

## **Zeck, Michael: Behördliche vs. private Kartellrechtsdurchsetzung**

*Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft im 8. Fachsemester (Universität Bayreuth) und verfasste die Arbeit als Studienabschlussarbeit seiner wirtschaftswissenschaftlichen Zusatzausbildung am Lehrstuhl für Volkswirtschaftslehre IV – Mikroökonomie.*

### **A. Einleitung**

### **B. Ökonomische Analyse von Kartellen**

- I. Entstehungsgrund und Stabilität von Kartellen
- II. Ökonomische Folgenbetrachtung und Bewertung von Kartellen
- III. Ökonomische Daseinsberechtigung des Kartellrechts

### **C. Kartellrechtsdurchsetzung**

- I. Begriffsklärung
- II. Einfluss des Unionsrechts auf das deutsche Kartellrecht
- III. Behördliche Kartellrechtsdurