forums öffentlichrechtlich einzuordnen wären.⁵⁸ Rein staatliche Rechtsdurchsetzung im Über/Unterordnungsverhältnis aber mit Sonderrechten des Staates deckt er nicht ab.⁵⁹

⁵⁵ Z.B. *Basedow*, Weltkartellrecht, 1998, S. 26 f.; *Adolphsen*, (2005) 1 JPrIL 151, 162.

⁵⁶ *Peter Huber/Ilmer* (Fn. 3), Art. 6 Rome II Regulation Rn. 84, 87.

⁵⁷ Siehe nur EuGH 15.2.2007 – Rs. C-292/05, EuZW 2007, 252, 253 Rn. 29 - *Irini Lechouritou u.a./ Bundesrepublik Deutschland*; EuGH 27.11.2007 – Rs. C-435/06, FamRZ 2008, 125, 127 Rn. 40, 46 – C.

⁵⁸ EuGH 27.11.2007 – Rs. C-435/06, FamRZ 2008, 125, 127 Rn. 51 – C.

⁵⁹ EuGH 16.12.1980 - Rs. 814/79, Slg. 1980, 3807, 3819 Rn. 8 - *Niederlande/Reinhard Rüffer*; EuGH 1.10.2002 - Rs. C-167/00, Slg. 2002, I-8111, I-8137 Rn. 26 - *Verein für Konsumenteninformation/Karl Heinz Henkel*; EuGH 14.11.2002 - Rs. C-271/00, Slg. 2002, I-10489, I-10519 f. Rn. 30 - *Gemeente Steenberghe/Luc Baten*; *Hoge Raad*, Ned. Jur. 2005 Nr. 347 S. 2669; *A-G Strikwerda*, Ned. Jur. 2005 Nr. 347 S. 2665, 2667; *Trenk-Hinterberger*, EuLF 2003, 87, 89; *Vlas*, Ned. Jur. 2005 Nr. 347 S. 2670;

a) Ausgrenzung behördlicher Kartellsachen

Was heißt dies nun für das Internationale Kartellrecht? Ernst genommen heißt es: Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO gilt nur für das Kartellprivatrecht und für private enforcement, aber nicht für behördliche Kartellsachen, eben soweit diese nicht als Zivil- und Handelssachen einzuordnen sind.⁶⁰ Die Alternative bestünde darin, aus Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO eine implizite Ausnahme und Erweiterung zu Art. 1 Abs. 1 Rom II-VO herauszulesen. Schließlich differenzieren Artt. 101; 102 AEUV (ex Artt. 81; 82 EGV) und die FKVO, die er auch anknüpfen will, ja nicht zwischen privatem und öffentlichem Kartellrecht. Auch die nationalen Vorläufer wie § 130 Abs. 2 GWB tun dies nicht. Indes wäre es systematisch kaum nachvollziehbar, wenn ein erst spät eingefügter dritter Absatz einer Einzelnorm bewusst vor die Klammer gezogene allgemeine Aussagen durchbrechen sollte.⁶¹ Jedenfalls aber wäre zu verlangen, dass eine solche Durchbrechung in der Genese der potenziell durchbrechenden Regel deutlich zum Ausdruck gekommen wäre. Dies ist bei Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO nicht der Fall. Er steht vielmehr seiner Genese nach in deutlichem Zusammenhang mit dem neu erwachsenen Augenmerk auf private enforcement des Gemeinschaftskartellrechts.⁶² Nichts in seiner Genese geht auf behördliche Durchsetzung ein oder würde verlangen, dass diese einzubeziehen ist. Die Ausgrenzung des behördlichen Kartellrechts würde zwar vorderhand einen Keil zwischen die beiden Teile des Kartellrechts⁶³ treiben.⁶⁴ Andererseits

Rauscher/Mankowski, Europäisches Zivilprozessrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2011, Art. 1 Brüssel I-VO Rn. 3.

⁶⁰ *Garcimartín Alférez*, EuLF 2007, I-77, I-86; *Mankowski*, RIW 2008, 177, 180; *Rodriguez Pineau*, (2009) 5 JPrIL 311, 319; *Immenga*, FS Gunther Kühne, 2009, S. 725, 727; *Immenga*, in: MünchKomm BGB (Fn. 3), IntWettbR/IntKartR Rn. 67 f.; *Rauscher/Unberath/Cziupka* (Fn. 30), Art. 6 Rom II-VO Rn. 64; *Peter Huber/Illmer* (Fn. 3), Art. 6 Rome II Regulation Rn. 66; *Tzakas* (Fn. 6), S. 323; *Helena Isabel Maier* (Fn. 6), S. 331 f.; *Massing* (Fn. 27), S. 118.

⁶¹ *Mankowski*, RIW 2008, 177, 180.

⁶² Vgl. auch schon Hamburg Group for Private International Law, *RabelsZ* 67 (2003), 1, 19.

⁶³ Zur Koordination behördlicher und privater Rechtsdurchsetzung z.B. *Rosenberg/Sullivan*, (2006) 2 (2) J. Competition L. & Econ. 159.

⁶⁴ Siehe *Adolphsen*, (2005) 1 JPrIL 151, 171.

würde sie das fundamentale Problem ausschalten, wie Kartellbehörden ausländisches Kartellrecht anwenden sollen.⁶⁵ Sie würde zudem parallel mit dem behördlichen Zuständigkeitstatbeständen verlaufen, die typischerweise Kompetenzen verleihen, soweit der jeweils heimische Markt betroffen ist.⁶⁶ Extraterritorialität des Anwendungsanspruchs für das je eigene Kartellrecht mag darüber hinausgehen. Die Anwendung ausländischen Kartellrechts durch inländische Behörden wäre aber etwas qualitativ Anderes. Die Beschränkung auf private enforcement korrespondiert zudem trefflich mit der neuen Politik zur effektiven Durchsetzung des Gemeinschaftskartellrechts, wie sie sich in der VO (EG) Nr. 1/2003⁶⁷ niederschlägt.⁶⁸

Ein gewichtiges Argument für eine Ausgrenzung des behördlichen Kartellrechts bietet Art. 6 Abs. 3 lit. a Rom II-VO selber: Sein Anknüpfungsgegenstand sind außervertragliche Schuldverhältnisse. Außervertragliche Schuldverhältnisse sind der Komplementärbegriff zu vertraglichen Schuldverhältnissen. Den Begriff umschreibt Art. 2 Rom II-VO. Dort und aus dem Gesamtkontext heraus wird deutlich, dass nur solche Schuldverhältnisse gemeint sind, die zwischen Privaten bestehen.⁶⁹ Dazu passt auch die Rechtsfolge: Anwendung, nicht bloße

⁶⁵ *Mankowski*, RIW 2008, 177, 180.

⁶⁶ *Mankowski*, RIW 2008, 177, 180 f.

⁶⁷ VO (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EU 2003 L 1/1.

⁶⁸ Eingehend dazu die Beiträge in *Basedow* (ed.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, 2007, sowie z.B. *Basedow*, EBOR 2001, 443; *Köster*, Liber amicorum Peter Hay, 2005, S. 233; *Karollus*, *ecolx* 2006, 797; *Pheasant*, ECLR 2006, 365; *Hodges*, (2006) 43 CMLRev. 1381; *Brinker/Balssen*, FS Rainer Bechtold, 2006, S. 69; *Möschel*, FS Rainer Bechtold, 2006, S. 329; *Denis Waelbroeck/Slater*, EU Competition Law Annual 2006, 425; *De Smijter/Woods*, EU Competition Law Annual 2006, 447; *Lawrence*, EU Competition Law Annual 2006, 457; *Siragusa/d'Ostuni*, EU Competition Law Annual 2006, 477; *Biermann*, ZWeR 2007, 1; *Eilmannsberger*, (2007) 44 CMLRev. 431; *Jaeger*, JBI 2007, 349; *Gerhard Wagner*, in: *Eger/Hans-Bernd Schäfer* (Hrsg.), *Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung*, 2007, S. 605; *van den Bergh/Keske*, ERCL 2007, 468; *Komninos*, (2007) 44 CMLRev. 1387; *Nils Krause/Muller*, ZWeR 2007, 466; *Stockenhuber/Rita Wittmann*, wobl [sic!] 2007, 330.

Generell *van den Bergh/Camecasa*, *European Competition Law and Economics*, London 2006; *Bulst*, *Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht*, 2006.

⁶⁹ *Mankowski*, RIW 2008, 177, 181.

Berücksichtigung ausländischen Rechts,⁷⁰ wie letztere als Rechtsfolge von eingriffsrechtlichen Sonderanknüpfungen typisch wäre.⁷¹

Für eine Beschränkung des Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO auf Kartellprivatrecht spricht zudem Art. 6 Abs. 3 lit. b Rom II-VO:⁷² Dort ist von einem Geschädigten, von Klagen und von gerichtlicher Zuständigkeit die Rede. Alles drei passt nur für die Geltendmachung kartellprivatrechtlicher Ansprüche durch Private. In dieselbe Richtung weist auch der systematische Zusammenhang mit dem Internationalen Lauterkeitsrecht der ersten beiden Absätze des Art. 6 Rom II-VO. Jedenfalls Absatz 2 meint klar nur private Ansprüche. Absatz 1 könnte zwar auf den ersten Blick weit genug erscheinen, um auch das Wirken des Office of Fair Trading in England abzudecken. Jedoch begegnet auch in Absatz 1 die Beschränkung auf außervertragliche Schuldverhältnisse, und behördliche Rechtsverfolgung bleibt außerhalb des Schuldrechts. Private enforcement ist jedenfalls dem gemeinschaftlichen Kartellrecht ein hinreichend wichtiger Durchsetzungsmechanismus mit großer Bedeutung für den *effet utile*,⁷³ um ihm besondere Aufmerksamkeit zuzuwenden.⁷⁴

b) Verhältnis zur Sonderanknüpfung von Eingriffsrecht

Auf einem wiederum anderen Blatt steht die Öffnung für eine Sonderanknüpfung von Eingriffsrecht in Art. 16 Rom II-VO. Dort könnte

⁷⁰ Vgl. *Heiss/Loacker*, JBl 2007, 613, 631 (indes ohne die Differenzierung vorzunehmen).

⁷¹ *Mankowski*, RIW 2008, 177, 181.

⁷² *Mankowski*, RIW 2008, 177, 181.

⁷³ Siehe EuGH 20.9.2001 – Rs. C-453/99, Slg. 2001, I-6297, I-6323 f. Rn. 25-28 - *Courage Ltd./Bernard Crehan* = *EuZW* 2001, 715 m. Anm. *Nowak* (dazu u.a. *Hintersteininger*, wbl 2001, 554; *Micklitz*, EWiR Art. 101 AEUV (ex Art. 81 EGV) 1/01, 1141; *Weyer*, GRUR Int. 2002, 57; *ders.*, ZEuP 2003, 318; *Cumming*, ECLR 2002, 199; *Jones/Beard*, ECLR 2002, 246; *Komninos*, [2002] 39 CMLRev. 407; *Monti*, [2002] 27 E.L. Rev. 282; *Odudu/Edelman*, [2002] 27 E.L. Rev. 327; *Abors-Llorens*, CLJ 2002, 456; *Wurmnest*, RIW 2003, 896; *Mäsch*, EuR 2003, 825; *Andreangeli*, ECLR 2004, 758; *ders.*, [2007] 32 E.L. Rev. 260; *Reich*, [2005] 42 CMLRev. 35; *Stuyck*, ERCL 2005, 228; *van Gerven*, [2006] 17 EBLR 269); EuGH 13.7.2006 – verb. Rs. C-295 bis C-298/04, Slg. 2006, I-6619, I-6669 f. Rn. 89-96 – *Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA* (dazu u.a. *Gruber*, RdW 2007, 16).

⁷⁴ *Garcimartín Alférez*, EuLF 2007, I-77, I-86.

man, durchaus systemkonform, die Anknüpfung des öffentlichen Kartellrechts auch ansiedeln. Das Zusammenspiel mit Art. 1 Rom II-VO wäre dann dasselbe wie bei Artt. 9 Rom I-VO; 7 EVÜ⁷⁵; 34 EGBGB: Eingriffsrecht steht grundsätzlich außerhalb des normalen Anknüpfungssystems, und seine Anknüpfung vollzieht sich nach eigenen Regeln.⁷⁶ Diese Regeln werden gemeinhin nicht in einem auf die Anknüpfung schuldrechtlicher Rechtsbeziehungen zwischen Privaten zugeschnittenen Rechtsakt formuliert. Vielmehr nimmt dieser Rechtsakt nur zur Kenntnis, dass es Eingriffsnormen gibt, und erkennt deren Sonderanknüpfung einen Platz neben seinen eigenen Anknüpfungsregeln zu. Jene Eingriffsnormen wirken allerdings auf Schuldverhältnisse ein. Sie wirken von außen, exogen auf Schuldverhältnisse ein. Deshalb kann man sie nicht ignorieren, und deshalb ist ihrer auch in einem Rechtsakt über die Anknüpfung schuldrechtlicher Rechtsverhältnisse Erwähnung zu tun. Die Erwähnung kann indes so weit gehen, dass man sich für ein bestimmtes Anknüpfungsmodell für Eingriffsrecht entscheidet. Dies ist klar der Fall, wenn die Grundentscheidung zu Gunsten einer Sonderanknüpfung forumfremden Eingriffsrechts gefällt wird und zugleich der Anknüpfungspunkt dieser Sonderanknüpfung formuliert wird. Zivil- und Handelssachen berührt Eingriffsrecht aber nur insoweit, als es Auswirkungen auf Schuldverhältnisse zeitigt, nicht darüber hinaus. Man kann nicht hinwegdiskutieren, dass behördliche Eingriffe oder Eingriffe ex lege erfolgen. Man kann auch nicht hinwegdiskutieren, dass dies Einfluss auf zivilrechtliche Rechtsverhältnisse hat und zivilrechtliche Rechtsfolgen nach sich ziehen kann. Art. 16 Rom II-VO indes hält sich zurück: Er erlaubt eine Sonderanknüpfung von Eingriffsrecht des Forums. Dies ist seine direkte Aussage. Sie ist klar und eine Richtschnur. Dass so unterschiedliche Kollisionsnormen für eine offensive Anwendung des

⁷⁵ Römer EWG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19.6.1980, ABl. EG 1980 L 266/1 = BGBl. 1986 II 810; konsolidierte Fassung ABl. EG 1998 C 27/34.

⁷⁶ Eingehende Darstellung des Streitstandes bei *Mankowski*, in: v. *Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht I: Allgemeine Lehren, 2. Aufl. 2003, § 4 Rn. 104-129.

Kartelldeliktsrechts und einen eher defensiven Einsatz des Kartellrechts im Übrigen maßgeblich sind,⁷⁷ ist hinzunehmende Konsequenz.

4. Einbeziehung wahrscheinlicher Beeinträchtigungen

Art. 6 Abs. 3 lit. a aE Rom II-VO bezieht wahrscheinliche Beeinträchtigungen mit ein. Zukünftige, aber sich abzeichnende Kartelldelikte werden miterfasst. Art. 6 Abs. 3 lit. b Rom II-VO enthält zwar keine entsprechende Erweiterung. Daraus ist jedoch kein Umkehrschluss beziehen. Denn die Einbeziehung wahrscheinlicher zukünftiger Verstöße ergibt sich schon aus Art. 2 Abs. 2 Rom II-VO. Er bezieht wahrscheinliche zukünftige Verstöße ganz allgemein in den Begriff des außervertraglichen Schuldverhältnisses ein. Dies besitzt Gültigkeit für jeden einzelnen der nachfolgenden Anknüpfungstatbestände, es sei denn, dieser würde sich ausdrücklich anders verhalten.⁷⁸

a) Verlangter Grad an Wahrscheinlichkeit

Allerdings ist nur der Grundsatz vollständig klar. Die Probleme stecken im Detail. Der Begriff der Wahrscheinlichkeit wirft erhebliche Fragen auf: Welcher Grad ist verlangt? Soll einfache Wahrscheinlichkeit reichen, oder ist große, überwiegende oder gar an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit verlangt? Dies ist eine abstrakte Frage nach dem verlangten Grad und Maß. Sie setzt am anzulegenden Maßstab an und stellt sich unabhängig von konkreten Einzelfällen. Sie betrifft den Obersatz und darin einen einzelnen Rechtsbegriff. Sie betrifft nicht den Untersatz und die eigentliche Subsumtion. Sie ist jedenfalls tauglicher Gegenstand einer Auslegungsvorlage an den EuGH und gehört auf die Agenda. In Anlehnung an die unter Art. 5 Nr. 3 Var. 2 EuGVVO geltenden Maßstäbe⁷⁹ ist jedenfalls eine ernst zu nehmende Gefahr zu verlangen; die bloße,

⁷⁷ Tzakas (Fn. 6), S. 323.

⁷⁸ Mankowski, RIW 2008, 177, 183.

⁷⁹ Mankowski, RIW 2008, 177, 183; Rauscher/Unberath/Cziupka (Fn. 30), Art. 6 Rom II-VO Rn. 61.

theoretische Möglichkeit eines Verstoßes reicht nicht aus.⁸⁰ Art. 5 Nr. 3 Var. 2 EuGVVO war und ist die erste Vorschrift, die sich ausdrücklich mit drohenden, noch zukünftigen Delikten befasste. Deshalb ist es gerechtfertigt, sie und die zu ihr entwickelten Maßstäbe hier ergänzend und vergleichend heranzuziehen. Dies ist umso mehr gerechtfertigt, als es auch ihr um Delikte geht und der Zusammenhang mit Art. 2 Abs. 2 Rom II-VO evident ist.⁸¹ Die Maßstäbe für gerichtliche Zuständigkeit (sei es auch nur ein besonderer Gerichtsstand) und anwendbares Recht dürfen in Fragen, die gleiche Wertungen verlangen, nicht auseinander laufen.⁸² Erwägungsgrund (7) Rom II-VO schreibt den wertungsmäßigen Gleichlauf mit der EuGVVO sogar als wünschenswertes Postulat allgemein fest. Grundsätzlich sind insbesondere bei Gefährdungstatbeständen Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit der Auswirkung maßgeblich.⁸³ Eine erwartete Auswirkung verlangt im Prinzip einen Vergleich mit der Situation, die bestünde, wenn die potenziell wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung nicht praktiziert würde.⁸⁴

b) Verlangte Prognosebasis

Die Wahrscheinlichkeit, dass sich eine Beeinträchtigung ergibt, zu beurteilen verlangt eine Prognose. Jede Prognose hat mehrere problematische Punkte: Deren erster ist die verlangte Prognosebasis. Konkret heißt dies: Besteht ein Erfordernis, dass es bereits Handlungen in

⁸⁰ CA Orléans, Rev. crit. dr. int. pr. 93 (2004), 139, 146 m. Anm. *Gaudemet-Tallon* = Clunet 131 (2004), 193 m. Anm. *André Huet*; *Gaudemet-Tallon*, Rev. crit. dr. int. pr. 93 (2004), 147, 150 f.; *Mankowski*, in: *Magnus/Mankowski*, Brussels I Regulation, 2. Aufl. 2012, Art. 5 Brussels I Regulation Rn. 261.

⁸¹ *Mankowski*, RIW 2008, 177, 183.

⁸² Allgemein *Mankowski*, FS Andreas Heldrich, 2005, S. 867.

⁸³ *Mankowski*, RIW 2008, 177, 183 unter Hinweis auf *Immenga*, in: Münchener Kommentar BGB, Bd. 11: IntWiR; Artt. 50-236 EGBGB, 4. Aufl. 2006, IntWettbR/IntKartR Rn. 40.

⁸⁴ Siehe Bekanntmachung der Kommission – Leitlinien zur Anwendung des Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag, ABl. EU 2004 C 101/8 Rn. 17; EuGH 10.7.1980 – Rs. 99/79, Slg. 1980, 2511, 2536 f. Rn. 24 – SA Lancôme u. Albert Cosparfrance Nederland BV/Etos BV u. Albert Heyn Supermart BV; EuG 27.9.2006 – Rs. T-168/01, Slg. 2006, II-2969 Rn. 102 – GlaxoSmithKline/Kommission; *Andreas Fuchs*, ZWeR 2007, 369, 373.

der Vergangenheit gibt? Wenn man dies verlangen würde, würde man drohende Erstbegehungen ausgrenzen. Dies würde der Gesamtregel merklich an Effektivität nehmen. Es würde sie auf nur eine von zwei denkbaren Konstellationen begrenzen. Der Tiger würde über die Hälfte seiner Zähne verlieren. Dies kann nicht gewollt sein. Der *effet utile* verlangt vielmehr genau umgekehrt, dass auch die drohende Erstbegehung erfasst ist, und schließt deshalb aus, dass ein Erfordernis von Handlungen in der Vergangenheit besteht.⁸⁵

c) Drohende Wiederholungsverstöße

Grundsätzlich ist zwischen zwei Konstellationen zu unterscheiden: Die erste betrifft drohende Wiederholungsverstöße, bei denen also schon in der Vergangenheit ein Verstoß erfolgt ist. Die zweite betrifft rein zukünftige Sachverhalte mit Erstbegehungsgefahr. In der ersten Konstellation der drohenden Wiederholungsverstöße sollte man mit einer Vermutung arbeiten, dass der wiederholte Verstoß in Details und Ausgestaltung dem ursprünglichen, dem initialen Verstoß zumindest ähnelt.⁸⁶ Wiederholungsgefahr geht eben von einer Wiederholung aus, und jene Wiederholung erstreckt sich auf einen nach Art und Qualität gleichen, zumindest vergleichbaren Verstoß. Bereits im Begriff der Wiederholung stecken Orientierung und Anlehnung an den ursprünglichen Verstoß. Komplette Identität zwischen den aufeinanderfolgenden Verstößen ist nicht zu verlangen, aber Angriffsrichtung auf dasselbe Rechtsgut und ungefähr gleiche Ausgestaltung. Auf dieser Basis lässt sich für die Zwecke des Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO wie für jene des Art. 5 Nr. 3 Var. 2 EuGVVO eine Vermutung formulieren, dass Handlungs- und Erfolgsort der Wiederholungsverstöße gleich Handlungs- und Erfolgsort des ersten

⁸⁵ *Mankowski*, RIW 2008, 177, 183.

⁸⁶ *Mankowski*, in: MünchKomm UWG (Fn. 25), Teil II: IntWettbR Rn. 435.

Verstoßes sein werden,⁸⁷ dass also die betroffenen Märkte bei weiteren Verstößen dieselben sein werden wie beim ersten Verstoß. Die Vergangenheit liefert Faktenmaterial, das Indizcharakter hat.⁸⁸

d) Drohende Erstbegehung

Bei drohenden Erstverstößen können die potenziellen Täter durch den Zuschnitt ihrer Vereinbarungen oder Abstimmungen bereits vor dem ausführenden Verstoß deutlich machen, wo und wie sie vorzugehen gedenken.⁸⁹ Daraus kann sich die Lokalisierung unmittelbar ergeben. Soweit eine Vereinbarung oder Abstimmung erfolgt, muss man sich bei seinem eigenen Wort nehmen lassen. Man kann sich nicht wegducken und versuchen, nachträglich Reservationen anzubringen, dass dies doch so ernst nicht gemeint gewesen sei. Die Abstimmung kehrt sich also gegen ihre eigenen Herren. Für marktbezogene Delikte gilt generell: Der Markt, den sie betreffen, lokalisiert sie.⁹⁰ Bei Kartelldelikten sind dies alle Märkte, auf denen sich die verabredeten Handlungen oder abgestimmten Verhaltensweisen auswirken sollen.⁹¹

Ein Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung agiert allein. Es agiert nicht in Interaktion mit Partnern. Deshalb stehen bei ihm andere Verhaltensweisen im Fokus. Es braucht nur zu signalisieren und erkennen zu lassen, was es plant, denn der betroffene Markt ist notwendig jener,

⁸⁷ Rb. Arnhem 3.7.1975 – Forge et Coutellerie Dubois NV u. Wolpa Plastics/Fantu Food BV, in: Nachschlagewerk der Rechtsprechung zum Gemeinschaftsrecht, Serie D: Übereinkommen vom 27.9.1968, I-5.3 B 1; *WAC Ltd. v. Wilcock* 1990 SLT 213, 215 (O.H., Lord Cameron of Lochbroom); *Mankowski*, EWS 1994, 305, 307; *ders.*, in: MünchKomm UWG (Fn. 25), Teil II: IntWettbR Rn. 435; *ders.*, in: *Magnus/Mankowski* (Fn. 80), Art. 5 Brussels I Regulation Rn. 259.

⁸⁸ *Mankowski*, in: MünchKomm UWG (Fn. 25), Teil II: IntWettbR Rn. 435; *ders.*, in: *Magnus/Mankowski* (Fn. 80), Art. 5 Brussels I Regulation Rn. 259.

⁸⁹ Vgl. *Mankowski*, in: MünchKomm UWG (Fn. 25), Teil II: IntWettbR Rn. 436; *ders.*, in: *Magnus/Mankowski* (Fn. 80), Art. 5 Brussels I Regulation Rn. 260.

⁹⁰ *Mankowski*, in: *Magnus/Mankowski* (Fn. 80), Art. 5 Brussels I Regulation Rn. 261.

⁹¹ *Mankowski*, RIW 2008, 177, 183.

auf welchem dieses Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung genießt.⁹²

Eine interessante Frage ist, inwieweit Erfahrungswerte aus benachbart oder ähnlich gelagerten Fällen übertragen werden können und geeignet sind, die Prognose einer drohenden Erstbegehung zu tragen.

III. Auswirkungsprinzip in Art. 6 Abs. 3 lit. a Rom II-VO

1. Ausfüllung des Auswirkungsprinzips

a) Auswirkungsprinzip als Anknüpfung an den Erfolgsort

Art. 6 Abs. 3 lit. a Rom II-VO ist die Grundanknüpfung. Er kodifiziert das Auswirkungsprinzip,⁹³ die effects doctrine.⁹⁴ Das Auswirkungsprinzip wird verstanden als Konkretisierung der allgemeinen Anknüpfung an den Erfolgsort, wie Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO sie enthält.⁹⁵ Es soll präzisieren, wo bei einem Kartelldelikt der Ort des Schadenseintritts liegt.⁹⁶ Dies verfolgt einen klarstellenden Zweck, wie er Option (32) des Grünbuchs

⁹² *Mankowski*, RIW 2008, 177, 184.

⁹³ Siehe nur *Leible/Matthias Lehmann*, RIW 2007, 721, 730; *Honorati*, Guida dir., Dir. Com. e Int., N. 5, settembre-ottobre 2007, S. 27 f.; *Junker*, NJW 2007, 3675, 3679; *Mankowski*, RIW 2008, 177, 184; *Thomas Ackermann*, Liber Amicorum Pieter Jan Slot, 2009, S. 109, 113; *Wurmnest*, in: jurisPK (Fn. 45), Art. 6 Rom II-VO Rn. 27; *Rauscher/Unberath/Cziupka* (Fn. 30), Art. 6 Rom II-VO Rn. 67.

⁹⁴ Siehe nur *Wurmnest*, in: jurisPK (Fn. 45), Art. 6 Rom II-VO Rn. 27; *Rauscher/Unberath/Cziupka* (Fn. 30), Art. 6 Rom II-VO Rn. 67; *Gralf-Peter Calliess/Benedikt Buchner* (Fn. 42), Art. 6 Rome II Regulation Rn. 35.

⁹⁵ Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 22/2006, vom Rat festgelegt am 25.9.2006, im Hinblick auf die Annahme der Verordnung (EG) Nr. .../2006 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl. EU 2006 C 289E/80; Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des Wettbewerbsrechts“ (10.2.2006), SEK (2005) 1732 S. 86 Nr. 247, S. 87 Nr. 252; ebenso z.B. *Bulst*, EWS 2004, 403, 406; *Zimmer/Leopold*, EWS 2005, 149, 150; *Wulf-Henning Roth*, FS Jan Kropholler, 2008, S. 623, 638; *Munari*, Dir. comm. int. 22 (2008), 281, 289; *ders.*, Liber Fausto Pocar, vol. II, Milano 2009, S. 757, 765; *Rodriguez Pineau*, (2009) 5 JPrIL 311, 321; *Gralf-Peter Calliess/Benedikt Buchner* (Fn. 42), Art. 6 Rome II Regulation Rn. 36; *Massing* (Fn. 27), S. 172.

⁹⁶ Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 22/2006, vom Rat festgelegt am 25.9.2006, im Hinblick auf die Annahme der Verordnung (EG) Nr. .../2006 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl. EU 2006 C 289E/80; zuvor Vermerk des Vorsitizes für den AStV (2. Teil)/Rat vom 10.2.2006, 6165/06 JUSTCIV 26 CODEC 122 S. 6 Nr. 9.

„Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts“ entspricht.⁹⁷ Allerdings ging Option (32) des Grünbuchs eher auf den individuellen Schaden und nicht auf die Kollektivschädigung durch Auswirkungen.⁹⁸ Zudem wollte man jede Unsicherheit darüber ausschließen, ob die Beeinträchtigung des Wettbewerbs oder der Eintritt finanzieller Verluste das relevante Moment sind.⁹⁹ Schwierigkeiten, wie sie teilweise einer allgemeinen Anknüpfung an den Erfolgsort im Kartellrecht zugeschrieben wurden,¹⁰⁰ geht man so aus dem Weg. Die ausdrückliche Sonderregel entzieht das Internationale Kartellrecht den Auflockerungen des allgemeinen Internationalen Deliktsrechts aus Art. 4 Abs. 2,¹⁰¹ 3 Rom II-VO; diese würden für das Internationale Kartellrecht nicht passen.¹⁰² Kartellrecht schützt einerseits die Allgemeinheit und andererseits (potenziell) individuell Betroffene vor Wettbewerbsbehinderungen und Wettbewerbsverzerrungen einschließlich deren Folgen. Kollisionsrechtlich ist diesem Schutzgedanken Rechnung zu tragen.¹⁰³ Dem wird die Anknüpfung an den Markt, auf welchem sich das Wettbewerbsverhalten auswirkt, vorbildlich gerecht.¹⁰⁴ Sie setzt die Steuerungsfunktion des Kartellrechts durch Anwendung des jeweiligen Marktrechts optimal um.¹⁰⁵

⁹⁷ *Eilmannsberger*, (2007) 44 CMLRev. 431, 445.

⁹⁸ Grünbuch „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts“, von der Kommission vorgelegt am 19.12.2005, KOM (2005) 672 endg. S. 12 Option (32).

⁹⁹ Siehe Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des Wettbewerbsrechts“ (10.2.2006), SEK (2005) 1732 S. 85 Nr. 245.

Vgl. auch die Überlegungen bei *Ashton/Vollrath*, ZWeR 2006, 1, 19-21.

¹⁰⁰ *Basedow* (Fn. 46), S. 229, 244 f.

¹⁰¹ Zu dessen allgemeiner Rechtfertigung *Dormis*, EuLF 2007, I-152.

¹⁰² Siehe *Basedow* (Fn. 46), S. 229, 245 unter Hinweis auf EuGH 25.11.1971 – Rs. 22/71, Slg. 1971, 949, 961 f. Rn. 25/28 – *Béguelin Import Co./SAGL Import Export*.

¹⁰³ Siehe nur *Staudinger/Fezer/Koos*, BGB, Internationales Wirtschaftsrecht, Neubearb. 2010, IntWiR Rn. 135; *Schnyder*, in: Münchener Kommentar zum Deutschen und Europäischen Wettbewerbsrecht, 2007, Einl. Rn. 846; *Rodriguez Pineau*, (2009) 5 JPrIL 311, 321.

¹⁰⁴ *Schnyder*, in: MünchKomm WettbR (Fn. 103), Einl. Rn. 847 sowie *Basedow*, ZWeR 2006, 294, 300 f.

¹⁰⁵ Siehe nur GA *Darmon*, Schlussanträge vom 25.5.1988 in den verb. Rs. 89, 104, 104, 114, 116, 117, 125-129/85, Slg. 1988, 5214, 5225 Nr. 50 – A. Ahlström *Osakeyhtiö/Kommission*; *Eeckman*, Rev. crit. dr. int. pr. 54 (1965), 499, 519;

Dies korrespondiert auch mit der allgemeinen Wettbewerbspolitik¹⁰⁶ und gewährleistet die rechtliche Gleichbehandlung von Konkurrenten auf einem Markt.¹⁰⁷ Auch ökonomisch ist das Auswirkungsprinzip vorteilhaft, da es das Kartellrecht effektiv gegen wettbewerbsbeschränkendes und damit gesamtwohlfahrtsminderndes Verhalten in Anschlag bringt.¹⁰⁸ Zudem ist die effects doctrine seit langem der international übliche Standard,¹⁰⁹ als völkerrechtlich unbedenklich anerkannt, da eine sinnvolle Anknüpfung.¹¹⁰ Die Besonderheit besteht hier allenfalls in der allseitigen, nicht einseitigen Ausgestaltung.¹¹¹ Das Auswirkungsprinzip hat bekanntlich auch für das Gemeinschaftskartellrecht eine lange Tradition seit dessen Anfängen.¹¹² Eine Anknüpfung an den Ort, an welchem Abreden getroffen werden oder Verhalten abgestimmt wird, stünde dagegen der Gestaltung und Manipulation durch die am Kartell Beteiligten offen; daher kommt sie aus funktionalen Schutzgründen nicht in Betracht.¹¹³ Insoweit schließt das

Bischoff/Kovac, Clunet 102 (1975), 675, 700; *Gerhard Wagner*, IPRax 2008, 1, 15; *Massing* (Fn. 27), S. 173.

¹⁰⁶ Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des Wettbewerbsrechts“ (10.2.2006), SEK (2005) 1732 S. 87 Nr. 252.

¹⁰⁷ Siehe nur *Honorati*, Guida dir., Dir. Com. e Int., N. 5, settembre-ottobre 2007, S. 27, 28.

¹⁰⁸ Siehe nur *Meessen*, Völkerrechtliche Grundlagen des internationalen Kartellrechts, 1975, S. 108; *Seitel*, WuW 1996, 888, 895; *Andreas Schneider*, Das Drittstaatenargument in den fusionskontrollrechtlichen Entscheidungen der Europäischen Kommission, 2005, S. 20 f.

¹⁰⁹ Siehe nur die Nachweise bei *Schwartz/Basedow*, Int. Encycl. Comp. L. III/35 (1995) Rn. 60-73; *Basedow*, Rec. des Cours 264 (1997), 9; *ders.* (Fn. 46), S. 229, 241; *Ashton/Vollrath*, ZWeR 2006, 1, 16-19; außerdem z.B. BG sic! 2001, 675 f.; OGH SZ 2008/102 E. 4.2; HG Zürich IPRax 2006, 490, 491; *Hannah Buxbaum/Michaels* (Fn. 5), S. 225, 232.

¹¹⁰ Siehe nur *Eckhard Rehbinder*, Extraterritoriale Wirkungen des deutschen Kartellrechts, 1964, S. 127 ff.; *Schwartz*, Deutsches internationales Kartellrecht, 1962, S. 36, 99, 101 et passim; *Bernhard Beck*, Die extraterritoriale Anwendung nationalen Wettbewerbsrechts unter besonderer Berücksichtigung länderübergreifender Fusionen, 1986, S. 97 f.

¹¹¹ *Thomas Ackermann*, Liber Amicorum Pieter Jan Slot, 2009, S. 109, 113; *Immenga*, FS Gunther Kühne, 2009, S. 725, 731.

¹¹² Siehe nur *Eeckman*, Rev. crit. dr. int. pr. 54 (1965), 499, 519; *Goldman*, Rec. des Cours 1969 III, 635, 676 f.; *ders.*, Rev. Marché Commun 1972, 612, 614 f.; *Soufflet*, Clunet 98 (1971), 487, 491; *Bischoff/Kovac*, Clunet 102 (1975), 675, 684.

¹¹³ EuGH 27.9.1988 – verb. Rs. 89, 104, 114, 116, 117 u. 125 bis 129/85, Slg. 1988, 5193, 5243 Rn. 16 f. – A. Ahlström Osaakeyhtiö/Kommission; *Immenga*, in: MünchKomm

Auswirkungsprinzip eine Anlehnung an den Handlungsort als solchen aus.¹¹⁴ Preiskartelle werden daher an den Markt angeknüpft, auf dem überhöhte Preise verlangt werden, und Lieferverweigerungen marktbeherrschender Unternehmen betreffen die Märkte, auf die Waren ihretwegen nicht gelangen.¹¹⁵ Das Auswirkungsprinzip verknüpft sachgerecht Wirkungen und rechtliche Folgen ein und desselben Verhaltens.¹¹⁶ Dass für Unternehmen, die miteinander auf einem Markt konkurrieren und um Marktanteile kämpfen, einheitliche Spielregeln gelten, ist ebenfalls sachgerecht.¹¹⁷ Zugleich kann der Marktstaat seine kartellpolitische Entscheidung durchsetzen, etwa ob bei der passing-on defense für ihn die Abschreckung von Kartellen oder reale Kompensation tatsächlich erlittener individueller Verluste im Vordergrund stehen sollen.¹¹⁸ Markt ist auch für die Zwecke des Internationalen Kartellrechts der Ort, wo Angebot und Nachfrage aufeinander treffen.¹¹⁹ Zu betrachten ist der jeweils betroffene räumliche Markt. Die Lage auf anderen Märkten ist auszublenden. Insbesondere erscheint es nicht angängig, bei der Frage, ob sich relevante Auswirkungen im EU-Binnenmarkt ergeben, zugleich die Verhältnisse am Weltmarkt prägend einfließen zu lassen.¹²⁰ Von der Rechtsfolge her, der Anwendung eines bestimmten Rechts, muss man Märkte quasi nationalisieren und bestimmten Staaten zuordnen, auch

BGB (Fn. 3), IntWettbR/IntKartR Rn. 36; *Bunte*, in: *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. II: EuKartR, 10. Aufl. 2006, Einf. EG-KartR Rn. 65; *Schnyder*, in: MünchKomm WettbR (Fn. 103), Einl. Rn. 848.

¹¹⁴ Siehe nur *Kreuzer*, in: Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen Internationalen Privatrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse, 1983, S. 232, 261; *van Arnheim*, Der räumlich relevante Markt im Rahmen der Fusionskontrolle, 1991, S. 87; *Soergel/v. Hoffmann*, BGB, Bd. 10: EGBGB; IPR, 12. Aufl. 1996, Art. 34 EGBGB Rn. 35; *Martiny*, FS Ulrich Drobnig, 1998, S. 389, 400; *Staudinger/Fezer/Koos* (Fn. 103), IntWiR Rn. 115; *Wurmnest*, in: jurisPK (Fn. 45), Art. 6 Rom II-VO Rn. 27.

¹¹⁵ *Wurmnest*, in: jurisPK (Fn. 45), Art. 6 Rom II-VO Rn. 27.

¹¹⁶ *Ashton/Vollrath*, ZWeR 2006, 1, 16.

¹¹⁷ *Magnus*, BerDGesVR 41 (2005), 77, 108.

¹¹⁸ *Ashton/Vollrath*, ZWeR 2006, 1, 22 f.

¹¹⁹ *Grolimund*, in: *Kronke/Melis/Schnyder*, Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht, 2005, Teil M Rn. 174. Näher *Helena Isabel Maier* (Fn. 6), S. 338-343; *Tzakas* (Fn. 6), S. 336 f.

¹²⁰ Dahin aber *Schnyder*, in: MünchKomm WettbR (Fn. 103), Einl. Rn. 928.

wenn staatliche Territorien und sachliche Wirtschaftszone nicht immer so strikt übereinstimmen.¹²¹

Das Auswirkungsprinzip ist und bleibt die für das Kartellrecht sachgerechteste Anknüpfung.¹²² Ihm werden zwar etliche Einwände entgegengehalten,¹²³ insbesondere bei Auswirkungen auf mehreren Märkten. Sie haben den japanischen Gesetzgeber davon Abstand nehmen lassen, bei seiner unlängst erfolgten Reform u.a. des Internationalen Deliktsrechts¹²⁴ auf eine Kodifizierung des Auswirkungsprinzips für das Internationale Kartellrecht zu verzichten.¹²⁵ Doch schlagen diese Einwände und Bedenken im Ergebnis nicht durch.¹²⁶ Dass das Auswirkungsprinzip etwa Abreden zur Importbeschränkung nicht im jeweiligen Exportstaat trifft,¹²⁷ ist hinzunehmen. Der richtige Staat zur Kontrolle ist nämlich der Importstaat, dessen Markt ganz primär betroffen ist, während die Behinderung von Exportchancen direkt keine Marktanteile im Sitzstaat des verhinderten Exporteurs betrifft.

b) Anlehnung an bisherige gemeinschaftsrechtliche Maßstäbe

Wie das Auswirkungsprinzip auszufüllen ist, spezifiziert Art. 6 Abs. 3 lit. a Rom II-VO nicht näher. Er enthält keine exakte Definition, nicht einmal

¹²¹ Siehe den Vorwurf von *Adolphsen*, (2005) 1 JPrIL 151, 162.

¹²² Z.B. *van Hecke*, *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Basel 1993, S. 73.

¹²³ Z.B. von *Adolphsen*, (2005) 1 JPrIL 151, 161 f.

Zu deren Diskussion z.B. *Mestmäcker*, *RabelsZ* 52 (1988), 205, 219-224; *Immenga*, FS Ernst-Joachim Mestmäcker zum 70. Geb., 1996, S. 593, 596-598.

¹²⁴ Durch *Hô no tekiyô ni kansaru tsûsoku-hô* [Act on the General Rules of Application of Laws], Law Nr. 10 of 1898 as newly titled and amended 21 Juni 2006 and effective as of 1 January 2007; dt. Übersetzung in: *Sakurada/Nishitani/Schwittek*, *ZJapanR* 11 (2006), 265; engl. Übersetzung in: *Kent Anderson/Okuda*, 8 *Asian-Pac. L. & Pol'y. J.* 138 (2006) = *ZJapanR* 12 (2007), 227; zu dem Gesetz *Okuda*, (2006) 8 *Yb. PIL* 145; *ders.*, *Clunet* 134 (2007), 899; *Takahashi*, (2006) 2 *JPrIL* 311; *Nishitani*, *IPRax* 2007, 552; *Mankowski*, (2008) 51 *Jap. Yb. Int. L.* 241.

¹²⁵ Vgl. *Takahashi*, (2006) 2 *JPrIL* 311, 329.

¹²⁶ Unten V 1 c.

¹²⁷ *Immenga*, FS Ernst-Joachim Mestmäcker zum 70. Geb., 1996, S. 593, 597.

einen Versuch dazu und bedarf deshalb der Auslegung.¹²⁸ Insoweit kann man von einem offenen Tatbestand sprechen.¹²⁹ Schon der Marktbegriff als Ort des Aufeinandertreffens von Angebot und Nachfrage ist unionsautonom auszufüllen.¹³⁰ Sicherlich liegt ein Blick auf die einschlägige Rechtsprechung des EuGH zu Artt. 101; 102 AEUV (ex Artt. 81; 82 EGV), namentlich auf die Zellstoff-Entscheidung¹³¹, und die seit langem bestehende Praxis der Kommission¹³² nahe.¹³³ Denn nichts in Art. 6 Abs. 3 lit. a Rom II-VO will Revolution und Bruch mit der Vergangenheit. Alles atmet Kontinuität. Nun ist aber auch ein solcher Blick auf die bisherige EuGH-Rechtsprechung mehr Programmsatz als volles Programm. Im nächsten Schritt sollte man generell die Anknüpfungsmaßstäbe des primären Gemeinschaftskartellrechts übertragen und so weit wie möglich verallgemeinern.¹³⁴ Außerdem ist Vorhersehbarkeit der Auswirkung zu verlangen.¹³⁵ Allerdings sollte man die vom EuGH in der Zellstoff-

¹²⁸ Insoweit zutreffend *Adolphsen*, (2005) 1 JPrIL 151, 159.

¹²⁹ *Wulf-Henning Roth*, FS Jan Kropholler, 2008, S. 623, 636 sowie *Tzakas* (Fn. 6), S. 355 ("Öffnungsklausel mit Ermächtigungsfunktion").

¹³⁰ *Wulf-Henning Roth*, FS Jan Kropholler, 2008, S. 623, 642; *Massing* (Fn. 27), S. 175; *Florian Becker/Kammin*, EuZW 2011, 503, 507.

¹³¹ EuGH 27.9.1988 – verb. Rs. 89, 104, 114, 116, 117 u. 125 bis 129/85, Slg. 1988, 5193, 5243 Rn. 16 – A. Ahlström Osakeyhtiö/Kommission.

¹³² Siehe nur Entscheidung der Kommission vom 11.3.1964, ABl. EWG 1964 L 58/915 – Grosfillex; Entscheidung der Kommission vom 9.6.1972, ABl. EWG 1972 L 143/39 – Raymond/Nagoya; Entscheidung der Kommission vom 21.12.1973, ABl. EWG 1974 L 19/18 – Schiffsfarben II; Entscheidung der Kommission vom 19.12.1974, ABl. EWG 1975 L 29/11 – Duro-Dyne; Entscheidung der Kommission vom 19.12.1984, ABl. EG 1985 L 92/1, 48 – Aluminiumeinfuhren aus Osteuropa; Entscheidung der Kommission vom 21.12.1988, ABl. EG 1989 L 74/1, 14 – PVC; Entscheidung der Kommission vom 24.4.1996, ABl. EG 1997 L 11/30 Rn. 14 f. – Gencor/Lonrho; Entscheidung der Kommission vom 7.6.2000, ABl. EG 2001 L 152/24 Rn. 182, 234 – Aminosäuren.

¹³³ *Mankowski*, RIW 2008, 177, 185; *Dickinson*, The Rome II Regulation, Oxford 2008, Rn. 6.62 f.; *Fitchen*, (2009) 5 JPrIL 337, 360 f.; *Rauscher/Unberath/Cziupka* (Fn. 30), Art. 6 Rom II-VO Rn. 68; *Peter Huber/Illmer* (Fn. 3), Art. 6 Rome II Regulation Rn. 92; vgl. auch *Bulst*, EWS 2004, 403, 408; *Handig*, GRUR Int. 2008, 24, 28; *Tzakas* (Fn. 6), S. 337.

Vgl. aber auch *Michael Hellner*, (2007) 3 JPrIL 49, 60; *Danov*, Jurisdiction and Judgments in Relation to EU Competition Law Claims, Oxford/Portland, Oreg. 2011, S. 164 f.

¹³⁴ Ähnlich *Gerhard Wagner*, IPRax 2008, 1, 8.

¹³⁵ Siehe Vermerk des Vorsitzes für den Ausschuss für Zivilrecht (Rom II) vom 23.2.2006, 6623/06 JUSTCIV 33 CODEC 172 S. 3 Fn. 3; Vermerk des Vorsitzes für den

Entscheidung für relevant erachtete Durchführung des Kartells nicht als einengende Anforderung übertragen, die mehr verlangen würde als ein wie auch immer geartetes Verhalten¹³⁶ samt potenziellem Erfolg im Binnenmarkt, das über eine relevante Auswirkung hinausginge.¹³⁷ Durchführung meint im Ergebnis in aller Regel Auswirkung.¹³⁸ Auswirkung ist jede Veränderung der Wettbewerbssituation.¹³⁹ Dabei handelt es sich um ein rein objektives Anknüpfungsmerkmal.¹⁴⁰ Auf einem bestimmten Markt erzielte Umsätze sind deutliches Indiz für eine Auswirkung auf dem betreffenden Markt.¹⁴¹ Ein gemeinsamer Absatzmarkt, auf dem Geschädigter und Schädiger mit ihren jeweiligen Angeboten um Kunden kämpfen, ist jedenfalls betroffen.¹⁴²

c) Differenzierung nach einzelnen Verbotstatbeständen

Außerdem ist eine Differenzierung nach einzelnen Kartellarten nicht verboten, sondern dürfte im Gegenteil sachlich sogar nicht selten geboten

Ausschuss für Zivilrecht (Rom II) vom 16.3.2006, 7432/06 JUSTCIV 62 CODEC 247 S. 7 Fn. 3; Vermerk des Vorsitzes für den ASTV vom 10.4.2006, 7929/06 JUSTCIV 85 CODEC 296 S. 8 Fn. 3; Vermerk des Vorsitzes für den ASTV/Rat vom 21.4.2006, 8417/06 JUSTCIV 104 CODEC 350 S. 8 Fn. 3.

¹³⁶ Siehe *Klaus Günther*, Liber amicorum Karl Heinz Böckstiegel, 2001, S. 253, 262; *Hilbig*, Das gemeinschaftsrechtliche Kartellverbot in internationalen Handelsschiedsverfahren, 2006, S. 77.

¹³⁷ So aber *van Gerven*, 1989 Fordham Corp. L. Inst. 451; *Griffin*, ECLR 1998, 64, 68; *Zimmer/Leopold*, EWS 2005, 149, 153.

¹³⁸ Siehe nur *Ebenroth/Parche*, BB 1988 Beil. 18 S. 17, 18, 22; *Schödermeier*, WuW 1989, 21, 28; *Martinek*, IPRax 1989, 347, 351 f.; *Baudenbacher/Schnyder*, Die Bedeutung des EG-Kartellrechts für Schweizer Schiedsgerichte, Basel/Frankfurt 1996, S. 26 Rn. 44; *Basedow*, Rec. des Cours 264 (1997), 9, 103; *ders.* (Fn. 46), S. 229, 242; *Jürgen Schwarze*, WuW 2001, 1190, 1200 f.; *Bulst*, EWS 2004, 403, 408; *Gottschalk*, IPRax 2006, 509, 510 sowie BGH, IPRax 1999, 106 = WuW/E DE-R 89 (dazu *Zimmer/Rudo*, IPRax 1999, 89).

¹³⁹ Siehe nur *Martiny*, FS Ulrich Drobnig, 1998, S. 389, 399; *Staudinger/Fezer/Koos* (Fn. 103), IntWiR Rn. 115; *Immenga*, in: MünchKomm BGB (Fn. 3), IntWettbR/IntKartR Rn. 36.

¹⁴⁰ *Schwartz* (Fn. 110), S. 31; *Immenga*, in: MünchKomm BGB (Fn. 3), IntWettbR/IntKartR Rn. 17.

¹⁴¹ Siehe BKartA WuW/E DE-V 1051; BKartA WuW/E DE-V 1055.

¹⁴² Siehe OLG Hamburg EuLF 2007, II-133 = GRUR-RR 2008, 31 – Exklusivitätsklausel.

sein.¹⁴³ Marktauswirkungen lassen sich dann bejahen, wenn der Anwendungsanspruch einer Rechtsordnung dadurch ausgelöst wird, dass ein Merkmal in einer ihrer Sachnormen verwirklicht ist.¹⁴⁴

Man sollte des Weiteren auch die bisherige Anknüpfungspraxis zur FKVO fortschreiben können. Auf den Sitz der Kartellunternehmen kommt es jedenfalls nicht an: Wirkt sich eine Absprache zwischen Unternehmen, die allesamt in den USA ansässig sind, z.B. in Deutschland relevant aus, so führt Art. 6 Abs. 3 lit. a Rom II-VO zur Anwendung des deutschen Kartellprivatrechts.¹⁴⁵

d) Wesentlichkeits- oder Spürbarkeitsschwelle

Obwohl sie nicht ausdrücklich festgeschrieben ist,¹⁴⁶ sollte man dem Auswirkungsprinzip eine immanente Wesentlichkeitsschwelle einschreiben.¹⁴⁷ Dies war teilweise für einen Erwägungsgrund vorgesehen,¹⁴⁸ hat aber letztlich keinen ausdrücklichen Niederschlag

¹⁴³ *Schnyder*, in: MünchKomm WettbR (Fn. 103), Einl. Rn. 929; *Tzakas* (Fn. 6), S. 562-566; anders wohl *Massing* (Fn. 27), S. 174.

Vgl. im deutschen Recht BGHSt 25, 208 – Ölfeldrohre; BGHZ 74, 322, 324 f. – Organische Pigmente; *Basedow*, NJW 1989, 627, 628; *Immenga*, in: MünchKomm BGB (Fn. 3), IntWettbR/IntKartR Rn. 37.

¹⁴⁴ *Schnyder*, in: MünchKomm WettbR (Fn. 103), Einl. Rn. 927.

¹⁴⁵ *Leible/Matthias Lehmann*, RIW 2007, 721, 730.

¹⁴⁶ Anders seinerzeit der Formulierungsvorschlag von *Zimmer/Leopold*, EWS 2005, 149, 154: „Auf außervertragliche Schuldverhältnisse, die auf einer Beschränkung des Wettbewerbs beruhen, ist das Recht des Staates anzuwenden, in dessen Gebiet sich die Beschränkung unmittelbar, *wesentlich* und vorhersehbar auswirkt oder auswirken könnte.“ (Hervorhebung hinzugefügt)

¹⁴⁷ *Mankowski*, RIW 2008, 177, 186; *Michael Hellner*, (2007) 3 JPrIL 49, 61-64; *Gralf-Peter Calliess/Benedikt Buchner* (Fn. 42), Art. 6 Rome II Regulation Rn. 38; *Helena Isabel Maier* (Fn. 6), S. 345; *Massing* (Fn. 27), S. 186-190 sowie *Wurmnest*, in: jurisPK (Fn. 45), Art. 6 Rom II-VO Rn. 28.

Anderer Ansicht *Wulf-Henning Roth*, FS Jan Kropholler, 2008, S. 623, 640 f.; *Dickinson* (Fn. 133), Rn. 6.65; *Rodriguez Pineau*, (2009) 5 JPrIL 311, 322; *Fitchen*, (2009) 5 JPrIL 337, 366; *Rauscher/Unberath/Cziupka* (Fn. 30), Art. 6 Rom II-VO Rn. 69; *Peter Huber/Illmer* (Fn. 3), Art. 6 Rome II Regulation Rn. 102; *Tzakas* (Fn. 6), S. 341.

¹⁴⁸ Erwägungsgrund (11a) S. 2 Vermerk des Vorsitzes für den Ausschuss für Zivilrecht (Rom II) vom 2.5.2006, 8498/06 JUSTCIV 105 CODEC 358 S. 6; Erwägungsgrund (11a) S. 2 Vermerk des Vorsitzes für den AStV/Rat vom 19.5.2006, 9143/06 JUSTCIV 118 CODEC 455 S. 6.

gefunden. Die fehlende Erwähnung im Normtext ändert aber nichts an der sachlichen Berechtigung und Notwendigkeit einer Wesentlichkeits- oder Spürbarkeitsschwelle.¹⁴⁹ Eine solche Schwelle ist dem Auswirkungsprinzip als Bagatellklausel¹⁵⁰ nachgerade immanent. Die Spürbarkeit bemisst sich für Dritte an einer Beeinträchtigung ihrer Handlungsalternativen.¹⁵¹ Das Gemeinschaftssachrecht arbeitet ausgehend von einem unteren Schwellenwert von 5 % Marktanteil als quantitativem Richtwert.¹⁵² Dieser Richtwert erscheint auch für das Kollisionsrecht denkbar.¹⁵³ Insoweit wird der wertungsmäßige Gleichlauf zwischen primär- und sekundärrechtlichem Auswirkungskriterium zum zusätzlichen Vorteil.¹⁵⁴ Dagegen sollte man zurückhaltend sein, Richtwerte aus einzelnen Rechtsakten einzelner Rechtsordnungen *telles quelles* in das Kollisionsrecht zu übernehmen,¹⁵⁵ insbesondere die Marktanteile von 10 % horizontal und 15 % vertikal aus der Bagatellbekanntmachung der Kommission¹⁵⁶. So sehr sollte man sich nicht abhängig machen. Kollisionsnormen müssen sich die nötige Offenheit bewahren. Sie müssen prüfen, welche Sachaspekte auch für sie passen, aber sie können, namentlich wenn sie mehrseitig formuliert sind, nicht Zahlenwerte aus einer einzelnen Rechtsordnung zu ihrer eigenen Richtschnur erheben. Dies gilt auch für europäische Kollisionsnormen mit Blick auf Richtwerte des einschlägigen europäischen Sachrechts. Qualitativ

¹⁴⁹ Anderer Ansicht z.B. *Fitchen*, (2009) 5 JPrIL 337, 366.

¹⁵⁰ Siehe nur *Helge Schäfer*, Internationaler Anwendungsbereich der präventiven Zusammenschlusskontrolle im deutschen und europäischen Recht, 1993, S. 49; *Wurmnest*, in: *jurisPK* (Fn. 45), Art. 6 Rom II-VO Rn. 28; *Massing* (Fn. 27), S. 186.

¹⁵¹ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2004, § 10 Rn. 80; *Helge Schäfer* (Fn. 150), S. 215; *Immenga/Mestmäcker/Emmerich*, Wettbewerbsrecht, Bd. I: WettbR EG, Teil 1, 4. Aufl. 2007, Art. 81 Abs. 1 EGV Rn. 185.

¹⁵² *Immenga/Mestmäcker/Emmerich* (Fn. 130), Art. 81 Abs. 1 EGV Rn. 190; *Andreas Fuchs*, ZWeR 2007, 369, 386.

¹⁵³ *Mankowski*, RIW 2008, 177, 186; *Massing* (Fn. 27), S. 192 f.

Ablehnend *Rauscher/Unberath/Cziupka* (Fn. 30), Art. 6 Rom II-VO Rn. 69.

¹⁵⁴ *Helena Isabel Maier* (Fn. 6), S. 347-349.

¹⁵⁵ *Mankowski*, RIW 2008, 177, 186; *Massing* (Fn. 27), S. 195 f.

¹⁵⁶ Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Art. 81 Abs. 1 des Vertrags zur Gründung der EG nicht spürbar beschränken (*de minimis*), ABl. EG 2001 C 368/13 Rn. 7.

sind indes die Schwere der Beeinträchtigung und die sonstigen Marktverhältnisse zu berücksichtigende Kriterien im Sachrecht,¹⁵⁷ die man im Kern auch auf das Kollisionsrecht übertragen kann. Ein Umkehrschluss aus Art. 6 Abs. 3 lit. b Hs. 1 Rom II-VO und der dortigen ausdrücklichen Anordnung einer „unmittelbaren und wesentlichen“ Beeinträchtigung ist nicht angezeigt,¹⁵⁸ weil jene Kriterien ihrerseits nur Ausprägungen der allgemeinen Spürbarkeits- und Wesentlichkeitsschwelle sind.¹⁵⁹

Mit Blick auf die FKVO stellt sich die Frage, ob die dortigen Schwellenwerte bereits zur Konkretisierung der allgemeinen Spürbarkeitsschwelle herangezogen werden können¹⁶⁰ oder ob sie erst später, nach der eigentlichen Anknüpfung, auf der sachrechtlichen Ebene als Ausgrenzungskriterien ins Spiel kommen. Beide Ansätze erscheinen denkbar. Der erste würde sehr gut mit einem auf die jeweiligen Einzeltatbestände des Kartellrechts und deren Zwecke blickenden Verständnis des Anknüpfungspunktes Auswirkungen harmonisieren. Der zweite würde klarer zwischen Allgemeinem und Speziellem differenzieren und die allgemeine Spürbarkeitsschwelle nicht zu stark mit speziellen Überlegungen und insbesondere mit sehr speziellen Zahlenwerten aufladen und überladen.

2. Einschränkung durch Interessenabwägung auf einer zweiten Stufe?

Das Auswirkungsprinzip kann recht aggressiv wirken. Es kann seinerseits Restriktionen und Rückkoppelungen außerhalb des regulierten Marktes bewirken. Es kann häufig eine als extraterritorial empfundene Anwendung

¹⁵⁷ Insbesondere EuG 15.9.1998 - Rs. T-374, 375, 384, 388/94, Slg. 1998, II-3141, II-3183-II-3185 Rn. 102 f. - European Night Services Ltd./Kommission.

¹⁵⁸ Entgegen *Wulf-Henning Roth*, FS Jan Kropholler, 2008, S. 623, 640 f.; *Dickinson* (Fn. 133), Rn. 6.65; *Rodriguez Pineau*, (2009) 5 JPrIL 311, 322; *Thomas Ackermann*, Liber Amicorum Pieter Jan Slot, 2009, S. 109, 114; *Rauscher/Unberath/Cziupka* (Fn. 30), Art. 6 Rom II-VO Rn. 69. Wie hier *Massing* (Fn. 27), S. 181.

¹⁵⁹ *Mankowski*, RIW 2008, 177, 189 f.; *Massing* (Fn. 27), S. 256 sowie *Ulrich Scholz/Rixen*, EuZW 2008, 327, 331; *Helena Isabel Maier* (Fn. 6), S. 350 f.

¹⁶⁰ Dahin *Ingrid Meyer* (Fn. 53), S. 115-177; *Reithmann/Martiny/Freitag*, Internationales Vertragsrecht, 6. Aufl. 2004, Rn. 455; siehe auch *Helge Schäfer* (Fn. 150), S. 216 ff.

von Kartellrecht mit sich bringen. Daher scheint es nur natürlich zu sein, wenn man es allein als Grundlage und Ausgangspunkt nimmt und auf einer zweiten Stufe eine Interessenabwägung vornimmt. Diese soll sich sachlich aus comity-Gesichtspunkten und aus dem völkerrechtlichen Interventionsverbot und Nichteinmischungsgebot speisen.¹⁶¹ Die EU ist generell an Völkergewohnheitsrecht gebunden.¹⁶² Gibt es Anhaltspunkte dafür, dass unter Art. 6 Abs. 3 lit. a Rom II-VO ein solches zweistufiges Vorgehen gewollt wäre? Der Wortlaut der Vorschrift jedenfalls schreibt keine Interessenabwägung vor. Er enthält keinerlei Einschränkung. Er erschöpft sich darin, das Auswirkungsprinzip zu kodifizieren. Mehr tut er nicht. Er enthält auch keinerlei Öffnungsklausel oder sonstige Erlaubnis zu einer möglichen Restriktion. Eine solche Restriktion aufgrund einer Interessenabwägung ließe sich nicht als teleologische Reduktion immanent verorten. Denn teleologisch würde bei isolierter Betrachtung das Auswirkungsprinzip ja passen und seinem eigenen Zweck gerecht werden. Die gegenläufigen Interessen sind gerade nicht im Zweck des Auswirkungsprinzips angesiedelt, sondern außerhalb. Zudem spricht die bezweckte Kontinuität mit der Anknüpfung des Gemeinschaftskartellrechts gegen eine zweite Stufe der Interessenabwägung, denn das Gemeinschaftskartellrecht hat eine solche zweite Stufe in der Vergangenheit nicht zuverlässig gekannt. Eine solche zweite Stufe hat allenfalls ansatzweise Niederschlag in der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte¹⁶³ oder in der Anwendungspraxis der Kommission gefunden. Ein Verstoß gegen das Einmischungsverbot wäre zu bejahen, wenn eine aktive Einflussnahme auf die Willensbildung ausländischer

¹⁶¹ So z.B. *Meessen* (Fn. 96), S. 231 f. et passim; *ders.*, Kollisionsrecht der Zusammenschlusskontrolle, 1984, S. 26 f.; *ders.*, WuW 2005, 1115, 1122; *ders.*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, KartR Bd. I: GemKartR, 2008, 9. Teil Rn. 56 f.; ähnlich *Tzakas* (Fn. 6), S. 339-341.

¹⁶² Siehe nur GA *Mayras*, Schlussanträge vom 2.5.1972 in der Rs. 48/69, Slg. 1972, 619, 699 – *Imperial Chemical Industries Ltd./Kommission*; *Grabitz/Hilf/Simma/Vedder*, Das Recht der EU, Losebl. 1983 ff., Art. 281 EGV Rn. 12; *Ingrid Meyer* (Fn. 53), S. 65.

¹⁶³ EuG 25.3.1999 – Rs. T-102/96, Slg. 1999, II-753, II-788 Rn. 102 – *Gencor Ltd./Kommission*.

Staatsorgane erfolgen würde; eine solche Einflussnahme erfolgt aber durch kartellrechtliche Sanktionen gegen Unternehmen nicht, vielmehr können sich Reaktionen nur als Reflexwirkung innerhalb der Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung des betreffenden Staates ergeben.¹⁶⁴

Zudem wäre zu fragen, ob die angebliche Extraterritorialität denn nicht sowieso allein auf die behördliche und öffentlichrechtliche Seite des Kartellrechts gemünzt wäre, während sie die privatrechtliche so nicht betrifft.¹⁶⁵ Territoriale Beschränkungen (und Behördenkonflikte bei kollidierenden Zuständigkeiten mehrerer Staaten¹⁶⁶) sind typisch für öffentlichrechtliche Aufgriffe. Privatrecht dagegen geht anders vor. Eine territoriale Fragmentierung von Schadensersatzansprüchen¹⁶⁷ kann man sich jenseits der Anwendbarkeit eines Rechts nur auf bestimmte Schäden im Sinne des Mosaikprinzips kaum vorstellen – und genau dieses Mosaikprinzip verwirklicht Art. 6 Abs. 3 lit. a Rom II-VO als Teil des Auswirkungsprinzips. Zudem ist der Vorwurf der Extraterritorialität ein Vorwurf, der auf einseitige Kollisionsnormen und die Anmaßung von Regulierungskompetenz durch ein bestimmtes Rechtssystem zugeschnitten ist.¹⁶⁸ Allseitige Kollisionsnormen, wie Art. 6 Abs. 3 lit. a Rom II-VO seinem Wortlaut nach eine ist, kann dieser Vorwurf dagegen nicht so treffen. Im Ergebnis würde eine Abwägung eine mögliche Zurücknahme eigener Rechtsanwendungsansprüche beinhalten – und damit wirken wie eine am allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgebot

¹⁶⁴ v. der Groeben/Schwarze/Schröter, EUV/EGV, Bd. II: Artt. 81-97 EGV, 6. Aufl. 2003, Vor Art. 81 EGV Rn. 82; Schröter, in: Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, 2003, Art. 81 EGV Rn. 86; Mankowski, RIW 2008, 177, 186.

¹⁶⁵ Siehe aber Meessen, WuW 2005, 1115, 1120 f. im Anschluss an *Empagran SA v. F. Hoffmann-LaRoche Ltd.* 315 F. 3d 338 (D.C. Cir. 2003); *F. Hoffmann-LaRoche Ltd. v. Empagran SA* 124 S. Ct. 2359 (2004); *F. Hoffmann-LaRoche Ltd. v. Empagran SA* 417 F. 3d 1267 (D.C. Cir. 2005) (dazu Michaels/Zimmer, IPRax 2004, 451; Pierini, Dir. pubbl. comp. e eur. 2004, 190; Palmieri, Int'l. Lis 2005, 39).

¹⁶⁶ Besonders markant in der Entscheidung der Kommission vom 30.7.1997, ABl. EG 1997 L 336/16 – Boeing/ McDonnell Douglas.

¹⁶⁷ So Meessen, WuW 2005, 1115, 1122.

¹⁶⁸ Mankowski, RIW 2008, 177, 186; Helena Isabel Maier (Fn. 6), S. 353.

orientierte Restriktion eines einseitigen Anwendungsanspruchs.¹⁶⁹ Allseitige Kollisionsnormen würde dies nicht treffen, sondern nur eine Frage auf der sachrechtlichen Ebene aufwerfen, nämlich, ob das berufene Sachrecht hinreichende Besonderheiten sieht, um eine bestimmte Rechtsfolge ausnahmsweise nicht auszusprechen. Man kann sogar anzweifeln, ob ein Bedürfnis dafür besteht, wenn es denn eh nur in Extremsituationen greifen würde.¹⁷⁰

3. Beachtung mangelnden Anwendungswillens von Normen des berufenen Kartellrechts auf der sachrechtlichen Ebene

Allerdings müsste auf der Ebene des anwendbaren Rechts beachtet werden, wenn dieses auf bestimmte Konstellationen nicht angewendet werden will, mag sich deren Besonderheit auch und gerade aus dem Auslandsbezug ergeben.¹⁷¹ Diese Ausgrenzung geschieht indes nicht auf der kollisionsrechtlichen Ebene, sondern erst nachgelagert auf der sachrechtlichen Ebene.¹⁷² Art. 6 Abs. 3 lit. a Rom II-VO schreibt dem anwendbaren Recht keineswegs einen bestimmten Anwendungs- und Regulierungsanspruch zu, den dieses nicht erhebt oder ausdrücklich verneint.¹⁷³ Denn damit würde die makroökonomische Regulierungsfunktion des Kartellrechts verfehlt.¹⁷⁴ Die Rücknahme von Regulierungsansprüchen gegenüber Auslandswettbewerb steht auch nicht

¹⁶⁹ *Oliver Koch*, in: Münchener Kommentar zum Deutschen und Europäischen Wettbewerbsrecht, 2007, Art. 1 FKVO Rn. 57.

¹⁷⁰ *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Stockmann*, KartR Bd. II: GWB, 2007, § 130 GWB Rn. 47.

¹⁷¹ *Wulf-Henning Roth*, FS Jan Kropholler, 2008, S. 623, 636; *Thomas Ackermann*, Liber Amicorum Pieter Jan Slot, 2009, S. 109, 114.

¹⁷² *Peter Huber/Illmer* (Fn. 3), Art. 6 Rome II Regulation Rn. 102 sowie *Wulf-Henning Roth*, FS Jan Kropholler, 2008, S. 623, 636. Nicht hinreichend klar *Tzakas* (Fn. 6), S. 355-357.

¹⁷³ *Thomas Ackermann*, Liber Amicorum Pieter Jan Slot, 2009, S. 109, 115; *Helena Isabel Maier* (Fn. 6), S. 349, 355.

¹⁷⁴ *Helena Isabel Maier* (Fn. 6), S. 349.

in Widerspruch zum renvoi-Ausschluss des Art. 24 Rom II-VO.¹⁷⁵ Auf dieser sachrechtlichen Stufe geht es um den Anwendungswillen kartellrechtlicher Regulierungen im Rahmen eines berufenen Rechts, nicht darum, welche von mehreren Rechtsordnungen berufen ist. Extraterritoriale Anwendungsansprüche spielen dabei nicht als einseitiges Phänomen quasi-eingriffsrechtlicher Natur eine Rolle, sondern umgekehrt findet eine Zurücknahme im Sachrecht, nur Geschehen auf dem jeweils eigenen nationalen Markt regulieren zu wollen, Beachtung.¹⁷⁶

4. Allseitige Formulierung oder Beschränkung auf mitgliedstaatliche Rechtsordnungen?

Seinem Wortlaut nach enthält Art. 6 Abs. 3 lit. a Rom II-VO eine allseitige Anknüpfung.¹⁷⁷ Auf seiner Rechtsfolgenseite wird „das Recht des Staates“, nicht „das Recht des Mitgliedstaates“ berufen, in dem der Markt beeinträchtigt wird. Art. 6 III lit. a Rom II-VO differenziert eben nicht danach, ob berufenes Recht dasjenige eines Mitgliedstaats oder dasjenige eines Drittstaates ist. Er spricht nur vom Recht „des Staates“.¹⁷⁸ Im Kontrast dazu bezieht sich Art. 6 III lit. b Rom II-VO, sachlich eingeeengt durch die Klage vor einem mitgliedstaatlichen Gericht, präzise vom Recht „des Mitgliedstaates“,¹⁷⁹ wenn er die lex fori beruft.¹⁸⁰ Dies würde ganz auf

¹⁷⁵ *Thomas Ackermann*, Liber Amicorum Pieter Jan Slot, 2009, S. 109, 115; *Tzakas* (Fn. 6), S. 357.

¹⁷⁶ *Massing* (Fn. 27), S. 182.

¹⁷⁷ *Leible/Matthias Lehmann*, RIW 2007, 721, 730; *Gerhard Wagner*, IPRax 2008, 1, 8; *Wulf-Henning Roth*, FS Jan Kropholler, 2008, S. 623, 635; *Munari*, Dir. comm. int. 22 (2008), 281, 293; *ders.*, Liber Fausto Pocar, vol. II, Milano 2009, S. 757, 769; *Rodriguez Pineau*, (2009) 5 JPrIL 311, 320; *Fitchen*, (2009) 5 JPrIL 337, 353; *Sonnenberger*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 10, 5. Aufl. 2010, Einl. IPR Rn. 71; *Immenga*, in: MünchKomm BGB (Fn. 3), IntWettbR/IntKartR Rn. 74; *Wurmnest*, in: jurisPK (Fn. 45), Art. 6 Rom II-VO Rn. 29; *Rauscher/Unberath/Cziupka* (Fn. 30), Art. 6 Rom II-VO Rn. 53; *Peter Huber/Illmer* (Fn. 3), Art. 6 Rome II Regulation Rn. 77; *Tzakas* (Fn. 6), S. 352 f; *Helena Isabel Maier* (Fn. 6), S. 371.

¹⁷⁸ Hervorhebung hinzugefügt.

¹⁷⁹ Hervorhebung hinzugefügt.

¹⁸⁰ *Handig*, GRUR Int. 2008, 24, 25; *Wulf-Henning Roth*, FS Jan Kropholler, 2008, S. 623, 637; *Rodriguez Pineau*, (2009) 5 JPrIL 311, 320; *Mankowski*, IPRax 2010, 389, 396.

einer Linie mit Art. 3 Rom II-VO liegen, denn dieser erklärt alle Kollisionsnormen der Rom II-VO zu *lois uniformes*.¹⁸¹

Ernst zu nehmende Zweifel, ob lit. a wirklich eine allseitige Anknüpfung verwirklichen soll, könnten sich aber einstellen, wenn man ergänzend Erwägungsgrund (23) Rom II-VO betrachtet. Dort ist nicht weniger als drei Mal von Mitgliedstaaten die Rede, nicht von Staaten. Noch signifikanter: Immer wenn Erwägungsgrund (23) Rom II-VO nationales Recht in den Blick nimmt, ist es Recht von Mitgliedstaaten, nie Recht von beliebigen Staaten. Und noch signifikanter: Dem Mitgliedstaat gesellt sich in Erwägungsgrund (23) Rom II-VO stets der Binnenmarkt hinzu bzw. bei der letzten Erwähnung als „Recht eines Mitgliedstaats“: Artt. 101; 102 AEUV (ex Artt. 81; 82 EGV). All’ dies steht in Widerspruch zur viel weiteren und auf eine solche Beschränkung verzichtenden Formulierung des Art. 6 Abs. 3 lit. a Rom II-VO. Was setzt sich durch? Im Prinzip sollte der normativ nicht verbindliche Erwägungsgrund der verbindlichen Norm weichen,¹⁸² zumal er nicht abschließend ist.¹⁸³ Denn Erwägungsgründe erläutern nur, enthalten aber keine unmittelbar anzuwendenden und für die Rechtsanwender als Entscheidungsgrundlage verbindlichen Normaussagen.¹⁸⁴ Sie sollen nur das Wesen des betreffenden Rechtsakts ausreichend schildern¹⁸⁵ und die Überlegungen des jeweiligen Rechtssetzungsakts so klar und eindeutig zum Ausdruck bringen, dass die Betroffenen ihnen die Gründe für die erlassene Maßnahme entnehmen

¹⁸¹ *Mankowski*, IPRax 2010, 389, 396.

¹⁸² *Mankowski*, RIW 2008, 177, 187; *Wulf-Henning Roth*, FS Jan Kropholler, 2008, S. 623, 637; *Rauscher/Unberath/Cziupka* (Fn. 30), Art. 6 Rom II-VO Rn. 55; *Helena Isabel Maier* (Fn. 6), S. 372 sowie *Tzakas* (Fn. 6), S. 328 f. Vgl. auch Übermittlungsvermerk des Rates betreffend Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“) vom 7.5.2007, 9137/07 CODEC 446 JUSTCIV 116 S. 19: Es gebe keinen offenkundigen Grund für die Beschränkung der Vorschrift auf die Fälle, in denen nur der Markt in den Mitgliedstaaten beeinträchtigt ist.

¹⁸³ *Thomas Ackermann*, Liber Amicorum Pieter Jan Slot, 2009, S. 109, 119.

¹⁸⁴ Siehe nur *Ferdinand Kopp*, DuD 1995, 356, 357.

¹⁸⁵ EuGH 15.10.2002 – verb. Rs. 238, 244, 245, 247, 250, 251, 252, 254/99 P, Slg. 2002, I-8375, I-8751 Rn. 452 – LVM/Kommission.

können und der EuGH seiner Kontrollaufgabe nachkommen kann.¹⁸⁶ Sie sind gleichsam in den Vorspruch zum eigentlichen Rechtsakt eingeflossene, wesensentsprechende¹⁸⁷ Rechtsaktbegründung an Stelle veröffentlichter und ausführlicher Materialien.¹⁸⁸

Aber deutet nicht konkret doch der Erwägungsgrund (23) Rom II-VO auf eine wahre und dann engere Intention und drängt somit zu einer teleologischen Reduktion des zu weit geratenen Normtextes?¹⁸⁹ Ein Blick auf die Konsequenzen bei wörtlicher Normanwendung legt dies nahe. Will man wirklich eine Anwendung von US-Antitrust Law durch europäische Gerichte, zumindest in dessen privatrechtlichen Teilen und soweit sich Auswirkungen auf dem US-Markt ergeben? Die gerichtliche Zuständigkeit schützt dagegen nicht zuverlässig. Sie kann sich schnell einstellen, wenn ein in Europa ansässiges Kartellunternehmen in seinem Sitzstaat verklagt wird. Der allgemeine Gerichtsstand nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 60 EuGVVO ist dann gegeben. Am allgemeinen Gerichtsstand besteht auch keinerlei Einschränkung der gerichtlichen Kognitionsbefugnis.¹⁹⁰ Wo, wenn nicht dort, soll man den weltweiten Schaden liquidieren¹⁹¹ oder weltweite Unterlassungsgebote erwirken dürfen? Dazu besteht dort jede

¹⁸⁶ EuGH 14.2.1990 – Rs. C-350/88, Slg. 1990, I-395, I-422 Rn. 15 – Société française de Biscuit Delacre/Kommission; EuGH 2.4.1998 – Rs. 367/95P, Slg. 1998, I-1719, I-1770 Rn. 63 – Kommission/Sytraval u. Brink’s France SARL; EuGH 12.12.2002 – Rs. C-5/01, Slg. 2002, I-11991, I-12043 Rn. 68 – Belgien/Kommission.

¹⁸⁷ EuGH 9.11.1995 – Rs. C-466/93, Slg. 1995, I-3799, I-3809 Rn. 16 – Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH/Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft; EuGH 29.2.1996 – Rs. C-56/93, Slg. 1996, I-723, I-792 Rn. 86 – Belgien/Kommission; EuGH 2.4.1998 – Rs. 367/95P, Slg. 1998, I-1719, I-1770 Rn. 63 – Kommission/Sytraval u. Brink’s France SARL; EuGH 19.9.2002 – Rs. C-114/00, Slg. 2002, I-7657, I-7683 Rn. 62 – Spanien/Kommission; EuGH 12.12.2002 – Rs. C-5/01, Slg. 2002, I-11991, I-12043 Rn. 68 – Belgien/Kommission.

¹⁸⁸ *Mankowski*, in: MünchKomm UWG (Fn. 25), Teil II: IntWettbR Rn. 110.

¹⁸⁹ Im Ergebnis ablehnend *Wulf-Henning Roth*, FS Jan Kropholler, 2008, S. 623, 637 f.

¹⁹⁰ Siehe nur EuGH 7.3.1995 – Rs. 68/93, Slg. 1995, I-415, I-462 Rn. 32 – Fiona Shevill/Presse Alliance SA; *Mankowski*, in: *Magnus/Mankowski* (Fn. 80), Art. 5 Brussels I Regulation Rn. 210.

¹⁹¹ Siehe nur EuGH 7.3.1995 – Rs. 68/93, Slg. 1995, I-415, I-462 Rn. 32 – Fiona Shevill/Presse Alliance SA; *Mankowski*, in: *Magnus/Mankowski* (Fn. 80), Art. 5 Brussels I Regulation Rn. 210.

Legitimation. Die allseitige Anknüpfung könnte also durchaus real werden. Soll sie dies aber wirklich?

Ein nicht zu unterschätzendes Indiz könnte sich aus Art. 23 S. 2 Geänderter Vorschlag Rom II-VO ergeben. Dieser sollte eine spezielle ordre public-Klausel gegen mehrfachen Schadensersatz, insbesondere treble damages, sein. Dabei dürfte man gerade US-Recht im Blick gehabt haben und dort insbesondere § 4 Clayton Act¹⁹². Die Notwendigkeit einer besonderen Begrenzung spricht dafür, dass die Grundanknüpfung tatsächlich allseitig zu verstehen ist.¹⁹³ Freilich ist diese spezielle ordre public-Klausel so nicht Verordnung geworden, sondern in der allgemeinen ordre public-Klausel aufgegangen. Erwägungsgrund (32) S. 2 Rom II-VO legt nahe, ihren Gedanken fortleben zu lassen. Allerdings war die spezielle ordre public-Klausel nicht auf das Kartellrecht begrenzt und nimmt dieses auch nicht ausdrücklich in Bezug. Ihr verbliebe ein sinnvoller Anwendungsbereich, soweit treble damages oder punitive damages auch außerhalb des Kartellrechts begegnen.¹⁹⁴

Ein weiteres Indiz ist die Allseitigkeit der ersten beiden Absätze des Art. 6 Rom II-VO. Diese betreffen zwar das Internationale Lauterkeitsrecht. Das Internationale Lauterkeitsrecht ist aber die engste Nachbarmaterie zum Internationalen Kartelldeliktsrecht. Wenn dort Allseitigkeit in der Formulierung ernst zu nehmen ist, sollte sie es auch hier sein, während eine Differenzierung zwischen den Absätzen einer Norm rechtfertigungsbedürftig wäre.¹⁹⁵ Außerdem schaltet eine echte allseitige Anknüpfung die Notwendigkeit jedweden Rückgriffs auf Art. 4 Rom II-VO und damit auch die für Kartelldelikte wenig passende Anknüpfung an einen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt von Täter und Opfer aus Art.

¹⁹² 38 Stat. 730, as amended 15 U.S.C. § 15 (2000).

¹⁹³ Vgl. *Zimmer/Leopold*, EWS 2005, 149, 152.

¹⁹⁴ *Mankowski*, RIW 2008, 177, 188.

¹⁹⁵ *Wulf-Henning Roth*, FS Jan Kropholler, 2008, S. 623, 638.

4 Abs. 2 Rom II-VO aus.¹⁹⁶ Die systematische Auslegung streitet insgesamt klar für echte Allseitigkeit.¹⁹⁷

Zudem kann man Erwägungsgrund (23) Rom II-VO, ohne ihm Gewalt anzutun, auch so verstehen, dass er mit dem Wortlaut des Art. 6 III lit. a Rom II-VO gar nicht in direkten Konflikt gerät: nämlich als eher beispielhaft gedachte Bezugnahme.¹⁹⁸ Die europäischen Organe waren so auf die europäische Perspektive konzentriert, dass sie im Erwägungsgrund keine saubere Formulierung wählten.¹⁹⁹ Dies mag erklärlich sein, wenn das Hauptbemühen des vorangegangenen Erwägungsgrundes (22) sich darum rankt, darauf hinzuweisen, dass Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO der Anknüpfung sowohl nationalen als auch gemeinschaftsrechtlichen Kartellrechts dienen soll. Erwägungsgrund (23) Rom II-VO will den sachlichen Anwendungsbereich umschreiben, nicht mehr. Dass eine Beschränkung auf die Berufung mitgliedstaatlichen Rechts mit einer gewissen Homogenität der mitgliedstaatlichen Normen sowie angestrebten Rechtsharmonisierungen harmonieren würde,²⁰⁰ ist nicht mehr als eine Vermutung. Denn insoweit geht es ja gerade um den nicht harmonisierten Bereich. Zudem besteht keine Prämisse, dass eine Verweisung nur so weit reichen dürfte, wie eine vermutete Homogenität der potenziell berufenen Rechtsordnungen sie decken würde.²⁰¹

Beschränkungen der seinerzeitigen unionsrechtlichen Kompetenzgrundlage für IPR-Gesetzgebung aus Artt. 61 lit. c; 65 EGV jedenfalls würden sich nicht spezifisch gegen ein allseitiges Verständnis gerade des Art. 6 Abs. 3 lit. a Rom II-VO richten, sondern gegen allseitiges Unions-IPR schlechterdings. Zudem gibt es gute Gründe für

¹⁹⁶ *Wulf-Henning Roth*, FS Jan Kropholler, 2008, S. 623, 638 f.; *Tzakas* (Fn. 6), S. 353.

¹⁹⁷ *Rauscher/Unberath/Cziupka* (Fn. 30), Art. 6 Rom II-VO Rn. 55.

¹⁹⁸ *Wulf-Henning Roth*, FS Jan Kropholler, 2008, S. 623, 637 f.

¹⁹⁹ *Mankowski*, IPRax 2010, 389, 396.

²⁰⁰ *So Immenga*, in: MünchKomm (Fn. 92), IntWettbR/IntKartR Rn. 74.

²⁰¹ *Mankowski*, IPRax 2010, 389, 397.

unionsrechtliche lois uniformes,²⁰² auch im Internationalen Kartellrecht.²⁰³ Letztlich wäre solchen Bedenken mit dem Fortfall eines strikten Binnenmarktbezugs in Art. 81 Abs. 2 AEUV ein erhebliches Stück an Legitimität verloren.

IV. Beeinträchtigung mehrerer Märkte

1. Grundsatz: Mosaikprinzip

a) Grundsatz

Ergeben sich Auswirkungen ein und desselben Verhaltens auf mehreren Märkten, so gilt das Mosaikprinzip: Die Auswirkungen auf den einzelnen Märkten sind nach dem jeweiligen Marktrecht zu beurteilen.²⁰⁴ Jeder Markt wird von seinem eigenen Recht beherrscht. Es erfolgt keine Suche nach einem relativen Schwerpunkt. Es erfolgt keine Suche nach dem relativ am stärksten betroffenen Markt.²⁰⁵ Erwägungsgrund (20) S. 3 Gemeinsamer Standpunkt besagte noch ausdrücklich: „Ist der Schaden in mehr als einem Staat eingetreten, so ist das Recht jedes dieser Staaten nur für den

²⁰² Begründung der Kommission zum Vorschlag für eine Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, KOM (2003) 427 endg. S. 10.

²⁰³ *Thomas Ackermann*, Liber Amicorum Pieter Jan Slot, 2009, S. 109, 120.

²⁰⁴ Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des Wettbewerbsrechts“ (10.2.2006), SEK (2005) 1732 S. 86 Nr. 248; *Zimmer/Leopold*, EWS 2005, 149, 152; *Adolphsen*, (2005) 1 JPrIL 151, 161; *Basedow*, ZWeR 2006, 294, 299 f.; *v. Hein*, VersR 2007, 440, 449; *Garcimartín Alférez*, EuLF 2007, I-77, I-86; *Leible/Matthias Lehmann*, RIW 2007, 721, 730; *Mankowski*, RIW 2008, 177, 188; *Wulf-Henning Roth*, FS Jan Kropholler, 2008, S. 623, 640; *Dickinson* (Fn. 133), Rn. 6.64; *Rodriguez Pineau*, (2009) 5 JPrIL 311, 323; *Fitchen*, (2009) 5 JPrIL 337, 355 f.; *Immenga*, FS Gunther Kühne, 2009, S. 725, 729; *Immenga*, in: MünchKomm BGB (Fn. 3), IntWettbR/IntKartR Rn. 78; *Wurmnest*, in: jurisPK (Fn. 45), Art. 6 Rom II-VO Rn. 30; *Rauscher/Unberath/Cziupka* (Fn. 30), Art. 6 Rom II-VO Rn. 70; *Danov* (Fn. 133), S. 165-167; *Graff-Peter Calliess/Benedikt Buchner* (Fn. 42), Art. 6 Rome II Regulation Rn. 39; *Peter Huber/Illmer* (Fn. 3), Art. 6 Rome II Regulation Rn. 106; *Helena Isabel Maier* (Fn. 6), S. 375 f.; *Tzakas* (Fn. 6), S. 362.

Allgemein *Stoll*, GS Alexander Lüderitz, 2000, S. 733, 748 f.; *Fuchs*, GPR 2004, 100, 102.

²⁰⁵ Dafür aber *Basedow*, ZWeR 2006, 294, 299 f.

jeweils in diesem Gebiet entstandenen Schaden anzuwenden.“²⁰⁶ Erwägungsgrund (20) S. 3 Gemeinsamer Standpunkt ist zwar in Erwägungsgrund (22) Rom II-VO nicht mehr so fortgeführt. Seine Aussage gilt aber unverändert fort.²⁰⁷ Sie ist unverändert zutreffend und die richtige Leitschnur.²⁰⁸ Die Existenz des gesamten Art. 6 Abs. 3 lit. b Rom II-VO verdankt sich nur der Tatsache, dass grundsätzlich das Mosaikprinzip greift. Art. 6 Abs. 3 lit. b Rom II-VO wurde nur eingeführt, um dieses Prinzip abzumildern und partiell zu durchbrechen. Er setzt aber gerade voraus, dass das Prinzip grundsätzlich greift.

b) Durchsetzungskosten

Das Mosaikprinzip ist konsequent. Es ist keineswegs per se unpraktikabel²⁰⁹ und steuert der Gefahr von forum shopping,²¹⁰ bringt indes als Nachteil mit sich, dass es für den Geschädigten aufwändiger wird, seinen Gesamtschaden zu liquidieren, denn er muss für die einzelnen Teilschäden in die Ermittlung des jeweiligen Marktrechts investieren.²¹¹ Tut der Geschädigte dies, so erhöhen sich auch die Last für den Richter und damit die tertiären Rechtsdurchsetzungskosten.²¹² Je nach Maßgabe des am Forum geltenden Verfahrensrechts können den Geschädigten eine Beibringungs- und sogar eine subjektive Beweislast für den Inhalt ausländischen Rechts treffen. In Deutschland ist dies nach § 293 ZPO nicht der Fall, aber in anderen Mitgliedstaaten kann es sich so

²⁰⁶ Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 22/2006, vom Rat festgelegt am 25.9.2006, im Hinblick auf die Annahme der Verordnung (EG) Nr. .../2006 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl. EU 2006 C 289E/69.

²⁰⁷ Siehe *Leible/Matthias Lehmann*, RIW 2007, 721, 730.

²⁰⁸ Siehe nur *Tzakas* (Fn. 6), S. 364 f.

²⁰⁹ So aber *Eilmannsberger*, (2007) 44 CMLRev. 431, 445.

²¹⁰ *Thomas Ackermann*, Liber Amicorum Pieter Jan Slot, 2009, S. 109, 112.

²¹¹ *Garcimartín Alférez*, EuLF 2007, I-77, I-86; siehe auch Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des Wettbewerbsrechts“ (10.2.2006), SEK (2005) 1732 S. 86 Nr. 248.

²¹² *Garcimartín Alférez*, EuLF 2007, I-77, I-86.

verhalten, namentlich wenn und soweit sie ausländisches Recht als Tatsache, nicht als Recht ansehen. Je mehr Auslandsrechte er nachweisen muss, desto größer würde die Last für den Geschädigten. Desto größer würde aber auch der Anreiz, zumindest teilweise von einer Verfolgung des Kartelldelikts abzusehen,²¹³ namentlich indem die Klage von vornherein auf den Schaden im Forumstaat begrenzt wird.²¹⁴ Dies wiederum würde auch den *effet utile* des Gemeinschaftskartellrechts beeinträchtigen.²¹⁵ Innerhalb des einzelnen Verfahrens drohen zudem Koordinationskomplifikationen und unterschiedliche Geschwindigkeiten für einzelne Klageteile.²¹⁶ Dies dürfte sich potenzieren, je größer die Zahl der Beklagten wird.²¹⁷

c) Mosaikprinzip als Mehrfachanknüpfung?

Dem Mosaikprinzip wird vorgeworfen, es drohe zu Mehrfachanknüpfungen und Konflikten zu führen, wenn die jeweiligen Gesetzgeber unterschiedliche Maßstäbe pflegen und jede Seite sich durchsetzen wolle.²¹⁸ Indes handelt es sich beim Mosaikprinzip nicht um eine echte Mehrfachanknüpfung, die dazu führen würde, dass ein und derselbe Sachverhalt mehreren Rechten gleichzeitig unterliegt. Vielmehr ist das Mosaikprinzip eine distributive Anknüpfung: Es unterstellt verschiedene Sachverhaltsausschnitte verschiedenen Rechten, aber jeden Sachverhaltsausschnitt nur genau einem Recht, nicht mehreren.²¹⁹ Hinsichtlich eines Sachverhaltsausschnitts können daher nicht

²¹³ *Garcimartín Alférez*, EuLF 2007, I-77, I-86.

²¹⁴ *Basedow*, ZWeR 2006, 294, 300.

²¹⁵ *Garcimartín Alférez*, EuLF 2007, I-77, I-86.

²¹⁶ Vgl. *Ashton/Vollrath*, ZWeR 2006, 1, 25.

²¹⁷ Vgl. *Ashton/Vollrath*, ZWeR 2006, 1, 25.

²¹⁸ Z.B. *Habermeier*, Neue Wege zum Wirtschaftskollisionsrecht, 1997, S. 274 f.; *Martiny*, FS Ulrich Drobniß, 1998, S. 389, 400; *Wolfgang Kilian*, Europäisches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2008, Rn. 453; *Adolphsen*, (2005) 1 JPrIL 151, 161 f.

²¹⁹ *Mankowski*, RIW 2008, 177, 188; *Massing* (Fn. 27), S. 243.

verschiedene Rechte kollidieren.²²⁰ Dass verschiedene Rechte aber jeweils verschiedene Sachverhaltsausschnitte unterschiedlich beurteilen, löst keine unmittelbaren Normkollisionen aus. Interessenkonflikte sind bei unterschiedlichen Politikansätzen und variierendem Wettbewerbsverständnis der einzelnen Staaten zwar unausweichlich,²²¹ aber nicht unlösbar. Was auf dem US-Markt erlaubt ist, kann durchaus auf dem deutschen Markt verboten sein. Die Verhaltensgebote an die Unternehmen bleiben trotzdem klar. Sie beziehen sich nur auf das Verhalten auf dem jeweiligen Markt. Sie treffen keine Aussagen und keine Festlegungen für das Verhalten auf anderen Märkten. Unkontrollierte Weite droht ebenfalls nicht,²²² denn Kollisionsrecht führt nur zur Anwendung eines bestimmten Rechts, aber noch nicht per se zu einer Sanktion. Ob eine Sanktion verhängt wird, ist vielmehr eine Frage des anwendbaren, vom Kollisionsrecht berufenen Rechts. Comity mag unsicher sein und negative comity zumal.²²³ Ein genauer Blick darauf, welche Märkte wirklich betroffen sind, kann indes schon im Vorfeld erkennen helfen, dass konkret kein echter Rechtskonflikt besteht, der – in welcher Form auch immer – durch comity ausgeglichen werden müsste. Konfligierende gerichtliche Entscheidungen aus verschiedenen Staaten ließen sich notfalls über Rechtshängigkeitsregeln, also im europäischen Rahmen über Art. 28 EuGVVO, in den Griff bekommen.²²⁴

Allerdings setzt sich, sofern die betreffenden Unternehmen sich nicht von dem jeweiligen Markt zurückziehen wollen, im Ergebnis entweder das strengste Recht durch oder das Recht des ökonomisch stärksten Staates. Insoweit wird eine Tendenz zur Hegemonie der wirtschaftlich stärksten

²²⁰ *Mankowski*, RIW 2008, 177, 188.

²²¹ Siehe *Immenga*, FS Ernst-Joachim Mestmäcker zum 70. Geb., 1996, S. 593, 597.

²²² Entgegen *Martiny*, FS Ulrich Drobnig, 1998, S. 389, 400.

²²³ *Immenga*, FS Ernst-Joachim Mestmäcker zum 70. Geb., 1996, S. 593, 597.

²²⁴ Vgl. *Mankowski*, IPRax 2007, 404, 406. Siehe auch Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des Wettbewerbsrechts“ (10.2.2006), SEK (2005) 1732 S. 83 Nr. 240.

Macht moniert.²²⁵ Gerade bei Kartellabsprachen kann aber eine Möglichkeit bestehen, diese zu variieren und auf einzelne nationale Märkte zu beschränken.²²⁶ Bei Fusionen, Verschmelzungen und Zusammenschlüssen auf der Unternehmensebene besteht eine solche Möglichkeit indes nicht. Nur hinzunehmende Konsequenz, aber kein Ablehnungsgrund gegen das Auswirkungsprinzip schlechthin ist es, dass Exportkartelle sich nicht im Exportstaat, sondern nur in den jeweiligen Importstaaten auswirken und auch nur dort gegebenenfalls zu kontrollieren sind.²²⁷

2. Lex fori nach Art. 6 Abs. 3 lit. b Hs. 1 Rom II-VO

a) Lex fori bei Klage am Beklagtenwohnsitz

Die Bürde des Geschädigten soll – im Rekurs²²⁸ auf Option (34) Grünbuch „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts“²²⁹ – als so zuvor nicht anzutreffende Neuerung²³⁰ Art. 6 Abs. 3 lit. b Rom II-VO leichter machen.²³¹ Sein erster Halbsatz beruft die lex fori zur Anwendung, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind: Zum einen muss die Klage im Wohnsitzstaat des Kartellanten erhoben sein, und zum anderen muss der Markt im Forumstaat unmittelbar und wesentlich betroffen sein. Dies soll die durch eine Anwendung fremden Rechts verursachten Schwierigkeiten und Kosten vermeiden.²³² Es soll ein einziges Recht an Stelle einer

²²⁵ Z.B. *Adolphsen*, (2005) 1 JPrIL 151, 162.

²²⁶ *Mankowski*, RIW 2008, 177, 189.

²²⁷ *Mankowski*, RIW 2008, 177, 189.

²²⁸ Vgl. *Eilmannsberger*, (2007) 44 CMLRev. 431, 445 f., der indes fälschlich Option (33) nennt.

²²⁹ Grünbuch „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts“, von der Kommission vorgelegt am 19.12.2005, KOM (2005) 672 endg. S. 12 Option (34).

²³⁰ *Rauscher/Unberath/Cziupka* (Fn. 30), Art. 6 Rom II-VO Rn. 72; *Gralf-Peter Calliess/Benedikt Buchner* (Fn. 42), Art. 6 Rome II Regulation Rn. 40.

²³¹ Vgl. *Garcimartín Alférez*, EuLF 2007, I-77, I-86; *Helena Isabel Maier* (Fn. 6), S. 381.

²³² Bericht des Europäischen Parlaments zu dem vom Vermittlungsausschuss angenommenen gemeinsamen Text für eine Verordnung des Europäischen Parlaments

Mehrzahl von Rechten zur Anwendung kommen und so rechtliche Konzentration eintreten.²³³ Forumstaat muss ein Mitgliedstaat sein, ein Drittstaat reicht nicht aus.²³⁴ Dies ist aber eigentlich nur eine selbstverständliche Konsequenz daraus, wen Art. 6 Abs. 3 lit. b Rom II-VO bindet und allein binden kann: Rechtsanwender in Mitgliedstaaten.²³⁵ Der Begriff des Wohnsitzes ist klar derjenige des europäischen Zivilprozessrechts, also jener aus Art. 2 i.V.m. Art. 60 EuGVVO.²³⁶ Denn es geht um Klagen im Wohnsitzstaat. Klagen in besonderen Gerichtsständen, z.B. Art. 5 Nr. 3 oder Art. 6 Nr. 1 EuGVVO, reichen nicht aus.²³⁷

Allerdings bleibt, dass im Ergebnis durch die Anwendung allein eines mitgliedstaatlichen Rechts auch Wettbewerbsbeschränkungen außerhalb der EU nach europäischen Maßstäben beurteilt werden könnten.²³⁸ Eine Korrektur auf der sachrechtlichen Ebene, die mangelnden Anwendungswillen einzelner Regulierungskomplexe des betreffenden Marktrechts für das Geschehen auf seinem nationalen Markt berücksichtigen würde, ist hier mangels kollisionsrechtlicher Berufung jenes Marktrechts und ausschließlicher Anwendung der *lex fori* nicht möglich.²³⁹ Eine Beschränkung auf innergemeinschaftliche Sachverhalte, bei denen materiell in allen betroffenen Staaten dieselben Maßstäbe gelten

und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), A6-0257/2007, S. 9.

²³³ Ähnlich *Fallon* (Fn. 47), S. 261, 268; *Wulf-Henning Roth*, FS Jan Kropholler, 2008, S. 623, 646; *Helena Isabel Maier* (Fn. 6), S. 381 f.

²³⁴ *Gerhard Wagner*, IPRax 2008, 1, 8; *Wurmnest*, in: *jurisPK* (Fn. 45), Art. 6 Rom II-VO Rn. 31.

²³⁵ *Mankowski*, RIW 2008, 177, 189.

²³⁶ Siehe nur *Honorati*, *Guida dir., Dir. Com. e Int.*, N. 5, settembre-ottobre 2007, S. 27, 30; *Mankowski*, RIW 2008, 177, 189; *Wulf-Henning Roth*, FS Jan Kropholler, 2008, S. 623, 645; *Graf-Peter Calliess/Benedikt Buchner* (Fn. 42), Art. 6 Rome II Regulation Rn. 41; *Peter Huber/Illmer* (Fn. 3), Art. 6 Rome II Regulation Rn. 111.

²³⁷ Siehe nur *Munari*, *Dir. comm. int.* 22 (2008), 281, 292; *ders.*, *Liber Fausto Pocar*, vol. II, Milano 2009, S. 757, 768.

Rechtspolitisch kritisch *Danov* (Fn. 133), S. 170.

²³⁸ *Thomas Ackermann*, *Liber Amicorum Pieter Jan Slot*, 2009, S. 109, 121.

²³⁹ Anderer Ansicht *Helena Isabel Maier* (Fn. 6), S. 386-389.

würden,²⁴⁰ wäre eine Reduktion, die im Gesamtcharakter der Norm und der ihr eigenen Teleologie nicht angelegt ist. Gleiches gilt für eine Reduktion²⁴¹ selbst um solche Binnenmarktsachverhalte, in denen die Zwischenstaatlichkeitsklausel nicht erfüllt ist. Die Wahl der lex fori muss eigentlich konsequent Tatbestand und Rechtsfolge umfassen, um keine *depécage* und die ungewollte Anwendung zweier Rechte, darunter eines forumfremden, eintreten zu lassen.²⁴² Eine Ausklammerung des Rechtswidrigkeitsurteils würde dies durchbrechen.²⁴³

b) Erfordernis unmittelbarer und wesentlicher (Mit-)

Beeinträchtigung auch des Marktes im Forumstaat

Die Anwendung der lex fori steht in Art. 6 Abs. 3 lit. b Hs. 1 Rom II-VO unter einer einschränkenden materiellen Bedingung: Der Markt im Forumstaat muss unmittelbar und wesentlich beeinträchtigt sein. Es ist nicht erforderlich, dass er der einzige unmittelbar und wesentlich beeinträchtigte Markt ist, aber er muss zumindest zu den unmittelbar und wesentlich beeinträchtigten Märkten gehören. Die entscheidende Frage ist wiederum jene nach dem anzulegenden Maßstab: Verlangt eine unmittelbare und wesentliche Beeinträchtigung mehr als eine sozusagen „einfache“ Beeinträchtigung? Wenn ja, was ist mehr verlangt? Wenn Unmittelbarkeit und Wesentlichkeit qualifizierende und einengende Merkmale sind: Was fügt eine solche Qualifizierung dem Grundtatbestand hinzu? Was erhebt dann die unmittelbare und wesentliche Beeinträchtigung über die Beeinträchtigung, wie sie in Art. 6 Abs. 3 lit. a Rom II-VO auftritt? Eines ist von vornherein klar: Es muss mindestens das Maß an Beeinträchtigung bestehen, das der Grundtatbestand des Art. 6

²⁴⁰ Dafür *Tzakas* (Fn. 6), S. 371; vgl. auch *Wurmnest*, in: *jurisPK* (Fn. 45), Art. 6 Rom II-VO Rn. 33.

²⁴¹ Dafür *Tzakas* (Fn. 6), S. 372.

²⁴² *Gerhard Wagner*, IPRax 2008, 1, 8.

²⁴³ Dafür aber *Wulf-Henning Roth*, FS Jan Kropholler, 2008, S. 623, 647 f.; *Thomas Ackermann*, Liber Amicorum Pieter Jan Slot, 2009, S. 109, 120 f.; *Wurmnest*, in: *jurisPK* (Fn. 45), Art. 6 Rom II-VO Rn. 33 sowie *Ulrich Scholz/Rixen*, EuZW 2008, 327, 331 f.

Abs. 3 lit. a Rom II-VO voraussetzt.²⁴⁴ Allerdings ist nicht verlangt, dass der Markt des Forumstaates der schwerpunktmäßig betroffene Markt oder der am stärksten betroffene Markt sein müsste,²⁴⁵ erst recht nicht der einzige betroffene Markt.²⁴⁶ Unmittelbarkeit und Wesentlichkeit müssen zumindest Spürbarkeit begründen.²⁴⁷ Ist der Markt im Forumstaat nicht relevant betroffen, so bleibt es beim Mosaikprinzip.²⁴⁸ Rein objektive Auswirkungen ohne Schädigung des konkreten Klägers sollte man allerdings nicht genügen lassen, sondern einen Schaden fordern, welchen der Kläger gerade im Forumstaat erlitten hat.²⁴⁹

Interessanterweise sprach Erwägungsgrund (20) S. 2 Gemeinsamer Standpunkt noch generell für das Auswirkungsprinzip insgesamt von Einschränkungen, die sich auswirken oder auszuwirken drohen, „sofern es sich um eine unmittelbare und erhebliche Auswirkung handelt“.²⁵⁰ Damals schien das Erfordernis der Unmittelbarkeit und Wesentlichkeit also kaum mehr als die allgemeine Wesentlichkeitsschwelle zu bezeichnen. Man verstand es sogar als dem Begriff der Auswirkung immanent,²⁵¹ denn im Wortlaut des Art. 6 Abs. 3 Gemeinsamer Standpunkt erfolgte keine entsprechende Qualifizierung. Bezugspunkt dürfte unausgesprochen die

²⁴⁴ *Mankowski*, RIW 2008, 177, 189; *Helena Isabel Maier* (Fn. 6), S. 377 f.

²⁴⁵ Siehe nur *Mankowski*, RIW 2008, 177, 189; *Wulf-Henning Roth*, FS Jan Kropholler, 2008, S. 623, 646; *Wurmnest*, in: *jurisPK* (Fn. 45), Art. 6 Rom II-VO Rn. 32; *Graf-Peter Calliess/Benedikt Buchner* (Fn. 42), Art. 6 Rome II Regulation Rn. 42. Vgl. die dazu angestellten Überlegungen bei *Basedow*, ZWeR 2006, 294, 300.

²⁴⁶ *Danov* (Fn. 133), S. 169.

²⁴⁷ *Mankowski*, RIW 2008, 177, 189; siehe *Handig*, GRUR Int. 2008, 24, 29 Fn. 89 unter Hinweis auf EuGH 28.4.1998 – Rs. C-306/96, Slg. 1998, I-1983, I-2005 Rn. 25 f. – *Javico AG/Yves Saint Laurent Parfums SA* und *Wulf-Henning Roth*, FS Jan Kropholler, 2008, S. 623, 646.

²⁴⁸ *Rodriguez Pineau*, (2009) 5 JPrIL 311, 325.

²⁴⁹ *Helena Isabel Maier* (Fn. 6), S. 383 f.; vgl. auch *Tzakas* (Fn. 6), S. 573.

²⁵⁰ Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 22/2006, vom Rat festgelegt am 25.9.2006, im Hinblick auf die Annahme der Verordnung (EG) Nr. .../2006 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl. EU 2006 C 289E/69.

²⁵¹ Vgl. allgemein *Schnyder*, in: *MünchKomm WettbR* (Fn. 103), Einl. Rn. 930.

Gencor-Entscheidung des EuG²⁵² gewesen sein.²⁵³ Denn die Formulierung stimmt auffällig mit jener überein, welche das EuG seinerzeit für seine Umschreibung des Auswirkungsprinzips wählte²⁵⁴ (und die noch ältere Wurzeln hat²⁵⁵). Unmittelbarkeit und Wesentlichkeit einer Auswirkung lassen sich danach dann bejahen, wenn die Beschränkung die Produktions- oder Vertriebstätigkeit am wettbewerbswidrigen Verhalten nicht Beteiligter auf dem betreffenden Markt beeinträchtigt, unabhängig davon, ob diese anderen Unternehmen bereits tätig waren oder nicht.²⁵⁶ So gehandhabt ist auch die lex fori des betreffenden Marktes nicht kontraproduktiv.²⁵⁷ Das Unmittelbarkeitskriterium als solches dient letztlich nur dazu, bloße Reflexwirkungen auszugrenzen,²⁵⁸ und das Wesentlichkeitskriterium hat eine eher allgemeine Korrektivfunktion.²⁵⁹

²⁵² EuG 25.3.1999 – Rs. T-102/96, Slg. 1999, II-753 – Gencor Ltd./Kommission (dazu u.a. *Fox*, ECLR 1999, 334).

²⁵³ *Mankowski*, RIW 2008, 177, 189.

²⁵⁴ EuG 25.3.1999 – Rs. T-102/96, Slg. 1999, II-753, II-785-II-787 Rn. 92-100 – Gencor Ltd./Kommission; ebenso z.B. GA *Mayras*, Schlussanträge vom 2.5.1972 in der Rs. 48/69, Slg. 1972, 619, 703 – Imperial Chemical Industries Ltd./Kommission; Entscheidung der Kommission vom 6.8.1984, ABl. EG 1984 L 220/27, 41 – Zinc Producer Group.

²⁵⁵ Insbesondere GA *Mayras*, Schlussanträge vom 2.5.1972 in der Rs. 48/69, Slg. 1972, 619, 699 f. – Imperial Chemical Industries Ltd./Kommission; GA *Darmon*, Schlussanträge vom 25.5.1988 in den verb. Rs. 89, 104, 104, 114, 116, 117, 125-129/85, Slg. 1988, 5214, 5226 Nr. 53 – A. Ahlström Osakeyhtiö/Kommission.

²⁵⁶ Vgl. *Bunte*, in: *Langen/Bunte* (Fn. 97), Einf. EG-KartR Rn. 66. Etwas anders *Wulf-Henning Roth*, FS Jan Kropholler, 2008, S. 623, 646 f.

²⁵⁷ Siehe frühere Bedenken bei *Basedow* (Fn. 46), S. 229, 247 f. gegen eine reine lex fori-Anknüpfung (also ohne Rückkoppelung an Betroffenheit auch des Marktes im Forumstaat).

²⁵⁸ v. der Groeben/Schwarze/Schröter (Fn. 164), Vor Art. 81 EGV Rn. 87; *Schröter*, in: *Schröter/Jakob/Mederer* (Fn. 164), Vor Art. 81 EGV Rn. 91; *Helge Schäfer* (Fn. 150), S. 49; *Massing* (Fn. 27), S. 183-86.

²⁵⁹ v. der Groeben/Schwarze/Schröter (Fn. 164), Vor Art. 81 EGV Rn. 86; *Schröter*, in: *Schröter/Jakob/Mederer* (Fn. 164), Vor Art. 81 EGV Rn. 90.

c) Vorteile des Art. 6 Abs. 3 lit. b Rom II-VO

Art. 6 Abs. 3 lit. b Rom II-VO hat drei Vorteile:²⁶⁰ Erstens gibt er Anreize zur Konzentration von Kartellklagen. Denn der allgemeine Gerichtsstand, im Wohnsitzstaat des beklagten Kartellanten belegen, ist zweifellos gut geeignet, um dort alle Kartellklagen zu konzentrieren.²⁶¹ Der Beklagte wird insoweit fair behandelt, als er seinem eigenen, vertrauten Sitzrecht unterworfen wird.²⁶² Zweitens erspart sie Durchsetzungskosten. Dies gilt insbesondere für die tertiären Rechtsdurchsetzungskosten, die Kosten des Gerichts. Es gilt: *lex fori in foro proprio*. Das Gericht wendet sein eigenes Recht auf das Gesamtgeschehen an und muss sich nicht um die Ermittlung forumfremden, aus seiner Sicht ausländischen Rechts kümmern. Dies erleichtert die Arbeit²⁶³ und verringert Fehlanwendungen.²⁶⁴ Außerdem werden die Nachteile des Mosaiks vermieden, weil alle Schäden, gleich auf welchem Markt sich die zu ihnen führenden Auswirkungen ereignen, nach demselben und nach nur einem Recht liquidiert werden.²⁶⁵ Dies ist geschädigtenfreundlich²⁶⁶ und wahrt die Balance der Interessen.²⁶⁷ Die Bekämpfung weltweiter oder europaweiter Kartelle ist den geringen Preis etwas erleichterten *forum shopping* wert,²⁶⁸ ebenso die Gefährdung internationalen Entscheidungseinklangs,²⁶⁹ der sich über Anerkennung außerdem einstellen kann. Private Enforcement als Politik steht insoweit

²⁶⁰ *Mankowski*, RIW 2008, 177, 190. Rechtspolitische Kritik bei *Massing* (Fn. 27), S. 247-255.

²⁶¹ *Mankowski*, RIW 2008, 177, 190.

²⁶² *Immenga*, FS Gunther Kühne, 2009, S. 725, 730.

²⁶³ *Eilmannsberger*, (2007) 44 CMLRev. 431, 446; *Gerhard Wagner*, IPRax 2008, 1, 8; *Mankowski*, RIW 2008, 177, 190; *Immenga*, FS Gunther Kühne, 2009, S. 725, 730; *Rauscher/Unberath/Cziupka* (Fn. 30), Art. 6 Rom II-VO Rn. 72.

²⁶⁴ *Peter Huber/Illmer* (Fn. 3), Art. 6 Rome II Regulation Rn. 108.

²⁶⁵ Siehe nur *Heiss/Loacker*, JBI 2007, 613, 630; *Immenga*, in: MünchKomm BGB (Fn. 3), IntWettbR/IntKartR Rn. 80; *Peter Huber/Illmer* (Fn. 3), Art. 6 Rome II Regulation Rn. 108; *Massing* (Fn. 27), S. 245.

²⁶⁶ *Heiss/Loacker*, JBI 2007, 613, 630.

²⁶⁷ *Hay*, EuLF 2007, I-137, I-146; *Gerhard Wagner*, IPRax 2008, 1, 8.

²⁶⁸ *Thomas Ackermann*, Liber Amicorum Pieter Jan Slot, 2009, S. 109, 120.

²⁶⁹ Kritisch *Rauscher/Unberath/Cziupka* (Fn. 30), Art. 6 Rom II-VO Rn. 72.

ersichtlich im Hintergrund.²⁷⁰ Man sollte dabei Tatbestand und Rechtsfolge nicht trennen,²⁷¹ auch nicht dergestalt, dass man bei Drittstaatenteilsachverhalten die Option zu Gunsten der lex fori nicht auch auf die Tatbestandsvoraussetzungen erstreckte.²⁷² Drittens steht dem Geschädigten keine freie Wahl zwischen allen Marktortrechten offen, sondern seine Wahl wird gebunden und so den Risiken des forum shopping in erheblichem Umfang gesteuert.²⁷³ Den Beklagtenwohnsitz als zentralen Anknüpfungspunkt zu wählen, führt zum allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten und damit zu Fairness gegenüber dem Beklagten. Er hat ein rechtliches Heimspiel und sieht sich nicht der Notwendigkeit ausgesetzt, sich in einem von Kläger gewählten Klägergerichtsstand auf der Basis ihm fremden Rechts verteidigen zu müssen. Deshalb ist die Entscheidung für den Beklagten- und nicht für den Klägerwohnsitz vollkommen verständlich.²⁷⁴ Man lässt nicht ein beliebiges Forum genügen und schon gar nicht ein vereinbartes.²⁷⁵ Der Beklagte kann nicht überrascht sein, wo und nach welchem Recht er verantwortlich gehalten wird.²⁷⁶

Die konkrete Formulierung des lit. b ist zudem ebenso geschickt wie präzise: Sie stellt auf den Geschädigten als Kläger ab. Beklagter muss also ein Schädiger sein. Umgekehrt, d.h. für den Fall einer negativen Feststellungsklage eines potenziellen Schädigers gegen einen potenziellen Geschädigten²⁷⁷, funktioniert lit. b nicht. Der potenzielle Kartelltäter hat

²⁷⁰ *Rodriguez Pineau*, (2009) 5 JPrIL 311, 323 f.; *Tzakas* (Fn. 6), S. 572.

²⁷¹ Zur Begründung näher *Helena Isabel Maier* (Fn. 6), S. 266-268, 364 f.

²⁷² Entgegen *Wulf-Henning Roth*, FS Jan Kropholler, 2008, S. 623, 647 f.

²⁷³ Vgl. Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des Wettbewerbsrechts“ (10.2.2006), SEK (2005) 1732 S. 88 Nr. 254 sowie *Thomas Ackermann*, Liber Amicorum Pieter Jan Slot, 2009, S. 109, 112; *Rauscher/Unberath/Cziupka* (Fn. 30), Art. 6 Rom II-VO Rn. 73.

²⁷⁴ Dies scheint *Fallon* (Fn. 47), S. 261, 268 zu übersehen.

²⁷⁵ Vgl. die Bedenken gegen eine Anwendung der lex fori bei vereinbartem Forum bei *Basedow*, ZWeR 2006, 294, 300.

²⁷⁶ *Hay*, EuLF 2007, I-137, I-146.

²⁷⁷ Vgl. die damit überholten Bedenken bei *Ashton/Vollrath*, ZWeR 2006, 1, 25.

weder eine Option noch eine wie auch immer geartete kollisionsrechtliche Einrede aus Art. 6 Abs. 3 lit. b Rom II-VO.²⁷⁸ Dies gilt eben auch, wenn in Umkehrung der „natürlichen“ Parteirollen im Prozess der potenzielle Kartelltäter eine negative Feststellungsklage erhebt.²⁷⁹ Allerdings kann der taktische Erstschatz einer solchen Klage dem Geschädigten die Option des Art. 6 Abs. 3 lit. b Rom II-VO aus der Hand nehmen.²⁸⁰

d) Optionaler Charakter des Art. 6 Abs. 3 lit. b Rom II-VO

Art. 6 Abs. 3 lit. b Hs. 1 Rom II-VO bietet nur eine Option, ein Wahlrecht.²⁸¹ Der Geschädigte ist nicht gezwungen, diese Option wahrzunehmen; vielmehr kann er weiterhin unter Art. 6 Abs. 3 lit. a Rom II-VO vorgehen, sieht sich dann aber den Misslichkeiten des Mosaikprinzips ausgesetzt.²⁸² Art. 6 Abs. 3 lit. a Rom II-VO ist keineswegs vollständig verdrängt, sondern bleibt im Menu der Optionen.²⁸³ Der Geschädigte kann namentlich im Deliktsgerichtsstand klagen und sich darauf beschränken, den in einzelnen Ländern angefallenen Schaden zu liquidieren.²⁸⁴ Wird die Option gar nicht ausgeübt, so bleibt es bei der Regel: Auswirkungsprinzip und Mosaikprinzip.²⁸⁵ Art. 6 Abs. 3 lit. b Rom II-VO ist also keine verdrängende *lex specialis*.²⁸⁶ Soweit der neuen Regelung zugeschrieben werden sollte, dass sie den Grundsatz, dass ein einziges nationales Recht anzuwenden sei, umsetze und dass sie

²⁷⁸ *Massing* (Fn. 27), S. 246.

²⁷⁹ *Massing* (Fn. 27), S. 246.

²⁸⁰ *Dickinson* (Fn. 133), Rn. 6.73.

²⁸¹ *Heiss/Loacker*, JBl 2007, 613, 630 Fn. 204; *Gerhard Wagner*, IPRax 2008, 1, 8; *Wulf-Henning Roth*, FS Jan Kropholler, 2008, S. 623, 647; *Danov* (Fn. 133), S. 163; *Helena Isabel Maier* (Fn. 6), S. 376.

²⁸² *Leible/Matthias Lehmann*, RIW 2007, 721, 730; *Gerhard Wagner*, IPRax 2008, 1, 8; *Mankowski*, RIW 2008, 177, 190.

²⁸³ Kaum verständlich daher *Rodriguez Pineau*, (2009) 5 JPrIL 311, 318; *Fitchen*, (2009) 5 JPrIL 337, 354 f.

²⁸⁴ *Leible/Matthias Lehmann*, RIW 2007, 721, 730.

²⁸⁵ Siehe nur *Rauscher/Unberath/Cziupka* (Fn. 30), Art. 6 Rom II-VO Rn. 79.

²⁸⁶ *Danov* (Fn. 133), S. 163.

gleichzeitig in großem Umfang die Gefahr des forum shopping beschränke,²⁸⁷ ist allerdings Skepsis angebracht. Man setzt zwar Anreize zur Klage im Wohnsitzstaat des Kartellanten, aber man übt keinen Zwang zur Klage dort aus. Die Rechtssicherheit ist hinreichend gewahrt,²⁸⁸ eben weil nur eine Klage am allgemeinen Gerichtsstand die Option eröffnet und sich genau ermitteln lässt, wo der allgemeine Gerichtsstand liegt.²⁸⁹ Nie vermeiden lässt sich, gleich bei welcher Anknüpfung, sowieso das Problem, wie Beweismittel zu erreichen und verfügbar sein sollen für Verhalten auf Märkten außerhalb des Forumstaates.²⁹⁰ Indes vermag die Anwendung der lex fori die Ermittlung fremder Kartellpolitik und gegebenenfalls komplexer ökonomischer Daten zu mildern.²⁹¹ Auf der anderen Seite vermeidet man mit der Beschränkung auf die Klage am allgemeinen Gerichtsstand eine wirklich parteiautonome Wahl des anwendbaren Rechts durch den Geschädigten,²⁹² denn dessen „Wahl“ beschränkt sich auf die Auswahl des Gerichtsstandes. Den Kreis der in Rede stehenden Möglichkeiten engen sowohl die Notwendigkeit des Beklagtengerichtsstandes im Forumstaat als auch ein materielles Erfordernis ein.²⁹³ Die Ausübung der Option muss sich in den Rahmen des nationalen Prozessrechts und die dortigen Formen fügen.²⁹⁴ In

²⁸⁷ Dahin Bericht zu dem vom Vermittlungsausschuss angenommenen gemeinsamen Text für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“) vom 28.6.2007, Delegation des Europäischen Parlaments im Vermittlungsausschuss, Berichterstatteerin: Diana Wallis, A6-0257/2007 S. 9.

²⁸⁸ Vgl. *Eilmannsberger*, (2007) 44 CMLRev. 431, 446.

²⁸⁹ Vgl. ähnlich *Heiss/Loacker*, JBl 2007, 613, 630.

²⁹⁰ *Basedow* (Fn. 46), S. 229, 250.

²⁹¹ *Ashton/Vollrath*, ZWeR 2006, 1, 23.

²⁹² Vgl. aber Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des Wettbewerbsrechts“ (10.2.2006), SEK (2005) 1732 S. 87 Nr. 250.

²⁹³ *Mankowski*, RIW 2008, 177, 190.

²⁹⁴ *Wurmnest*, in: *jurisPK* (Fn. 45), Art. 6 Rom II-VO Rn. 34; *Peter Huber/Illmer* (Fn. 3), Art. 6 Rome II Regulation Rn. 109.

Deutschland dürfte dies auf eine analoge Anwendung der Artt. 40 Abs. 1 S. 2, 3; 46a EGBGB hinauslaufen.²⁹⁵

3. Lex fori bei Klage gegen mehrere Beklagte nach Art. 6 Abs. 3 lit. b Hs. 2 Rom II-VO

a) Logische Extension des in Art. 6 Abs. 3 lit. b Hs. 1 Rom II-VO begonnenen Gedankens

An Kartellabsprachen oder abgestimmtem Verhalten sind per definitionem mehrere beteiligt. Daher liegt es nahe, dass die Geschädigten solcher Absprachen oder solchen Verhaltens alle daran Beteiligten verklagen. Sie können dies in getrennten Verfahren tun (mit möglichen Folgen aus Art. 28 EuGVVO), sie können dies aber auch in einem Verfahren tun. Art. 6 Abs. 3 lit. b Hs. 2 Rom II-VO dehnt die Anwendung der lex fori auf diese Konstellation aus, wenn die Klage am Wohnsitz eines Kartellanten erhoben wird, der Markt im Forumstaat unmittelbar und wesentlich betroffen ist und ein Anspruch gegen jeden Beklagten besteht. Dies erscheint als logische Extension des mit Art. 6 Abs. 3 lit. b Hs. 1 Rom II-VO begonnenen Gedankens.²⁹⁶ Wieder wird eine Konzentration erzielt, wieder wird ein Mosaikprinzip vermieden, wieder werden tertiäre Rechtsdurchsetzungskosten erspart. Man möchte so dem Ideal, ein im Prinzip einheitliches Kartell nach nur einem Recht zu beurteilen,²⁹⁷ näher kommen.²⁹⁸ Synergieeffekte zwischen forum und ius sind bezweckt.²⁹⁹

²⁹⁵ *Wurmnest*, in: *jurisPK* (Fn. 45), Art. 6 Rom II-VO Rn. 34; *Rauscher/Unberath/Cziupka* (Fn. 30), Art. 6 Rom II-VO Rn. 78.

²⁹⁶ *Mankowski*, *RIW* 2008, 177, 191; *Rauscher/Unberath/Cziupka* (Fn. 30), Art. 6 Rom II-VO Rn. 82; *Peter Huber/Illmer* (Fn. 3), Art. 6 Rome II Regulation Rn. 117; *Helena Isabel Maier* (Fn. 6), S. 397 f.

²⁹⁷ Siehe Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des Wettbewerbsrechts“ (10.2.2006), SEK (2005) 1732 S. 85 Nr. 245.

²⁹⁸ *Mankowski*, *RIW* 2008, 177, 191.

²⁹⁹ *Negri*, *Int'l. Lis* 2011, 17, 23.

Rechtliche Konzentrationswirkung kann prozessuale Konzentration befördern.³⁰⁰

b) Gefahr des forum shopping

Indes werden hier – wie stets, wenn an die lex fori angeknüpft wird³⁰¹ - Anreize zum forum shopping gesetzt,³⁰² denn Geschädigte könnten verlockt sein, sich den passendsten Wohnsitzstaat eines Kartellanten auszusuchen.³⁰³ Bei Art. 6 Abs. 3 lit. b Hs. 1 Rom II-VO besteht diese Gefahr kaum, da dort nur ein Beklagter in Rede steht, dieser gemeinhin nur einen Wohnsitz haben wird und forum shopping nur möglich ist, wenn ausnahmsweise zwei der drei Merkmale Satzungssitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung des Beklagten in verschiedenen Staaten liegen und Art. 60 EuGVVO deshalb zu mehreren Sitzen führt.³⁰⁴ Bei mehreren Beklagten ist dies anders. Hier reicht es schon aus, wenn die Kartellanten ihre Sitze in verschiedenen Staaten haben. Der letztliche „Ankerbeklagte“, dessen allgemeiner Gerichtsstand alles trägt, kann allerdings der relativ unbedeutendste sein, der kleinste oder am wenigsten beteiligte unter den Kartellanten.³⁰⁵ Zumindest er aber hat ein Heimspiel, während dies für den Kläger nicht automatisch garantiert ist (auch wenn dies praktisch die Regel werden dürfte).³⁰⁶ Die anderen Beklagten können sich nicht über

³⁰⁰ *Negri*, Int'l. Lis 2011, 17, 23; *Danov* (Fn. 133), S. 102.

³⁰¹ Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des Wettbewerbsrechts“ (10.2.2006), SEK (2005) 1732 S. 86 Nr. 249, S. 88 Nr. 253.

³⁰² *Fallon* (Fn. 47), S. 261, 268; vgl. auch *Ashton/Vollrath*, ZWeR 2006, 1, 23 f.

Genau gegenläufig – und dementsprechend unzutreffend (*Fallon* [Fn. 27], S. 261, 268) - die Annahme von Bericht zu dem vom Vermittlungsausschuss angenommenen gemeinsamen Text für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“) vom 28.6.2007, Delegation des Europäischen Parlaments im Vermittlungsausschuss, Berichterstatteerin: Diana Wallis, A6-0257/2007 S. 9.

³⁰³ Vgl. *Heiss/Loacker*, JBl 2007, 613, 630.

³⁰⁴ *Rauscher/Unberath/Cziupka* (Fn. 30), Art. 6 Rom II-VO Rn. 74.

³⁰⁵ *Mäsch*, IPRax 2005, 509, 513.

³⁰⁶ Vgl. zu Heimspiel/Auswärtsspielüberlegungen allgemein *Mankowski*, IPRax 2006, 454, 456-458 und bei Kartellklagen *Mäsch*, IPRax 2005, 509, 510.

Unfairness beschweren. Denn letztlich wird ihnen ihr Spießgenosse zugerechnet, den sie sich selber ausgesucht haben. Wie man sich bettet, so liegt man eben.³⁰⁷ Zudem gibt es drei Filter: den ersten auf der prozessualen Ebene mit dem Konnexitätserfordernis des Art. 6 Nr. 1 EuGVVO³⁰⁸ oder dem Zurechnungserfordernis des Art. 5 Nr. 3 EuGVVO; den zweiten auf der internationalprivatrechtlichen Ebene, indem der Markt im Forumstaat direkt und wesentlich betroffen sein muss;³⁰⁹ den dritten wiederum auf der internationalprivatrechtlichen Ebene, indem ein gegen jeden Beklagten anspruchsbegründendes Verhalten vorliegen muss.³¹⁰

c) Verhalten, das einen Anspruch gegen jeden Beklagten begründet

Art. 6 Abs. 3 lit. b Hs. 2 Rom II-VO verlangt materiell ein Verhalten, das einen Anspruch gegen jeden Beklagten begründet. Diese Anforderung ist im Grundsatz strenger als bloße Konnexität.³¹¹ Bei Konnexität unter Art. 6 Nr. 1 EuGVVO oder Art. 28 Abs. 3 EuGVVO ist bei Klagen aus Delikt nicht erforderlich, dass es sich um dasselbe Delikt handeln müsste.³¹² Dort ist indes von einem hinreichenden Zusammenhang auszugehen, wenn die Klagen auf demselben rechtlichen Grund beruhen oder sich auf denselben tatsächlichen Gegenstand beziehen.³¹³ Auf ein entsprechendes Kriterium dürften die Anforderungen des Art. 6 Abs. 3 lit. b Hs. 2 Rom II-VO

³⁰⁷ *Mankowski*, RIW 2008, 177, 191.

³⁰⁸ Zum Zusammenspiel des Art. 6 Abs. 3 lit. b Hs. 2 Rom II-VO mit Art. 6 Nr. 1 EuGVVO näher *Helena Isabel Maier* (Fn. 6), S. 400-403.

³⁰⁹ *Peter Huber/Illmer* (Fn. 3), Art. 6 Rome II Regulation Rn. 118; vgl. *Dickinson* (Fn. 133), Rn. 6.72; *Rauscher/Unberath/Cziupka* (Fn. 30), Art. 6 Rom II-VO Rn. 80.

³¹⁰ Im Ergebnis ähnlich *Helena Isabel Maier* (Fn. 6), S. 404.

³¹¹ *Mankowski*, RIW 2008, 177, 192.

³¹² Siehe dort EuGH 11.10.2007 – C-98/06, Slg. 2007, I-8319, I-8353-I-8355 Rn. 37-47 – *Freeport plc/Olle Arnoldsson* = NJW 2007, 3702 m. Anm. *Sujecki* (dazu *Knöfel*, EWIR Art. 6 EuGVVO 1/07, 749).

³¹³ *Schurig*, FS Hans-Joachim Musielak, 2004, S. 493, 522; *Rauscher/Leible*, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Brüssel I-VO; LugÜbk 2007, 3. Aufl. 2011, Art. 6 Brüssel I-VO Rn. 8.

hinauslaufen, sodass jedenfalls keine Zuständigkeitsprobleme entstehen dürften.³¹⁴

Bei horizontalen Kartellabsprachen, Missbräuchen einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung oder abgestimmtem Verhalten beruhen Ansprüche gegen die daran beteiligten Unternehmen indes zumindest auf dem gleichen tatsächlichen Grund.³¹⁵ Wenn ein in Frankreich ansässiges Unternehmen und ein in Deutschland ansässiges Unternehmen sich verabreden und dies unmittelbare und wesentliche Auswirkungen auf dem deutschen Markt zeitigt, kann ein Geschädigter (z.B. ein Abnehmer, der gezwungen ist, überhöhte Preise zu zahlen) beide am Sitz des deutschen Unternehmens in Deutschland verklagen, und es findet allein deutsches Recht Anwendung.³¹⁶ Ein Schadensersatzanspruch besteht nur, wenn auch ein Schaden vorliegt, sodass hier das Erfordernis eines Teilschadens auf dem Markt des Forumstaates sicher zu bejahen ist.³¹⁷

V. Bedeutung des Art. 17 Rom II-VO

Kartellrecht will Marktverhalten steuern. Es setzt Anreize, Verhalten in bestimmter Weise einzurichten und bestimmtes Verhalten zu vermeiden. Dies könnte Anlass geben, den Blick zumindest für die verhaltenssteuernden Normen des Kartellrechts auch auf Art. 17 Rom II-VO zu richten. Die Rom II-VO hat sich fundamental für Erfolgsortanknüpfungen entschieden. Sie hat sich gegen jede Handlungsortsanknüpfung als Grundanknüpfung verschrieben. Art. 17 Rom II-VO ist die schmale Hintertür, durch die man Regeln des Handlungsortsrecht allenfalls noch Berücksichtigung zukommen lassen will: Verkehrs- und Sicherheitsregeln am Handlungsort sind zu berücksichtigen, Gedacht ist dabei etwa an Regeln über Linksverkehr im

³¹⁴ *Mankowski*, RIW 2008, 177, 192.

³¹⁵ *Leible/Matthias Lehmann*, RIW 2007, 721, 730; *Mankowski*, RIW 2008, 177, 192; *Tzakas* (Fn. 6), S. 373.

³¹⁶ *Leible/Matthias Lehmann*, RIW 2007, 721, 730.

³¹⁷ Im Ergebnis ebenso *Helena Isabel Maier* (Fn. 6), S. 399.

Straßenverkehr.³¹⁸ Lässt sich Art. 17 Rom II-VO aber auch für kartellrechtliche Verhaltenssteuerung fruchtbar machen?³¹⁹ Zu beachtende Regeln sollen unter Art. 17 Rom II-VO nicht im eigentlichen Sinn kollisionsrechtlich berufen und anwendbar sein, sondern nur als local data, quasi als Fakten Berücksichtigung finden können.³²⁰ Erlaubtheit oder Unerlaubtheit aber sind rein normative Standards, die sich nicht in Fakten transformieren lassen. Schon vom Gegenstand her spricht Entscheidendes also dagegen, Art. 17 Rom II-VO im Kartellrecht heranzuziehen.³²¹ Zwar ist es leider nicht dazu gekommen, dass – wie vom Parlament vorgeschlagen³²² – der Bereich des heutigen Art. 6 Rom II-VO insgesamt von der Anwendung des Art. 17 Rom II-VO ausgenommen wurde,³²³ so dass kein formelles Nichtanwendungsgebot besteht.³²⁴ Aber die ratio hinter dem Parlamentsvorstoß hat nach wie vor sachliche Gültigkeit: Man soll sich nicht hinter erlaubenden Vorschriften eines liberalen Rechts verstecken können.³²⁵ Marktbeeinflussung aus dem Ausland heraus darf

³¹⁸ Siehe nur *Gralf-Peter Calliess/v. Hein* (Fn. 42), Art. 17 Rome II Regulation Rn. 17; *v. Hein*, FS Bernd v. Hoffmann, 2011, S. 139, 145.

³¹⁹ Dafür *Wulf-Henning Roth*, FS Jan Kropholler, 2008, S. 623, 639; *Thomas Ackermann*, Liber Amicorum Pieter Jan Slot, 2009, S. 109, 121.

³²⁰ Begründung der Kommission zum Vorschlag für eine Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, KOM (2003) 427 endg. S. 25; *Betlem/Bernasconi*, (2006) 122 LQR 124, 150; *v. Hein*, VersR 2007, 440, 446; *ders.*, FS Bernd v. Hoffmann, 2011, S. 139, 141; *Leible/Michael Lehmann*, RIW 2007, 721, 725; *Dickinson* (Fn. 133), Rn. 15.33; *Peter Huber/Ivo Bach* (Fn. 3), Art. 17 Rome II Regulation Rn. 6.

³²¹ Im Ergebnis anders, allerdings ohne Art. 17 Rom II-VO einzubeziehen, *Massing* (Fn. 27), S. 254 f.

³²² Amendment 14 Report on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to non-contractual obligations, 27 June 2005, A6-0211/2005.

³²³ Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 22/2006, vom Rat festgelegt am 25.9.2006, im Hinblick auf die Annahme der Verordnung (EG) Nr. .../2006 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl. EU 2006 C 289E/78.

³²⁴ *Handig*, GRUR Int 2008, 24, 30; *Pironon*, Concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence, in: *Corneloup/Joubert*, Le règlement communautaire Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Paris 2008), S. 111, 125 f.; *Gralf-Peter Calliess/v. Hein* (Fn. 42), Art. 17 Rome II Regulation Rn. 12.

³²⁵ Hamburg Group for Private International Law, *RabelsZ* 67 (2003), 1, 43 f.; *Bogdan*, in: *Malatesta* (ed.), *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-*

nicht privilegiert werden.^{325a} Jedenfalls wenn vorhersehbar war, welcher Markt beeinträchtigt würde, ist es nicht angemessen im Sinne von Art. 17 Rom II-VO, milderes Handlungsortrecht zu berücksichtigen.³²⁶

VI. Ausschluss einer Rechtswahl durch Art. 6 Abs. 4 Rom II-VO

Art. 6 Abs. 4 Rom II-VO schließt für alle in den vorangegangenen Absätzen geregelten Materien eine Rechtswahl aus. Art. 14 Rom II-VO wird ausdrücklich für nicht anwendbar erklärt. Dieser Rechtswahlausschluss hat sich zwar zum Internationalen Lauterkeitsrecht entwickelt, deckt aber auch das Internationale Kartellrecht ab.³²⁷ Dafür spricht schon die systematische Stellung als letzter Absatz des Artikels noch nach der Regelung für das Internationale Kartellrecht im dritten Absatz. Noch weit gewichtiger sind aber die teleologischen Gesichtspunkte: Das Internationale Kartellrecht darf nicht zur Disposition irgendwelcher Beteiligter und beliebiger einzelner Anspruchsinhaber stehen. Anderenfalls drohte es seine marktordnende und marktfunktionale Aufgabe, seine Steuerungsfunktion und seine Gleichbehandlungsfunktion für alle Marktteilnehmer zu verfehlen.³²⁸ Obwohl es im Kartelldeliktsrecht wesentlich um Schadensersatzansprüche geht und damit um schuldrechtliche Relativbeziehungen zwischen schädigenden Kartellunternehmen und Geschädigten, stehen im Hintergrund Allgemeininteressen. Die Schadensersatzansprüche der Geschädigten sind Mittel zum Zweck. Private enforcement ist eben Durchsetzung des

Contractual Obligations in Europe, Padova 2006, S. 33, 44; *Graf-Peter Calliess/v. Hein* (Fn. 42), Art. 17 Rome II Regulation Rn. 16.

^{325a} Ähnlich *v. Hein*, FS Bernd v. Hoffmann, 2011, S. 139, 156;

³²⁶ *Calliess/v. Hein* (Fn. 42), Art. 17 Rome II Regulation Rn. 12; *Peter Huber/Ivo Bach* (Fn. 3), Art. 17 Rome II Regulation Rn. 11.

³²⁷ *Heiss/Loacker*, JBl 2007, 613, 631; *Gerhard Wagner*, IPRax 2008, 1, 8; *Mankowski*, RIW 2008, 177, 192.

³²⁸ *Grolimund* (Fn. 119), Teil M Rn. 176; *Basedow* (Fn. 46), S. 229, 246 f.; *Gerhard Wagner*, IPRax 2008, 1, 8; *Mankowski*, RIW 2008, 177, 192; *Wurmnest*, in: *jurisPK* (Fn. 45), Art. 6 Rom II-VO Rn. 35; *Graf-Peter Calliess/Benedikt Buchner* (Fn. 42), Art. 6 Rome II Regulation Rn. 43; *Rauscher/Unberath/Cziupka* (Fn. 30), Art. 6 Rom II-VO Rn. 48.

Allgemeininteresses durch Private. Die Schadensersatzansprüche sind Reparation für erlittene individuelle Verluste und zugleich Anreiz, tätig zu werden. Sie überwinden die Hürde des rationalen Desinteresses. Um die Interessen der Allgemeinheit und der anderen Marktteilnehmer zu schützen, muss eine internationalkartellrechtliche Rechtswahl ausgeschlossen sein.³²⁹

C. Internationale Zuständigkeit

I. Überblick

Die EuGVVO kommt zur Anwendung, wenn der Beklagte seinen Wohnsitz in einem Mitgliedstaat hat. Mitgliedstaaten der EuGVVO sind alle Mitgliedstaaten der EU außer Dänemark; mit Dänemark hat die EU jedoch ein in allen hier interessierenden Punkten inhaltsgleiches bilaterales Abkommen geschlossen. Der Wohnsitz bestimmt sich bei Unternehmen als Beklagten nach Art. 60 EuGVVO. Einen relevanten Wohnsitz begründen gleichermaßen der Satzungssitz, der effektive Verwaltungssitz und die Hauptniederlassung.

Bei Kartelldelikten greift keine der ausschließlichen Zuständigkeiten aus Art. 22 EuGVVO. In Ausnahmefällen mag es eine Gerichtsstandsvereinbarung zwischen Kläger und Beklagtem geben (II). Ist dies nicht der Fall, so ist zunächst an den allgemeinen Gerichtsstand im Staat des Beklagtenwohnsitzes nach Art. 2 EuGVVO zu denken (III). Einen besonderen Gerichtsstand für Delikte begründet Art. 5 Nr. 3 EuGVVO am Tatort, vom EuGH nach dem Ubiquitätsprinzip sowohl am Handlungs- als auch am Erfolgsort verstanden (IV). Gerade in Kartellsachen erlangt der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft aus Art. 6 Nr. 1 EuGVVO besondere Bedeutung (V). Schließlich ist der

³²⁹ *Heiss/Loacker*, JBl 2007, 613, 631; *Mankowski*, RIW 2008, 177, 192; vgl. auch *v. Hein*, ZvglRWiss 102 (2003), 528, 556.

Anders *Laufkötter*, Parteiautonomie im internationalen Wettbewerbs- und Kartellrecht, 2001, S. 140-155; *Buermeyer*, Liber discipulorum Thomas Rauscher, 2005, S. 15, 24.

Gerichtsstand der Widerklage aus Art. 6 Nr. 3 EuGVVO nicht zu vergessen (VI).

II. Art. 23 EuGVVO

Kläger und Beklagtem (bzw. Beklagten) steht es frei, für die ihnen bestehenden Ansprüche eine Gerichtsstandsvereinbarung zu treffen. Art. 23 Abs. 1 S. 1 EuGVVO hält das Prinzip prozessualer Parteiautonomie sehr hoch. Ein spezifisches Verbot für Gerichtsstandsvereinbarungen in Kartellsachen, entsprechend dem Rechtswahlverbot des Art. 6 Abs. 4 Rom II-VO, gibt es in der EuGVVO nicht. Daher sind Gerichtsstandsvereinbarungen in Kartellsachen dort im Prinzip zulässig.³³⁰ Allerdings ist es bei echten Kartellstreitigkeiten nicht immer wahrscheinlich, dass sich Kläger und Beklagte(r) auf einen bestimmten Gerichtsstand einigen. Bei vorgeschobenen Musterverfahren mit insgeheimem Einverständnis in der Sache zwischen den Beteiligten könnte es sich anders verhalten. Dort wäre vorstellbar, dass sich die Beteiligten ein „genehmes“ Gericht nach dem zu erwartenden (und von ihnen erhofften) liberalen Ergebnis aussuchen und dessen Zuständigkeit prorogieren. Gerichtsstandsvereinbarungen binden natürlich nur die an ihnen Beteiligten. Bei mehreren Beklagten binden sie nur diejenigen Beklagten, die Partei der Vereinbarung sind.³³¹ Grundvoraussetzung ist immer, dass die jeweilige Gerichtsstandsvereinbarung sich sachlich überhaupt auf delikts- oder spezifisch kartellrechtliche Ansprüche erstreckt und solche Ansprüche zumindest mitabdeckt.³³²

III. Art. 2 EuGVVO

Zentrale Bedeutung hat der Gerichtsstand im Staat des Beklagtenwohnsitzes nach Art. 2 Abs. 1 EuGVVO. Der Wohnsitz beurteilt

³³⁰ Siehe nur *Danov* (Fn. 133), S. 63-68; *Tzakas* (Fn. 6), S. 133-153; *Basedow/Christian Heinze*, FS Wernhard Möschel, 2011, S. 63, 81.

³³¹ Siehe nur *Yessiou-Faltsi*, FS Reinhold Geimer, 2002, S. 1547, 1556 f.; *Rauscher/Mankowski* (Fn. 313), Art. 23 Brüssel I-VO Rn. 70; vgl. auch Aud. Prov. Barcelona AEDIPr 2001, 898, 899; Aud. Prov. Barcelona AEDIPr 2001, 932, 934; *García Gutiérrez*, AEDIPr 2001, 935, 936-938.

³³² Näher *Rauscher/Mankowski* (Fn. 313), Art. 23 Brüssel I-VO Rn. 62-62a.

sich bei Unternehmen autonom nach Art. 60 EuGVVO, bei natürlichen Personen über Art. 59 EuGVVO nach dem Recht desjenigen Staates, für welchen ein Wohnsitz in Rede steht. Art. 60 EuGVVO stellt gleichberechtigt nebeneinander den Satzungssitz, den effektiven Verwaltungssitz und die Hauptniederlassung einer Gesellschaft. Fallen diese Merkmale auseinander, so reicht jedes von ihnen aus, um einen allgemeinen Gerichtsstand zu begründen. Für Kartellsachen bestehen keine Besonderheiten.³³³ Wer Beklagter ist, bestimmt sich formell, und der Kläger trägt das Risiko, unter mehreren in Betracht kommenden Unternehmen das für ihn „richtige“ auszusuchen.³³⁴

IV. Art. 5 Nr. 3 EuGVVO

1. Ubiquitätsprinzip

Einen besonderen Gerichtsstand begründet Art. 5 Nr. 3 EuGVVO am Ort eines Delikts. Eine allgemeine Einschränkung ergibt sich aus dem Beginn von Art. 5 EuGVVO: Besondere Gerichtsstände können nur in anderen Mitgliedstaaten als jenem des Beklagtenwohnsitzes bestehen; es gibt keinen europäischen besonderen Gerichtsstand im Mitgliedstaat des Beklagtenwohnsitzes. Für den Deliktserichtsstand gilt das so genannte Ubiquitätsprinzip: Ein Delikt gilt sowohl an seinem Handlungs- als auch an seinem Erfolgsort begangen. Handlungsort wie Erfolgsort begründen jeweils für sich einen besonderen Gerichtsstand.³³⁵ Fallen sie auseinander,

³³³ Vgl. nur *Wulf-Henning Roth*, FS Jan Kropholler, 2008, S. 623, 645 f.; *Thomas Ackermann*, Liber Amicorum Pieter Jan Slot, 2009, S. 109, 110.

³³⁴ Vgl. im Kontrast *Tzakas* (Fn. 6), S. 99 f.

³³⁵ EuGH 30.11.1976 - Rs. 21/76, Slg. 1976, 1735, 1746 f. Rn. 15/19-24/25 - Handelskwekerij G.J. Bier BV/Mines de Potasse d'Alsace SA; EuGH 11.1.1990 - Rs. C-220/88, Slg. 1990, I-49, I-78 Rn. 10 - Dumez France SA and Tracoba SARL/Hessische Landesbank; EuGH 7.3.1995 - Rs. 68/93, Slg. 1995, I-415, I-460 Rn. 20 - Fiona Shevill/Presse Alliance SA; EuGH 19.9.1995 - Rs. C-364/93, Slg. 1995, I-2719, I-2738 f. Rn. 11 - Antonio Marinari/Lloyd's Bank plc u. Zubaidi Trading Co.; EuGH 27.10.1998 - Rs. C-51/97, Slg. 1998, I-6511, I-6544 Rn. 28 - Réunion européenne SA/Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV; EuGH 1.10.2002 - Rs. C-167/00, Slg. 2002, I-8111, I-8141 Rn. 44 - *Verein für Konsumenteninformation/Karl-Heinz Henkel*; EuGH 5.2.2004 - Rs. C-18/02, Slg. 2004, I-1417, I-1456 Rn. 40 - Danmarks Rederiforening, handelnd für

so gibt es zwei besondere Gerichtsstände für dasselbe Delikt, zwischen denen der Kläger wählen darf.

2. Mosaikprinzip beim Erfolgsort

Der Erfolgsortsgerichtsstand ist jedoch grundsätzlich durch das so genannte Mosaikprinzip eingeschränkt: An ihm kann nur der Schaden eingeklagt werden, der im jeweiligen Forumstaat entstanden ist, nicht aber der gesamte weltweite Schaden.³³⁶ Der Erfolgsortsgerichtsstand ist grundsätzlich kein „Gesamtgerichtsstand“.³³⁷ Die Beschränkung auf den Schaden aus dem Forumstaat soll die ansonsten drohende zu starke Begünstigung des Klägers und die daraus resultierende Gefahr des forum shopping in den Griff bekommen.³³⁸ Das Mosaikprinzip wurde zwar in einem Pressefall entwickelt, ist aber ein allgemeines Prinzip.³³⁹ Es

DFDS Torline AS/LO Landsorganisationen i Sverige, handelnd für SEKO Sjöfolk Facket for Service och Kommunikation; EuGH 10.6.2004 - Rs. C-168/02, Slg. 2004, I-6009, I-6029 f. Rn. 16 - Rudolf Kronhofer/Marianne Maier; EuGH 16.7.2009 - Rs. C-189/08, Slg. 2009, I-6917, I-6927 Rn. 24 - Zuid-Chemie/Philippo's Mineralenfabriek NV/SA.

³³⁶ EuGH 7.3.1995 - Rs. 68/93, Slg. 1995, I-415, I-461 f. Rn. 28-33 - Fiona Shevill/Presse Alliance SA.

³³⁷ Siehe nur *Mankowski*, in: *Magnus/Mankowski* (Fn. 80), Art. 5 Brussels I Regulation Rn. 208 mwN.

³³⁸ *Peter Huber*, ZEuP 1996, 300, 305 f.; *Mankowski*, FS Andreas Heldrich (2005), S. 867, 884; *ders.*, in: *Magnus/Mankowski* (Fn. 80), Art. 5 Brussels I Regulation Rn. 208, 211.

³³⁹ Cass. Clunet 125 (1998), 136, 137 m. Anm. *Huet*; OGH RdW 2002, 603; OGH RdW 2002, 664; Cass. Rev. crit. dr. int. pr. 93 (2004), 632 m. Anm. *Cachard*; OLG Hamburg AfP 1996, 69, 71; OLG München MMR 2000, 277; Hof 's-Gravenhage [1999] FSR 352, 359; Trib. Bruxelles J. trib. 2003, 234, 235; Hof Amsterdam NIPR 2007 Nr. 297 S. 424; *Ehmann/Thorn*, AfP 1996, 20, 23; *Birgit Bachmann*, IPRax 1997, 179, 187; *Gerhard Wagner*, RabelsZ 62 (1998), 243, 283 f.; *Stauder*, IPRax 1998, 317, 321; *Mankowski*, RabelsZ 63 (1999), 203, 274-276; *ders.*, MMR 2002, 817, 819; *ders.*, in: *Magnus/Mankowski* (Fn. 80), Art. 5 Brussels I Regulation Rn. 208, 212; *Perret*, Mélanges en l'honneur de Jean-François Poudret, 1999, S. 125, 132; *Brinkhof*, IIC 2000, 706, 713; *Pansch*, EuLF 2000/01, 353, 357 f.; *Véron*, Clunet 128 (2001), 805, 820; *Hausmann*, EuLF 2003, 278, 279 f.; *Schlosser*, EU-Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2009, Art. 5 EuGVO Rn. 20; *Pataut*, Rev. crit. dr. int. pr. 93 (2004), 800, 807 f.; *Fezer/Hausmann/Obergfell*, UWG, 2. Aufl. 2010, Einl. I Rn. 404; *Christian Berger*, GRUR Int. 2005, 465, 469; *Junker*, ZZP Int. 9 (2004), 200, 203; *Kessedjian*, Liber Fausto Pocar, vol. II, Milano 2009, S. 533, 538.

Anderer Ansicht aber z.B. ObG Zürich sic! 2004, 793, 795; *Kreuzer/Klötgen*, IPRax 1997, 90, 96; *Rauscher*, ZZP Int. 1 (1996), 145; *Kaufmann-Kohler*, in: *Katharina Boele-Woelki/Catherine Kessedjian* (eds.), Internet - Which Court Decides? Which Law Applies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?, 1998, S. 89, 113 f.; *Coester-Waltjen*, FS

begrenzt den Erfolgsortsgerichtsstand insgesamt. Dagegen besteht es beim Handlungsortsgerichtsstand nicht; dieser ist „Gesamtgerichtsstand“.

3. Handlungsort bei Kartelldelikten

Wo ist nun bei einer Kartellabsprache der Handlungsort zu lokalisieren? Handlungsort ist jeder Ort, an welchem die (potenziellen) Täter relevante Aktivität entfalten,³⁴⁰ insbesondere wo sie Teilakte des Delikts setzen.³⁴¹ Bei mehreren Handlungselementen zählt jedes von ihnen,³⁴² denn jedes von ihnen bleibt kausal,³⁴³ ohne dass die Kausalität durch den letzten Teilakt unterbrochen würde.³⁴⁴

a) Ort(e) der Kartellabsprache

Die Kartellabsprache als solche, der Akt des Absprechens, ist Aktivität. Die Kartellbeteiligten stimmen sich miteinander ab. Das Verhalten auf den betroffenen Märkten wird abgestimmt. Jedenfalls der Ort der Kartellabsprache ist daher Handlungsort.³⁴⁵ Er mag zufällig sein, er mag

Rolf A. Schütze, 1999, S. 175; *Briggs*, (2001) 72 BYIL 437, 471; *Furrer/Schramm*, SJZ 2005, 91, 92.

³⁴⁰ EuGH 16.7.2009 - Rs. C-189/08, Slg. 2009, I-6917, I-6929 Rn. 27 - Zuid-Chemie/Philippo's Mineralenfabriek NV/SA; BGE 125 III 346, 350; BGE 131 III 153; *Chronos Containers NV v. Palatin* [2003] I.L.Pr. 283, 293 f. (Q.B.D., *Morrison J.*); *Hohloch*, Das Deliktsstatut, 1984, S. 104; *Ulrike Wolf*, Deliktsstatut und internationales Umweltrecht, 1995, S. 163; *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203, 257; *ders.*, in: *Spindler/Wiebe* (Hrsg.), *Internet-Auktionen und Elektronische Marktplätze*, 2. Aufl. 2005, Kap. 12 Rn. 63; *ders.*, in: *Magnus/Mankowski* (Fn. 80), Art. 5 Brussels I Regulation Rn. 214; *v. Hinden*, *Persönlichkeitsverletzungen im Internet*, 1999, S. 54; *Fasching/Konecny/Simotta*, *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*, Bd. 5/1, 2. Aufl. Wien 2008, Art. 5 EuGVVO Rn. 304.

³⁴¹ BGH IPRspr. 2002 Nr. 107 S. 108; LG Kiel IPRax 2009, 164, 167; *Mankowski*, in: *Magnus/Mankowski* (Fn. 80), Art. 5 Brussels I Regulation Rn. 214.

³⁴² BGE 125 III 346; BG 5.5.2006 – 4C.329/2005; *Dieter A. Hofmann/Oliver M. Kunz*, in: *Basler Kommentar zum LugÜ*, Basel 2011, Art. 5 LugÜ Rn. 562.

³⁴³ *Mankowski*, in: *Magnus/Mankowski* (Fn. 80), Art. 5 Brussels I Regulation Rn. 214 sowie *Mari*, in: *Mélanges Fritz Sturm*, 1999, S. 1573, 1577.

³⁴⁴ Vgl. aber *Rauscher/Leible* (Fn. 313), Art. 5 Brüssel I-VO Rn. 88; weitere Nachweise bei *Mari*, *Mélanges Fritz Sturm*, 1999, S. 1573, 1580.

³⁴⁵ *Ashton/Vollrath*, *ZWeR* 2006, 1, 8; *Basedow* (Fn. 46), S. 229, 250; *ders.*, in: *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht in der Marktwirtschaft – 50 Jahre FIW 1960-2100*, 2010, S. 129, 136; *Mankowski*, *RIW* 2008, 177, 181; *ders.*, in: *Magnus/Mankowski* (Fn.

willkürlich ausgesucht sein, oder er mag gezielt ausgesucht sein.³⁴⁶ Trotzdem findet an ihm ein wesentlicher Akt statt.³⁴⁷ Bei einmaligen Kartellabsprachen ist er genau der Ort, an dem die Beteiligten zusammen Aktivität entfaltet haben.³⁴⁸ Natürlich verwässert die Bedeutung des einzelnen Ortes, wenn es deren mehrere gibt und dabei keinerlei Muster erkennbar ist³⁴⁹ oder nur, dass die Orte wohl nach touristischer Aktivität ausgesucht wurden. Jeder der Orte, an denen Absprachen oder Teilabsprachen getroffen oder vorbereitet wurden, ist dann eigenständiger Handlungsort. Den Kartellbeteiligten gegenüber ist dies nicht unfair. Schließlich können sie steuern, wo sie sich treffen. Allerdings bliebe zu überlegen, ob die einzelne Handlung nicht kausal für den konkret eingeklagten Schaden sein müsste, so dass man am einzelnen Abspracheort nur solche Schäden einklagen könnte, die sich spezifisch auf die dortige Absprache zurückführen lassen.³⁵⁰ Selbst dann müsste man aber noch mit Sockeleffekten vorangehender Absprachen rechnen, auf die spätere, modifizierende oder ergänzende Absprachen aufbauen.³⁵¹ Jedweden Handlungsort zu verneinen ginge bei nachweisbaren und nachweisbar kausalen Handlungen jedenfalls fehl.³⁵²

Wenn überhaupt keine Treffen in Person stattfinden, sondern die Kartellabsprache per Telekommunikation getroffen wurde, sollte man den Gedanken aus Art. 11 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO heranziehen: Danach gilt ein solcherart geschlossener Vertrag überall dort als geschlossen, wo einer

80), Art. 5 Brussels I Regulation Rn. 228a; *Moritz Becker*, EWS 2008, 228, 229; *Danov* (Fn. 133), S. 94; *Helena Isabel Maier* (Fn. 6), S. 129.

Anderer Ansicht *Tzakas* (Fn. 6), S. 110; *Schnyder/Acocella*, LugÜ, St. Gallen 2011, Art. 5 Nr. bis 3 LugÜ Rn. 242.

³⁴⁶ *Helena Isabel Maier* (Fn. 6), S. 130; *Tzakas* (Fn. 6), S. 110.

³⁴⁷ *Mankowski*, in: *Magnus/Mankowski* (Fn. 80), Art. 5 Brussels I Regulation Rn. 228a.

³⁴⁸ *Basedow* (Fn. 345), S. 129, 139.

³⁴⁹ *Cooper Tire & Rubber Co. v. Shell Chemicals UK Ltd.* [2009] EWHC 2609 (Comm) [65] (Q.B.D., *Teare J.*).

³⁵⁰ *Basedow* (Fn. 345), S. 129, 140.

³⁵¹ *Basedow* (Fn. 345), S. 129, 140.

³⁵² Gegen *Cooper Tire & Rubber Co. v. Shell Chemicals UK Ltd.* [2009] EWHC 2609 (Comm) [65] (Q.B.D., *Teare J.*).

der Beteiligten eine Erklärung abgegeben hat. Freilich könnte dem entgegenstehen, dass Art. 11 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO einen ganz bestimmten favor validitatis verfolgt, nämlich das Rechtsgeschäft möglichst nicht an Formerfordernissen scheitern zu lassen. Im Internationalen Vertragsrecht kommt die Anknüpfung an möglichst viele Orte den Parteien entgegen, im Internationalen Kartellrecht kann sie den an der Kartellabsprache Beteiligten dagegen gerade nicht genehm sein, sondern würde diesen Nachteile bereiten.

b) Ort(e) der Kartelldurchführung

Die Kartellabsprache ist nicht der einzige relevante Akt. Vielmehr bliebe sie ohne Wirkungen, wenn sie nicht umgesetzt und dadurch mit Leben erfüllt würde. Die Durchführung des Kartells ist gleichermaßen Aktivität. Sie besteht nicht nur aus einer eventuellen Koordination oder Steuerung durch eine wie auch immer bestimmte zentrale Instanz. Natürlich sind Koordination oder Steuerung relevante Aktivitäten.³⁵³ Dies betrifft namentlich organisatorisch verfestigte Kartelle, Verbände, Konsortien, Netzwerke und Liner Conferences.³⁵⁴ Gleichermaßen begründet ein regelmäßiger Informationsaustausch zwischen den Kartellmitgliedern über Mengen, Preise, Rabatte oder sonstige Konditionen relevante Aktivität,³⁵⁵ möge er periodisch oder anlassbezogen erfolgen. Darüber hinaus wird ein Kartell auch überall dort durchgeführt, wo die Kartellmitglieder sich nach der Absprache richten und die Absprache in konkrete Tätigkeit umsetzen.³⁵⁶ Gleichermaßen agiert ein marktbeherrschendes Unternehmen dort, wo es seine Marktmacht in konkrete Handlungen

³⁵³ *Basedow* (Fn. 345), S. 129, 141.

³⁵⁴ *Basedow* (Fn. 345), S. 129, 138 f.

³⁵⁵ *Basedow* (Fn. 345), S. 129, 141.

³⁵⁶ *Withers*, 2002 JBL 261.

umsetzt, z.B. Leistungsabnehmern beschränkende Vereinbarungen vorlegt.³⁵⁷

Ist eine Marktaufteilung dergestalt abgesprochen, dass ein Markt einem bestimmten Kartellmitglied überlassen sein soll, so führen die anderen Kartellmitglieder das Kartell auch durch, wenn sie sich an die Absprache halten und eben nicht auf dem betreffenden Markt auftreten oder nur mit nicht konkurrenzfähigen Angeboten, um so jenen Markt dem bezeichneten Kartellmitglied zu überlassen. Auch abgesprochene Untätigkeit ist Durchführung des Kartells, indem eben absprachegemäß keine Konkurrenz erfolgt. Scheinangebote und abgesprochene Angebote sind erst recht eigene Aktivität der betreffenden Kartellmitglieder.

c) Sitze der einzelnen Kartellbeteiligten

Gehandelt wird auch dort, wo die getroffenen Absprachen in unternehmenspolitische Entscheidungen der einzelnen Beteiligten umgesetzt werden.³⁵⁸ Typischerweise trifft das zentrale Management eines kartellbeteiligten Unternehmens die Entscheidungen, wie man sich kartellgemäß verhält, z.B. ob und, wenn ja, zu welchen Preisen oder zu welchen Konditionen man auf einem bestimmten nationalen Markt anbieten will. Die späteren Einzelhandlungen auf den betroffenen Märkten werden gemeinhin zentral vorgegeben, typischerweise vom effektiven Verwaltungssitz des jeweiligen Kartellbeteiligten aus. Gegen den jeweiligen einzelnen Kartellbeteiligten begründet dies keinen zusätzlichen Handlungsortgerichtsstand, weil Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 60 lit. b EuGVVO an seinem effektiven Verwaltungssitz bereits einen allgemeinen Gerichtsstand begründet. Für die anderen Kartellbeteiligten dagegen kann der Sitz ihres

³⁵⁷ Vgl. OLG Hamburg EuLF 2007, II-133 = GRUR-RR 2008, 31 – Exklusivitätsklausel.

³⁵⁸ *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 3. Aufl. 2010, Art. 5 EuGVVO Rn. 260a.

Kartellgenossen relevant werden, wenn ihnen die Handlungen dieses Kartellgenossen zugerechnet werden.³⁵⁹

Problematisch ist, nur die Sitze der Kartellbeteiligten als relevante Handlungsorte anzuerkennen.³⁶⁰ Damit drohte man nicht nur, konzeptionell die Bedeutung des Handlungsorts als eigenem Gerichtsstand neben dem allgemeinen Gerichtsstand und dem Gerichtsstand der Streitgenossenschaft zu vermindern.³⁶¹ Vielmehr würde man entgegen dem prinzipiellen Zuschnitt des Handlungsortes für einen einzelnen Deliktstyp den Handlungsort normativ überformen und nicht vornehmlich und primär auf tatsächliche Aktivitäten schlechthin abstellen.³⁶² Man würde Kartellbeteiligte gegenüber sonstigen Deliktstätern privilegieren, ohne dass dafür eine Rechtfertigung ersichtlich wäre.³⁶³ Zudem würde man den Marktdeliktscharakter von Kartelldelikten vernachlässigen.³⁶⁴

d) Zurechnung von Akten anderer Kartellbeteiligter

Generell sollten unter Art. 5 Nr. 3 EuGVVO die Akte eines einzelnen Tatbeteiligten den anderen Beteiligten jedenfalls bei vorsätzlichem Zusammenwirken zugerechnet werden.³⁶⁵ Art. 5 Nr. 3 EuGVVO ist nicht

³⁵⁹ Zur Zurechnung näher sogleich d.

³⁶⁰ Dahin *Bulst*, EWS 2004, 403, 405; *Mäsch*, IPRax 2005, 509, 512 f.; *Gebauer/Ansgar Staudinger*, in: *Terhechte* (Hrsg.), Internationales Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht, 2008, Rn. 7.44; *Rauscher/Leible* (Fn. 313), Art. 5 Brüssel I-VO Rn. 88d; *Zöller/Geimer*, ZPO, 29. Aufl. 2011, Art. 5 EuGVVO Rn. 27; *Helena Isabel Maier* (Fn. 6), S. 137-142; *Schnyder/Acocella* (Fn. 343), Art. 5 Nr. bis 3 LugÜ Rn. 242.

³⁶¹ *Basedow* (Fn. 345), S. 129, 137; *Mankowski*, in: *Magnus/Mankowski* (Fn. 80), Art. 5 Brussels I Regulation Rn. 228a sowie *Helena Isabel Maier* (Fn. 6), S. 139.

³⁶² Vgl. auch *Massing* (Fn. 27), S. 239.

³⁶³ Ähnlich *Basedow* (Fn. 345), S. 129, 137 f.

³⁶⁴ *Tzakas* (Fn. 6), S. 113.

³⁶⁵ BGH WM 1999, 540, 541; BGH RIW 2008, 399, 401 f. ; BGHZ 184, 365; BGH 12 April 2011 – Case XI ZR 101/09; OLG Düsseldorf WM 1996, 1489, 1491; OLG Bremen IPRax 2000, 228; *Vollkommer*, IPRax 1992, 207, 211; *Geimer/Schütze* (Fn. 358), Art. 5 EuGVVO Rn. 250; v. *Hein*, IPRax 2006, 460, 461; *ders.*, LMK 2010, 308395; *ders.*, EuZW 2011, 369, 370; *ders.*, BerDGfIR 2011 sub III 1 a bb; *Geimer*, WuB VII C. Art. 5 LugÜ 1.08; *Fasching/Konecny/Simotta* (Fn. 340), Art. 5 EuGVVO Rn. 297; *Rolf Wagner/Gess*, NJW 2009, 3481, 3484 f.; *Kropholler/v. Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl.

beschränkt auf die Aktivitäten des konkreten Täters selbst,³⁶⁶ sondern erfasst Akte, für die er normativ (mit-)verantwortlich ist.³⁶⁷ Dass es Art. 6 Nr. 1 EuGVVO gibt, begründet kein *argumentum e contrario*. Ebenso wenig vermöchte eine Konzentration auf den Ort, wo der Haupttäter seine eigene Aktivität entfaltet hat (oder bei mehreren gleichrangigen Tätern eine Beschränkung auf die jeweilige eigene Aktivität überzeugen.³⁶⁸ Einen wie auch immer gearteten Schwerpunkt bestimmen zu müssen, würde Unsicherheit erzeugen und würde in vielen Fällen Informationen benötigen, welche der Kläger nicht hat.³⁶⁹ Eine echte Gefahr von übertriebenem *forum shopping* ist nicht ersichtlich: Jeder Beteiligte wird nur dort verantwortlich gehalten, wo die von ihm selbst ausgewählten Komplizen agiert haben. Arbeitsteiligkeit darf nicht zu anderen Ergebnissen führen als Ausführung in eigener Person. Freilich bleibt zu konkretisieren, wer nach europäischen Maßstäben als Komplize zu betrachten ist.³⁷⁰ Eine aktuelle Vorlage beim EuGH³⁷¹, vorgelegt vom LG Düsseldorf,³⁷² wird Klarheit schaffen.

e) Zurechnung von Akten anderer Kartellbeteiligter durch Import eines Undertaking-Konzepts?

Zum allgemeinen Zurechnungskonzept bei Delikten könnte noch spezifisch für Kartelldelikte ein genuin kartellrechtliches Zurechnungskonzept

2011, Art. 5 EuGVO Rn. 83b; siehe auch OLG Düsseldorf IPRax 2009, 158, 160. Tendenziell vorsichtiger *Stefan Huber*, IPRax 2009, 134, 139.

Anderer Ansicht LG Mönchengladbach 5.2.2009 – 10 O 422/07; *Schlosser* (Fn. 339), Art. 5 EuGVO Rn. 20a; *Rauscher/Leible* (Fn. 313), Art. 5 Brüssel I-VO Rn. 88c; *Dieter A. Hofmann/Oliver M. Kunz*, in: *Basler Komm* (Fn. 342), Art. 5 LugÜ Rn. 626.

Offen BGH WM 2010, 1590, 1593; BGH ZIP 2010, 2004, 2007; BGH WM 2010, 2214, 2217 = RIW 2011, 77, 80.

³⁶⁶ *Casio Computer Co. Ltd. v. Sayo* [2001] I.L.Pr. 694, 709 (C.A., per *Pill L.J.*).

³⁶⁷ *Dexter Ltd. v. Harley* The Times 2 April 2001 (Q.B.D., *Lloyd J.*).

³⁶⁸ Entgegen *Matthias Weller*, IPRax 2000, 202, 208.

³⁶⁹ *Kessedjian*, *Liber Fausto Pocar*, 2009, S. 533, 538 f.

³⁷⁰ *v. Hein*, IPRax 2006, 460, 461 f.

³⁷¹ Rs. C-228/11 – *Melzer/MF Global UK Ltd.*

³⁷² LG Düsseldorf RIW 2011, 810 m. Anm. *v. Hein*.

hinzukommen. Insbesondere das unionsrechtliche Kartellrecht stellt auf „undertakings“ ab. Es erhebt Unternehmen zum relevanten Handlungssubjekt. Die Einbindung in eine Unternehmensgruppe als ökonomische Einheit kann das gesellschaftsrechtliche Trennungskonzept durchbrechen.³⁷³ Das Kartellrecht praktiziert so teilweise piercing the corporate veil. Begrenzt auf Ansprüche aus Kartelldelikten würde ein Import dieses Zurechnungskonzepts in Art. 5 Nr. 3 EuGVVO eigentlich nahe liegen.³⁷⁴ Indes hält es das IZPR prinzipiell anders und respektiert prinzipiell die Gesellschaftsgrenzen, ohne Unternehmensverbände als solche zuzurechnen. Letztlich lässt sich das Undertaking-Konzept sachlich in das allgemeine deliktische Zurechnungskonzept integrieren, indem es hilft, die Zurechnung zu begründen, aber nur soweit sich die einzelnen Gesellschaften wirklich an dem abgestimmten Verhalten beteiligt haben, sei es autonom, sei es kraft Einzelweisung, sei es aufgrund konzertierten Handels im Konzern.³⁷⁵ Dies stimmt auch mit der kartellrechtlichen Praxis der Kommission überein.³⁷⁶

4. Erfolgsort bei Kartelldelikten

Erfolgort ist unter Art. 5 Nr. 3 EuGVVO derjenige Ort, an welchem das primär geschützte Rechtsgut verletzt wird.³⁷⁷ Primär geschütztes Rechtsgut ist bei Kartelldelikten die Funktionsfähigkeit des Marktes und

³⁷³ *Provimi Ltd. v. Roche Products* [2003] EWHC 961 (Comm), [2003] 2 All ER (Comm) 683 [30] f. (Q.B.D., Aikens J.).

³⁷⁴ *Danov* (Fn. 133), S. 102.

³⁷⁵ Vgl. *Cooper Tire & Rubber Co. Europe Ltd. v. Dow Deutschland Inc.* [2010] EWCA Civ 864 [34], [45] (C.A., judgment of the Court delivered by Longmore L.J.); *Cooper Tire & Rubber Co. v. Shell Chemicals UK Ltd.* [2009] EWHC 2609 (Comm) [49]-[64] (Q.B.D., Teare J.), jeweils im Kontext des Art. 6 Nr. 1 EuGVVO unter Hinweis auf EuGH 10.9.2009 - Rs. C-97/08P, Slg. 2009, I-8237, I-8287 Rn. 56 f., 58 f. - Akzo Nobel NV/Kommission. Außerdem *Negri*, Int'l. Lis 2011, 17, 20 f.

³⁷⁶ *Cooper Tire & Rubber Co. Europe Ltd. v. Dow Deutschland Inc.* [2010] EWCA Civ 864 [34] (C.A., judgment of the Court delivered by Longmore L.J.).

³⁷⁷ Siehe nur *Mankowski*, in: *Magnus/Mankowski* (Fn. 80), Art. 5 Brussels I Regulation Rn. 229; *ders.*, EWiR Art. 5 EuGVVO 5/11, 743, 744; *Mari*, in: *Mélanges Fritz Sturm*, 1999, S. 1573, 1583 f.

die Beschränkungsfreiheit des Wettbewerbs.³⁷⁸ Kartelldelikte sind keine Vermögensdelikte, auch wenn sie Schadensersatzansprüche auslösen können.³⁷⁹ Schadensersatzansprüche gleichen Reflexschäden Privater aus, die sich aus der Beschränkung des Wettbewerbs auf dem betreffenden Markt materialisieren. Die mit ihnen auszugleichenden Differenzen im Vermögen betreffen aber nicht das primär geschützte Rechtsgut, sondern ein sekundär betroffenes Rechtsgut. Sie sind eben unbeachtliche Folgeschäden.³⁸⁰ Kartelldelikte sind und bleiben Marktdelikte. Daher ist eine marktbezogene Anknüpfung des Erfolgsorts allein konsequent.³⁸¹ Im IPR gewährleistet das Auswirkungsprinzip des Art. 6 III lit. a Rom II-VO genau dies: eine marktbezogene Anknüpfung des Erfolgsorts. Daher ist es wiederum nur konsequent, aber auch systemkonform und in sich konsistent, wenn man den Erfolgsort im IZPR nach den gleichen Maßstäben ermittelt und so die zutreffende Wertung des Art. 6 III lit. a Rom II-VO als ausfüllende Wertung in Art. 5 Nr. 3 EuGVVO importiert.³⁸² Keine Rolle spielen darf dagegen, weil auf das falsche Schutzgut abstellend, der Ort, von dem der Geschädigte Vermögenswerte abverfügt.³⁸³

³⁷⁸ OLG Hamburg EuLF 2007, II-133 = GRUR-RR 2008, 31 – Exklusivitätsklausel; *Kessedjian*, in: *McLachlan/Nygh* (eds.), *Transnational Tort Litigation*, Oxford 1996, S. 171, 185; *Bulst*, EBOR 4 (2003), 623; *ders.*, EWS 2004, 403, 406 f.; v. *Hein*, IPRax 2005, 17, 22; *Staudinger/Fezer/Koos* (Fn. 103), IntWiR Rn. 374; *Geimer/Schütze* (Fn. 358), Art. 5 EuGVVO Rn. 260a; *Kropholler/v. Hein* (Fn. 365), Art. 5 EuGVO Rn. 84a; *Stein/Jonas/Gerhard Wagner* (Fn. 3), Art. 5 EuGVVO Rn. 166.

³⁷⁹ Anderes Verständnis bei *Fitchen*, (2009) 5 JPrIL 337, 367 f.; *Danov* (Fn. 133), S. 90 f., 95 f. sowie Trib. Monza Foro pad. 1979 I 225.

³⁸⁰ *Bulst*, EWS 2004, 403, 405; *Kropholler/v. Hein* (Fn. 365), Art. 5 EuGVO Rn. 84a.

Problematisch LG Dortmund EWS 2004, 434 = IPRax 2005, 542.

³⁸¹ Nachweise wie Fn. 375; im Ergebnis übereinstimmend außerdem *Fitchen*, Maastricht J. 13 (2006), 381, 397; *Tzakas* (Fn. 6), S. 118 f. Offen lassend OGH SZ 2008/102 E. 3.23.

³⁸² Wie hier *Kropholler/v. Hein* (Fn. 365), Art. 5 EuGVO Rn. 84a; im Ergebnis übereinstimmend *Tzakas* (Fn. 6), S. 119-122; *Helena Isabel Maier* (Fn. 6), S. 146-148, 152-154. Vgl. auch OGH SZ 2008/102 E. 3.22.

³⁸³ Entgegen *Mäsch*, IPRax 2005, 509, 516; *Fasching/Konecny/Simotta* (Fn. 340), Art. 5 EuGVVO Rn. 322; *Rauscher/Leible* (Fn. 313), Art. 5 Brüssel I-VO Rn. 86d; *Schnyder/Acocella* (Fn. 343), Art. 5 Nr. bis 3 LugÜ Rn. 253.

Zwar hat der EuGH die erste Gelegenheit, in den nachgerade rudimentär und pauschal formulierten Art. 5 Nr. 3 EuGVVO Binnendifferenzierungen anhand von Spezialtatbeständen der jüngeren Rom II-VO zu importieren und hineinzulesen, nicht genutzt.³⁸⁴ Freilich wäre es dabei um den überkomplizierten³⁸⁵ und mit seinen bis zu sieben Stufen³⁸⁶ für eine Übertragung in das Zuständigkeitsrecht nicht geeigneten Art. 5 Rom II-VO zum Internationalen Produkthaftungsrecht³⁸⁷ gegangen. Konkret war daraus eine Nichtanlehnung gut zu rechtfertigen.³⁸⁸ Der EuGH hat jedoch in keiner Weise eine generelle Sperre dagegen errichtet, Wertungen aus der Rom II-VO zu importieren, wenn, wo und soweit dies passt und sich mit den eigenen Strukturen und Anforderungen des Zuständigkeitsrechts vereinbaren lässt. Alles andere wäre auch mit den Erwägungsgründen (7) der Rom I- und Rom II-VO und dem dort geforderten System aus Brüssel I, Rom I und Rom II kaum in Einklang zu bringen.³⁸⁹

V. Art. 6 Nr. 1 EuGVVO

1. Grundsätzliches

a) Ankerbeklagtenprinzip

Nach Art. 6 Nr. 1 EuGVVO kann man mehrere Beklagte im selben Gerichtsstand zusammen verklagen, wenn einer von ihnen (der so

Wie hier *Kropholler/v. Hein* (Fn. 365), Art. 5 EuGVO Rn. 84a; *Stein/Jonas/Gerhard Wagner* (Fn. 3), Art. 5 EuGVVO Rn. 166.

Offen lassend OGH SZ 2008/102 E. 3.23.

³⁸⁴ EuGH 16.7.2009 – Rs. C-189/08, Slg. 2009, I-6917 – *Zuid-Chemie/Philippo's Mineralenfabrieken NV/SA*.

³⁸⁵ Siehe nur *Stone*, *Ankara L. Rev.* 4 (2007), 95, 118; *Hartley*, (2008) 57 *ICLQ* 899, 908; *v. Hein*, *ZEuP* 2009, 6, 26.

³⁸⁶ *Kadner Graziano*, *RabelsZ* 73 (2009), 1, 38; *Thorn*, FS Karsten Schmidt, 2009, S. 1561, 1574.

³⁸⁷ Dazu insbesondere *Illmer*, *RabelsZ* 73 (2009), 269.

³⁸⁸ *Mankowski*, *EWiR* Art. 5 EuGVVO 1/09, 569, 570.

³⁸⁹ *Mankowski*, *EWiR* Art. 5 EuGVVO 1/09, 569, 570 sowie *Spickhoff*, FS Jan Kropholler, 2008, S. 671, 678

genannte Ankerbeklagte) dort seinen allgemeinen Gerichtsstand, also seinen Wohnsitz, hat und zwischen den Klagen eine so enge Beziehung gegeben ist, dass eine gemeinsame Verhandlung und Entscheidung geboten erscheint, um zu vermeiden, dass in getrennten Verfahren widersprechende Entscheidungen ergehen könnten. Dies eröffnet erheblichen Spielraum für den Kläger. Denn er kann sich aussuchen, welchen Beklagten er zum Ankerbeklagten macht. Der Ankerbeklagte muss keine Zentralfigur sein, erst recht kein spider in the web,³⁹⁰ sondern kann eine Figur am Rande sein³⁹¹ oder auch nur subsidiär haften.³⁹²

b) Konnexitätserfordernis

Das Konnexitätserfordernis im eigentlichen Sinn und ein Verbot des Rechtsmissbrauchs, angelehnt an den Gedanken des Art. 6 Nr. 2 Hs. 2 EuGVVO und systematisch eingebracht in das Konnexitätserfordernis³⁹³, werden dann zu notwendigen Korrekturen, um forum shopping nicht alle Türen zu öffnen und gebotene Grenzen zu ziehen.³⁹⁴ Die bloße Zugehörigkeit zum selben Konzern etwa reicht allein für Konnexität nicht hin.³⁹⁵

c) Identität der Sach- und Rechtslage

Problematisch ist, ob ein einschränkendes Erfordernis der Identität von Sach- und Rechtslage besteht und, wenn ja, wie weit es reicht. Jede

³⁹⁰ Siehe nur EuGH 13.7.2006 – Rs. C-539/03, Slg. 2006, I-6535 – Roche Nederland BV/Frederick Primus u. Milton Goldberg.

³⁹¹ Siehe nur *Magnus/Mankowski/Muir Watt* (Fn. 80), Art. 6 Brussels I Regulation Rn. 23.

³⁹² Siehe nur *Geimer*, FS Jan Kropholler, 2008, S. 777, 787 f. m.w.N.

³⁹³ EuGH 11.10.2007 – Rs. C-98/06, Slg. 2007, I-8319, I-8358 Rn. 54 – Freeport plc/Olle Arnoldson.

Kritisch zur Einordnung *Knöfel*, EWiR Art. 6 EuGVVO 1/07, 749 f.; *Markus Würdinger*, RIW 2008, 71; *Geimer*, FS Jan Kropholler, 2008, S. 777, 788 f.

³⁹⁴ Siehe nur Bericht *Jenard*, ABl. EWG 1979 C 59/26; *Rauscher/Leible* (Fn. 313), Art. 6 Brüssel I-VO Rn. 8.

³⁹⁵ EuGH 13.7.2006 – Rs. C-539/03, Slg. 2006, I-6535, I-6582 Rn. 38, I-6583 Rn. 40 – Roche Nederland BV/Frederick Primus u. Milton Goldberg.

Einschränkung konturiert mehr und hilft so der Vorhersehbarkeit.³⁹⁶ Jede Einschränkung vermindert die Gefahr von forum shopping.³⁹⁷ Der EuGH bejaht im Grundsatz ein Erfordernis der Identität von Sach- und Rechtslage.³⁹⁸ Allerdings entstammt dies einem patentrechtlichen Fall. Für Immaterialgüterrechte gilt aber das Territorialitätsprinzip, so dass eine Verletzungshandlung im Staat A nur das dortige IP-Recht verletzen kann, eine Verletzungshandlung im Staat B wiederum nur das dortige IP-Recht usw. Territorialität der konkret verletzten Rechte führt notwendig zu Differenzierungen. Eine Verletzung des dortigen Rechts im Staat A zu verneinen präjudiziert in keiner Weise, was für eine Verletzung des wiederum dortigen Rechts im Staat B zu gelten hätte. Insoweit droht keine Gefahr einander widersprechender Entscheidungen, weil eben jeweils über unterschiedliche Teilsachverhalte judiziert wird. Generell ist außerdem als wichtige Richtschnur nicht zu verlangen, dass die Klagen auf den gleichen Rechtsgrundlagen beruhen müssten.³⁹⁹ Dass die Klagen auf derselben Rechtsgrundlage beruhen, ist kein absolutes Muss, sondern nur einer unter mehreren abwägungserheblichen Faktoren.⁴⁰⁰ Unterschiedlichkeit der Rechtsgrundlagen steht daher keineswegs per se entgegen,⁴⁰¹ nicht zuletzt weil auch auf gleicher Rechtsgrundlage Gerichte

³⁹⁶ EuGH 13.7.2006 – Rs. C-539/03, Slg. 2006, I-6535, I-6582 Rn. 36 – Roche Nederland BV/Frederick Primus u. Milton Goldberg.

³⁹⁷ EuGH 13.7.2006 – Rs. C-539/03, Slg. 2006, I-6535, I-6582 Rn. 38 – Roche Nederland BV/Frederick Primus u. Milton Goldberg.

³⁹⁸ EuGH 13.7.2006 – Rs. C-539/03, Slg. 2006, I-6535, I-6580 Rn. 26 – Roche Nederland BV/Frederick Primus u. Milton Goldberg; EuGH 11.10.2007 – Rs. C-98/06, Slg. 2007, I-8319, I-8354 Rn. 40 – Freeport plc/Olle Arnoldson.

³⁹⁹ EuGH 11.10.2007 – C-98/06, Slg. 2007, I-8319, I-8353 Rn. 38 – Freeport plc/Olle Arnoldsson; EuGH 1.12.2011 – Rs. C-145/10, RIW 2012, 55, 59 Rn. 76 – Eva-Maria Painer/Standard VerlagsGes. mbH

⁴⁰⁰ EuGH 1.12.2011 – Rs. C-145/10, RIW 2012, 55, 60 Rn. 80 – Eva-Maria Painer/Standard VerlagsGes. mbH sowie EuGH 11.10.2007 – Rs. C-98/06, Slg. 2007, I-8319, I-8354 Rn. 41 – Freeport plc/Olle Arnoldson

⁴⁰¹ EuGH 1.12.2011 – Rs. C-145/10, RIW 2012, 55, 60 Rn. 81 – Eva-Maria Painer/Standard VerlagsGes. mbH; GA *Trstenjak*, Schlussanträge in der RS. C-145/10 vom 12.4.2011 Nr. 78 sowie EuGH 11.10.2007 – Rs. C-98/06, Slg. 2007, I-8319, I-8355 Rn. 47 – Freeport plc/Olle Arnoldson.

unterschiedlich entscheiden könnten.⁴⁰² Spätestens bei Haftung mit Subsidiaritätselementen versagt ein striktes Erfordernis der Identität von Sach- und Rechtslage, obwohl zwischen Haupt- und Haftungsklage unbestreitbar ein enger Zusammenhang besteht.⁴⁰³

2. Kartellrechtliche Schadensersatzklagen und Art. 6 Nr. 1 EuGVVO

Bei Klagen gegen mehrere Kartellmitglieder wird es an der gleichartigen Rechts- und Tatsachenlage in aller Regel nicht fehlen.⁴⁰⁴ Denn vollständige Identität der Klagsachverhalte ist keinesfalls verlangt.⁴⁰⁵ Begreift man Justiz und Anwaltsdienstleistungen als volkswirtschaftlich interessante Dienstleistungen, so bestehen freilich gerade bei Kartellsachen mit ihren erheblichen Streitwerten und ihrer großen, zeitaufwandsintensiven Komplexität Anreize, den Streitgenossenschaftsgerichtsstand nicht unbedingt eng, sondern eher großzügig zu handhaben.⁴⁰⁶ Der Streitgenossenschaftsgerichtsstand ist in Kartellsachen besonders attraktiv:⁴⁰⁷ Er schafft die Chance auf eine einheitliche Entscheidung gegen mehrere, er kann Erleichterungen beim Beweis mit sich bringen, und er kann über Art. 6 Abs. 3 lit. b Hs. 2 Rom II-VO zur lex fori führen. Vorhersehbarkeitsprobleme für die Beklagten ergeben sich bei abgestimmtem Verhalten nicht. Denn jeder, der sich an dem abgestimmten Verhalten beteiligt, könnte sich erkundigen, wie weit das Kartell reicht, welche Märkte es betrifft und welche Tochtergesellschaften der anderen Beteiligten einbezogen sind. Wer solche Informationen nicht einholt, kann sich später nicht darauf berufen, er habe ja nicht gewusst, dass ein Kartellbruder auch noch im Mitgliedstaat X jene

⁴⁰² GA *Trstenjak*, Schlussanträge in der RS. C-145/10 vom 12.4.2011 Nr. 79.

⁴⁰³ GA *Trstenjak*, Schlussanträge in der RS. C-145/10 vom 12.4.2011 Nr. 83.

⁴⁰⁴ Siehe Trib. Milano Riv. dir. int. priv. proc. 2011, 495, 409; *Negri*, Studi in onore di Attardo, vol. II, 2009, S. 404.

⁴⁰⁵ Siehe nur *Geimer*, FS Jan Kropholler, 2008, S. 777, 787.

⁴⁰⁶ *Mäsch*, IPRax 2005, 509, 511; *Knöfel*, IPRax 2006, 503; *Coester-Waltjen*, FS Jan Kropholler, 2008, S. 747, 748.

⁴⁰⁷ *Danov* (Fn. 133), S. 53.

Tochtergesellschaft eingeschaltet habe, die jetzt als Ankerbeklagter herhalte. Umso weniger können Tochtergesellschaften reklamieren, sie hätten ja nicht vorhersehen können, dass auch ihre Schwestergesellschaften sich beteiligten bzw. einbezogen würden. Gefordert ist nur Vorhersehbarkeit, also die Möglichkeit zu subjektiver Kenntnisnahme; nicht erforderlich ist dagegen aktuelle subjektive Kenntnis. Die Augen zu verschließen und etwas (angeblich) nicht wissen zu wollen, darf keine erfolgreiche Verteidigungstaktik sein. Wenn man mit einem Konzern paktiert, paktiert man mit dem Gesamtkonzern einschließlich aller Untergliederungen, es sei denn, einzelne Untergliederungen wären ausdrücklich ausgenommen. Typischerweise wird ein europaweit angelegtes Kartell auch keine Lücke lassen wollen, die es erlauben würde, über den betroffenen Markt in einem bestimmten Mitgliedstaat das Kartell zu unterlaufen. Sofern eine bestimmte Tochtergesellschaft ausnahmsweise insoweit aus dem Konzernverbund ausscheren sollte, dass sie nicht an der Durchführung des von der Konzernmutter abgestimmten Kartells mitwirkt, so ist dies eine Beweisfrage für eine zuständigkeitsbegründende Tatsache.

Ein striktes Kriterium der Identität von Sach- und Rechtslage indes würde die Beurteilung verkomplizieren. Am einfachsten scheint es sich noch bei Schadensersatzklagen wegen Verletzung des primärrechtlichen Kartellrechts der Artt. 101; 102 AEUV zu verhalten, wenn diese follow up-Klagen nach behördlicher Feststellung des Verstoßes sind.⁴⁰⁸ Jedoch könnte der eingeklagte Schaden durch einzelne Kartellhandlungen verursacht sein, während andere irrelevant sind, so dass doch verschiedene Sachlagen und, bei verschiedenen anwendbaren nationalen Rechten, sogar unterschiedliche Rechtslagen ins Spiel kämen.⁴⁰⁹ Entspringt der Schaden einem Vertrag mit einem Kartellanten wegen eines kartellbedingten Preises, so könnte das Verhalten der anderen

⁴⁰⁸ Vgl. *Basedow/Christian Heinze*, FS Wernhard Möschel, 2011, S. 63, 73 sowie *Peter Huber/Illmer* (Fn. 3), Art. 6 Rome II Regulation Rn. 117.

⁴⁰⁹ *Basedow/Christian Heinze*, FS Wernhard Möschel, 2011, S. 63, 74.

Kartellanten ohne größere Bedeutung erscheinen, weil ja nicht sie den inkriminierenden Vertrag geschlossen haben.⁴¹⁰ Indes geht der Kartellpreis auf die Verhaltensabstimmung zurück, die es ohne die Beteiligung der anderen Kartellanten nicht gäbe.

Dieselbe Rechtslage scheint nicht vorzuliegen, wenn getreu dem Auswirkungsprinzip das Verhalten und die Auswirkungen auf den einzelnen nationalen Märkten nach dem jeweiligen nationalen Marktrecht beurteilt werden.⁴¹¹ Dies könnte unterschiedliche rechtliche Prüfungen für Schadensverursachung, Schadensberechnung, Verjährung, Verzinsung usw. bedingen.⁴¹² Das internationalkartellrechtliche Auswirkungsprinzip könnte insoweit in der Aufsplitterung und „Nationalisierung“ der Teilgeschehen ähnlich zu beurteilen sein wie das internationalimmateriellgüterrechtliche Territorialitätsprinzip.⁴¹³ Letztlich hängt alles an Reichweite und Ausgestaltung des Identitätserfordernisses. Zu starke normative Aufladung dergestalt, dass erst die jeweils anwendbare materielle Rechtslage zu ermitteln wäre, wäre für die Zuständigkeitsprüfung jedenfalls nicht angebracht.⁴¹⁴ Eine zu starke Aufsplitterung in Teilsachverhalte würde übergreifenden Zusammenhängen nicht gerecht. Ein Kartell mit Aufteilung der Märkte zwischen den Kartellbeteiligten wirkt sich auf allen betroffenen Märkten aus und funktioniert eben nur, weil alle Kartellanten sich daran halten. Das Gesamtbild des Kartells ergibt sich erst aus der Summe der Marktgeschehen.⁴¹⁵ Bei follow on-Klagen ist der zentrale Punkt der

⁴¹⁰ *Basedow/Christian Heinze*, FS Wernhard Möschel, 2011, S. 63, 74.

⁴¹¹ *Ulrich Scholz/Rixen*, EuZW 2008, 327, 332; *Peter Huber/Illmer* (Fn. 3), Art. 6 Rome II Regulation Rn. 117; *Basedow/Christian Heinze*, FS Wernhard Möschel, 2011, S. 63, 75-77.

⁴¹² *Basedow/Christian Heinze*, FS Wernhard Möschel, 2011, S. 63, 77.

⁴¹³ *Basedow/Christian Heinze*, FS Wernhard Möschel, 2011, S. 63, 76.

⁴¹⁴ Vgl. auch *Negri*, Int'l. Lis 2011, 17, 21 f.

⁴¹⁵ Im Ergebnis ebenso *Mäsch*, IPRax 2005, 509, 512 f.; *Ashton/Vollrath*, ZWeR 2006, 1, 9 f.; *Leible/Michael Lehmann*, RIW 2007, 721, 730; *Mankowski*, RIW 2008, 177, 191; *Massing* (Fn. 27), S. 259 f.; *Tzakas* (Fn. 6), S. 130.

Rechtswidrigkeit außerdem bereits behördlich und verbindlich geklärt.⁴¹⁶ Einheitlichkeit oder Harmonisierung der Rechtslagen jedenfalls ebnet den Weg zu Art. 6 Nr. 1 EuGVVO.⁴¹⁷ Außerdem stört nicht per se, dass verschiedene Rechtsgrundlagen im Schwange sind.⁴¹⁸ Das Kriterium der Identität von Sach- und Rechtslage ist nicht strikt zu verstehen. Zentraler ist, dass keine einander widersprechenden Entscheidungen ergehen.⁴¹⁹

3. Beklagte mit Wohnsitz außerhalb der EU

a) Regulatio lata

Bedeutsam kann für Kartelle auch die Drittstaatenproblematik werden, wenn an ihnen Unternehmen mit Sitz außerhalb der EU und der LugÜ-Staaten beteiligt sind. Nach dem Einleitungssatz des gesamten Art. 6 EuGVVO würde nämlich auch der Streitgenossenschaftsgerichtsstand eigentlich nur gegen Beklagte mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat greifen. Drittstaatsansässige wären nicht erfasst, sondern vielmehr über Art. 4 Abs. 1 EuGVVO dem nationalen Zuständigkeitsrecht des Forumstaates unterworfen – zu dem aber nicht unbedingt ein Gerichtsstand der Streitgenossenschaft gehören muss, wie dessen Fehlen in der ZPO für Deutschland eindrucksvoll belegt. Man drohte also zu dem paradoxen Ergebnis zu kommen, dass Drittstaatsansässige in geringerem Umfang gerichtspflichtig sein könnten als Mitgliedstaatsansässige.⁴²⁰ Dies stünde in Widerspruch zu der eigentlich verfolgten Zielsetzung, die Gerichtspflichtigkeit von Mitgliedstaatsansässigen im Vergleich zu anderen

⁴¹⁶ *Negri*, Int'l. Lis 2011, 17, 22.

⁴¹⁷ EuGH 1.12.2011 – Rs. C-145/10, RIW 2012, 55, 60 Rn. 82 – Eva-Maria Painer/Standard VerlagsGes. mbH; GA *Trstenjak*, Schlussanträge in der RS. C-145/10 vom 12.4.2011 Nr. 80.

⁴¹⁸ Oben C V 1 c.

⁴¹⁹ Vgl. EuGH 1.12.2011 – Rs. C-145/10, RIW 2012, 55, 60 Rn. 83 – Eva-Maria Painer/Standard VerlagsGes. mbH

Skeptisch GA *Trstenjak*, Schlussanträge in der RS. C-145/10 vom 12.4.2011 Nrn. 100-102.

⁴²⁰ Siehe nur *Geimer*, FS Jan Kropholler, 2008, S. 777, 783 f.

Beklagten zu reduzieren. Außerdem stünde es im Widerspruch zur klaren Tendenz des Art. 4 EuGVVO, auf die Zuständigkeitsinteressen von Drittstaatsansässigen keine allzu große Rücksicht zu nehmen.⁴²¹ Zudem greift die ratio des Art. 6 Nr. 1 EuGVVO, einerseits die Prozessökonomie zu fördern, indem verbundene Sachen gemeinsam verhandelt werden, und andererseits die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen zu vermindern. Schließlich können Aspekte des materiellen Rechts unter Umständen gebieten, Parteien zusammen zu verklagen.⁴²² Die Existenz des Vertrags- und des Deliktsgerichtsstand füllt diese Lücke nicht;⁴²³ beide decken diese spezifische ratio nicht ab, da sie jeweils anderen rationes verpflichtet sind. Art. 4 EuGVVO bildet kein abschließendes System,⁴²⁴ sondern ist selber funktionell Lückenfüller; er ist subsidiär gegenüber europäisch gefundenen Lösungen. Jeder Gerichtsstand des europäischen Systems hat eine Schutzfunktion für den Kläger.⁴²⁵ Selbst wenn man den Wortlaut des Art. 6 Nr. 1 EuGVVO nicht teleologisch reduzieren will, sollte man sich daher zumindest zu einer analogen Anwendung der Norm verstehen.⁴²⁶

⁴²¹ Geimer, FS Jan Kropholler, 2008, S. 777, 784.

⁴²² Dasser/Oberhammer/Thomas Müller, LugÜ, Bern 2008, Art. 6 LugÜ Rn. 31.

⁴²³ Gegen Wolfgang Winter, Ineinandergreifen von EuGVVO und nationalem Zivilverfahrensrecht am Beispiel des Gerichtsstands des Sachzusammenhangs, Art. 6 EuGVVO, 2007, S. 35-37.

⁴²⁴ Gegen Wolfgang Winter (Fn. 423), S. 35.

⁴²⁵ Rauscher/Mankowski (Fn. 313), Vor Art. 2 Brüssel I-VO Rn. 11.

Brandes, Der gemeinsame Gerichtsstand – Die Zuständigkeit im europäischen Mehrparteienprozeß nach Art. 6 Nr. 1 EuGVÜ/LÜ, 1998, S. 94; Wolfgang Winter (Fn. 423), S. 35 stellen dies spezifisch für Art. 6 Nr. 1 EuGVVO in Abrede.

⁴²⁶ Geimer, WM 1979, 350, 357; ders., FS Jan Kropholler, 2008, S. 777, 783 f.; Schack, ZZP 107 (1994), 279, 294; Thiele, RIW 2002, 696, 700; Rauscher/Leible (Fn. 313), Art. 6 Brüssel I-VO Rn. 7; Kropholler/v. Hein, Europäisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl. 2011, Art. 6 EuGVVO Rn. 7.

Anderer Ansicht aber Cass. Rev. crit. dr. int. pr. 99 (2010), 372, 374 m. Anm. Muir Watt; OLG Hamburg IPRspr. 1992 Nr. 193 S. 478; Brandes (Fn. 425), S. 94 f.; Vogenauer, IPRax 2001, 256; Geier, Die Streitgenossenschaft im internationalen Verhältnis, 2005, S. 78; Wolfgang Winter (Fn. 423), S. 35-37; Vossler, IPRax 2007, 281, 282.

b) Regulatio ferenda

Die anhängige Novelle der EuGVVO will das Problem legislativ lösen, jedoch in die entgegengesetzte Richtung. Zwar will sie grundsätzlich das Zuständigkeitsregime der EuGVVO auf alle Beklagten erstrecken und die Differenzierung nach Mitgliedstaatsansässigen und Drittstaatsansässigen aufgeben.⁴²⁷ Jedoch will gerade Art. 6 Nr. 1 Vorschlag für den Streitgenossenschaftsgerichtsstand eine Ausnahme von diesem Prinzip machen und am Wohnsitz jedes Beklagten in einem Mitgliedstaat als Kriterium festhalten.⁴²⁸ Dies wird sogar ausdrücklich festgeschrieben und durch den Kontrast zum geplanten Wegfall des heutigen Art. 4 EuGVVO wie des Wohnsitzerfordernisses im zukünftigen Art. 5 besonders unterstrichen. Eine Begründung für diese Sonderrolle gerade des Streitgenossenschaftsgerichtsstands gibt die Kommission indes nicht.

VI. Gerichtsstand der Widerklage (Art. 6 Nr. 3 EuGVVO)

Auch in Kartellsachen kann der Gerichtsstand der Widerklage aus Art. 6 Nr. 3 EuGVVO bestehen, ohne dass sich insoweit kartellrechtsspezifische Besonderheiten ergeben würden.⁴²⁹

VII. Gerichtsstand der Niederlassung (Art. 5 Nr. 5 EuGVVO)

Ohne eigene kartellrechtliche Besonderheiten kann auch der Gerichtsstand der Niederlassung aus Art. 5 Nr. 5 EuGVVO Bedeutung erlangen.⁴³⁰

⁴²⁷ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, von der Kommission vorgelegt am 14.12.2010, KOM (2010) 748 endg. S. 8 f.

⁴²⁸ Art. 6 Nr. 1 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, von der Kommission vorgelegt am 14.12.2010, KOM (2010) 748 endg. S. 27.

⁴²⁹ Siehe nur *Thomas Ackermann*, Liber Amicorum Pieter Jan Slot, 2009, S. 109, 110 f.; *Tzakas* (Fn. 6), S. 131-133.

⁴³⁰ Näher *Tzakas* (Fn. 6), S. 122-126.

VIII. Gerichtsstand des Erfüllungsortes (Art. 5 Nr. 1 EuGVVO)

Für genuin kartellrechtliche Schadensersatzansprüche kommt der Gerichtsstand des Erfüllungsortes aus Art. 5 Nr. 1 EuGVVO dagegen nicht in Betracht. Dieser Gerichtsstand besteht nur für spezifisch vertragliche Ansprüche. Er eröffnet nicht einmal eine Annexkompetenz für konkurrierende deliktische Ansprüche im Vertragsforum,⁴³¹ denn unter Art. 5 EuGVVO gibt es generell kein *forum attractivitatis*.⁴³² Genuin kartellrechtliche Schadensersatzansprüche aber sind nicht vertraglicher, sondern deliktischer Natur. Sie entspringen auch nicht *ius dispositivum*, das Lücken im Vertrag füllen würde. Selbst wenn ein Abnehmer also die Differenz zwischen dem überhöhten Kartell- und damit Vertragspreis einerseits und dem objektiven Marktpreis, wie er sich ohne Störung des Marktes durch das Kartell ergeben würde, einklagen sollte, kann dies nicht im Gerichtsstand des Art. 5 Nr. 1 EuGVVO geschehen.⁴³³ Anders verhält es sich bei Ansprüchen aus einem durch Kartellrecht unwirksam gemachten Vertrag oder zu dessen Rückabwicklung: Diese sind vertraglich zu qualifizieren, und für sie steht der Gerichtsstand des Art. 5 Nr. 1 EuGVVO zur Verfügung.⁴³⁴ Die Einwirkung der kartellrechtlichen Tatbestände auf den Vertrag ist zwar eingriffsrechtlich zu qualifizieren, jedoch im vertragsrechtlichen Bereich.⁴³⁵

⁴³¹ Siehe nur Hoge Raad Ned. Jur. 2005 Nr. 39 S. 208 m. Anm. *Vlas; Watson v. First Choice Holidays and Flights Ltd.* [2001] 2 Lloyd's Rep. 339, 343 (C.A., per Lloyd J.); OLG Stuttgart OLG Stuttgart 2009, 717; OLG München WM 2010, 1463, 1466; Protodikeio Athinai EED 1998, 227 m. Anm. *Vassilikakis*; Protodikeio Thessaloniki Arm. 2002, 1167; *Spickhoff*, FS Gerda Müller, 2009, S. 287, 293; *Mankowski*, in: *Magnus/Mankowski* (Fn. 80), Art. 5 Brussels I Regulation Rn. 22.

⁴³² EuGH 27.9.1988 – Rs. 189/87, Slg. 1988, 5565, 5585 f. Rn. 19 f. *Anastasios Kalfelis/Bankhaus Schröder Münchmeyer Hengst & Cie.*; EuGH 27.10.1998 – Rs. C-51/97, Slg. 1998, I-6511, I-6549 Rn. 49 – Réunion européenne SA/Spliethoff's Bevrachtingskantoor BV u. Kapitän des Schiffes „Alblasgracht 002“; Cass. Rev. crit. dr. int. pr. 93 (2004), 652 m. Anm. *Marie-Élodie Ancel*; OLG Köln WM 2006, 122, 125; HG Zürich SZIER 1996, 74, 75 m. Anm. *Volken*; Rb. Middelburg NIPR 1996 Nr. 133 S. 204; *Mankowski*, in: *Magnus/Mankowski* (Fn. 80), Art. 5 Brussels I Regulation Rn. 21.

⁴³³ *Danov* (Fn. 133), S. 48; *Florian Becker/Kammin*, EuZW 2011, 503, 505.

⁴³⁴ *Florian Becker/Kammin*, EuZW 2011, 503, 505.

⁴³⁵ *Wulf-Henning Roth*, FS Jan Kropholler, 2008, S. 623, 648 f.; *Mankowski*, IPRax 2010, 389, 397.

D. Zusammenfassung

1. Seit dem 11.1.2009 beherrscht Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO die Anknüpfung im Internationalen Kartellrecht. Dies gilt für die Anknüpfung nationalen wie europäischen Kartellrechts gleichermaßen, außer für den Tatbestand bei Artt. 101; 102 AEUV, der weiterhin primärrechtlich nach seinen eigenen Regeln angeknüpft wird.

2. Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO dient nur zur Anknüpfung des Kartellprivatrechts. Behördliches und öffentliches Kartellrecht erfasst er dagegen nicht. Behördliche Kartellsachen sind durch Art. 1 Abs. 1 Rom II-VO aus dem sachlichen Anwendungsbereich der Rom II-VO ausgegrenzt, soweit sie keine Zivil- und Handelssachen sind.

3. Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO gehört in den Kontext der neueren Kartellrechtspolitik der Gemeinschaft. Diese setzt auf private enforcement von Kartellrecht und verabschiedet sich von der einseitig auf behördliche Durchsetzung fixierten Perspektive. Dieser Perspektivenwechsel ist kollisionsrechtlich nachzuvollziehen, kann aber im Detail Überlegungsbedarf erzeugen.

4. Art. 6 Abs. 3 lit. a Rom II-VO schreibt das Auswirkungsprinzip, die effects doctrine, als Grundanknüpfung fest. Dies bedingt keine wesentliche Veränderung der schon bisher anzulegenden Anknüpfungsmaßstäbe. Eine Differenzierung nach dem Schutzzweck der einzelnen Verbotstatbestände ist möglich.

5. Ereignen sich Auswirkungen auf mehreren Märkten, so beschränkt sich die Anwendung des jeweiligen Marktrechts nach dem Mosaikprinzip auf diejenigen Geschehnisse und Schäden, die sich auf dem jeweiligen Markt zutragen.

6. Art. 6 Abs. 3 lit. b Rom II-VO ist eine Neuerung. Er gibt dem Geschädigten eine Option auf die Anwendung der lex fori bei einer Klage am Wohnsitz eines potenziellen Wettbewerbsverletzers, wenn der dortige Markt zu denjenigen Märkten gehört, auf denen sich Auswirkungen

ereignet (Hs. 1). Dies gilt auch dann, wenn mehrere Kartellanten zusammen am Wohnsitz eines von ihnen verklagt werden, soweit der Markt im Forumstaat unmittelbar und wesentlich betroffen ist (Hs. 2). Dadurch wird die Effektivität der Haftungsdurchsetzung tendenziell erhöht. Das innewohnende Potenzial zum forum shopping ist durch hinreichende Beschränkungen eingehegt.

7. Von den Gerichtsständen der EuGVVO steht in Kartellsachen ein weites Spektrum zur Verfügung. Ein ausschließlicher Gerichtsstand kann sich nur aus einer Gerichtsstandsvereinbarung gemäß Art. 23 EuGVVO ergeben. Keine spezifischen Fragen für Kartellsachen werfen der allgemeine Gerichtsstand aus Art. 2 Abs. 1 EuGVVO, der Gerichtsstand der Niederlassung aus Art. 5 Nr. 5 EuGVVO und der Gerichtsstand der Widerklage aus Art. 6 Nr. 3 EuGVVO auf.

8. Der Gerichtsstand des Handlungsortes unter Art. 5 Nr. 3 EuGVVO besteht überall dort, wo eine relevante Aktivität auf Täterseite stattfindet. Dies umfasst die Orte, an denen Kartellabsprachen getroffen werden, ebenso wie die Orte, an denen die relevanten Entscheidungen in den Unternehmen gefällt werden, als auch die Orte, an denen ein Kartell durchgeführt wird. Die Handlungen der anderen Kartellbeteiligten sind zuzurechnen.

9. Der Gerichtsstand des Erfolgsortes ist unter Art. 5 Nr. 3 EuGVVO nach dem Auswirkungsprinzip in Anlehnung an die Maßstäbe des Art. 6 Abs. 3 lit. a Rom II-VO auszufüllen.

10. Beim Gerichtsstand der Streitgenossenschaft unter Art. 6 Nr. 1 EuGVVO erzeugt ein Merkmal der Identität von Sach- und Rechtslage Überlegungsbedarf. Bei Kartellen sollte man daran jedoch keine zu strengen Anforderungen stellen.

11. Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes aus Art. 5 Nr. 1 EuGVVO setzt eine Klage aus Vertrag voraus. Er ist daher bei genuin kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen sachlich nicht einschlägig.

**Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht der
Universität Bonn**

Center for European Economic Law, University of Bonn
Centre de droit Economique Européen de l'Université de Bonn

Leitung: Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Everling
Prof. Dr. Meinhard Heinze †
Prof. Dr. Matthias Herdegen
Prof. Dr. Ulrich Huber
Prof. Dr. Rainer Hüttemann, Dipl.-Volksw.
Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.
Prof. Dr. Matthias Leistner, LL.M.
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter (Sprecher)
Prof. Dr. Wulf-Henning Roth, LL.M. (Gfd. Direktor)
Prof. Dr. Dres. h.c. Karsten Schmidt
Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M.
Prof. Dr. Gerhard Wagner, LL.M.
Prof. Dr. Daniel Zimmer, LL.M.

Anschrift: Adenauerallee 24-42, D - 53113 Bonn
Telefon: 0228 / 73 95 59
Telefax: 0228 / 73 70 78
E-Mail: zew@uni-bonn.de
URL: www.zew.uni-bonn.de
URL: www.zew.uni-bonn.de

[...]

Die Gesamtliste aller Veröffentlichungen dieser Schriftenreihe ist sowohl auf der Internetpräsenz als auch im ZEW erhältlich.

- Nr. 150 Sammelband: Symposion zu Ehren von Ulrich Everling „Die Entwicklung einer europäischen Grundrechtsarchitektur“, 2005, mit Beiträgen von Vassilios Skouris, Matthias Herdegen, Thomas Oppermann, Jürgen Schwarze, Ulrich Everling (vergriffen)
- Nr. 151 Jan M. Smits, European Private Law, 2006
- Nr. 152 Juliane Kokott, Anwältin des Rechts – Zur Rolle der Generalanwälte beim Europäischen Gerichtshof, 2006
- Nr. 153 Martin Nettesheim, Grundfreiheiten und Grundrechte in der Europäischen Union – Auf dem Wege zur Verschmelzung?, 2006
- Nr. 154 Sammelband: Festsymposion zu Ehren von Bruno Kropff „40 Jahre Aktiengesetz“, 2005, mit Beiträgen von Marcus Lutter, Mathias Habersack, Holger Fleischer, Johannes Semler, Bruno Kropff
- Nr. 155 Christian Waldhoff, Rückwirkung von EuGH-Entscheidungen, 2006; vergriffen
- Nr. 156 W. Rainer Walz, Non-Profit-Organisationen im europarechtlichen Zugwind, 2006
- Nr. 157 Theodor Baums, Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht, 2007
- Nr. 158 Christian Tomuschat, Die Europäische Union und ihre völkerrechtliche Bindung, 2007
- Nr. 159 Ansgar Staudinger, Stand und Zukunft des Europäischen Verbraucherrechts, 2007
- Nr. 160 Christian Calliess, Die Dienstleistungsrichtlinie, 2007
- Nr. 161 Corinna Ullrich, Die Richtlinie zu der grenzüberschreitenden Ausübung von Aktionärsrechten, 2007

- Nr. 162 Klaus Kinkel, Quo vadis Europa?, 2007
- Nr. 163 Peter Hommelhoff, Die „Europäische Privatgesellschaft“ am Beginn ihrer Normierung, 2008
- Nr. 164 Robert Rebhahn, Aktuelle Entwicklungen des europäischen Arbeitsrechts, 2008
- Nr. 165 Martin Böse, Die strafrechtliche Zusammenarbeit in Europa – Stand und Perspektiven, 2008
- Nr. 166 Thomas von Danwitz, Rechtsschutz im Bereich polizeilicher und justizieller Zusammenarbeit der Europäischen Union, 2008
- Nr. 167 Matthias Leistner, Konsolidierung und Entwicklungsperspektive des Europäischen Urheberrechts, 2008
- Nr. 168 Peter Hemeling, Die Societas Europaea (SE) in der praktischen Anwendung, 2008
- Nr. 169 Ulrich Immenga, Leitlinien als Instrument europäischer Wettbewerbspolitik, 2008
- Nr. 170 Rupert Scholz, Nach Lissabon und Dublin: Die Europäische Union am Scheideweg, 2008
- Nr. 171 Hanno Kube, EuGH-Rechtsprechung zum direkten Steuerrecht - Stand und Perspektiven, 2009
- Nr. 172 Piet Jan Slot, Recent Developments in EC State Aid Law, 2009
- Nr. 173 Stefan Leible, Rom I und Rom II: Neue Perspektiven im Europäischen Kollisionsrecht, 2009
- Nr. 174 Herbert Kronke, Transnationales Handelsrecht in der Reifeprüfung: Die UNIDROIT-Arbeiten 1998 – 2008, 2009
- Nr. 175 Stefan Bechtold, Optionsmodelle und private Rechtsetzung im Urheberrecht am Beispiel von Google Book Search, 2010
- Nr. 176 Claus Dörr, Perspektiven des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruches, 2010
- Nr. 177 Ulrich Tödtmann, Persönliche Beteiligung von Vorstandsmitgliedern am Verlust der Aktiengesellschaft, 2010
- Nr. 178 Carsten Grave, Banken-Fusionskontrolle in der Finanzkrise, 2010

- Nr. 179 Fabian Amtenbrink, Ratings in Europa: Kritische Anmerkungen zum europäischen Regulierungsansatz, 2010
- Nr. 180 Wolfgang Durner, Verfassungsrechtliche Grenzen richtlinienkonformer Rechtsfortbildung, 2010
- Nr. 181 Laurens Jan Brinkhorst, Staatliche Souveränität innerhalb der EU ?, 2010
- Nr. 182 Alfred Dittrich, Geldbußen im Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, 2010
- Nr. 183 Marc Amstutz, Die soziale Verantwortung von Unternehmen im europäischen Recht, 2010
- Nr. 184 Joachim Hennrichs – Wienand Schruff, Stand und Perspektiven des Europäischen Bilanzrechts – aus Sicht von Wissenschaft und Praxis, 2011
- Nr. 185 Verica Trstenjak, Internetverträge in der Rechtsprechung des EuGH im Bereich des Verbraucherschutzes, 2011
- Nr. 186 Michel Fromont, Souveränität, Verfassung und Europa: Ein Vergleich der deutschen und französischen Perspektive, 2011
- Nr. 187 Joachim Schindler, Aktuelle Überlegungen zu Fraud und Illegal Acts im Rahmen der Jahresabschlussprüfung unter besonderer Berücksichtigung der in der EU geltenden Prüfungsgrundsätze, 2011
- Nr. 188 Lubos Tichy, Die Überwindung des Territorialitätsprinzips im EU-Kartellrecht, 2011
- Nr. 189 21. Europa-Symposium zu den Rechtsfragen des Europäischen Finanzraumes, 2011
- Nr. 190 Jan Ceysens, Die neue europäische Aufsichtsarchitektur im Finanzbereich, 2011
- Nr. 191 Christoph G. Paulus, Genügen vertragsrechtliche Behelfe, um künftige Staatenkrisen in den Griff zu bekommen?, 2012
- Nr. 192 Christian Armbrüster, Das Unisex-Urteil des EuGH (Test-Achats) und seine Auswirkungen, 2012
- Nr. 193 Daniela Weber-Rey, Corporate Governance in Europa: die Initiativen der Kommission, 2012

Nr. 194 Peter Mankowski, Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten -
Fragen des anwendbaren Rechts und der internationalen
Zuständigkeit, 2012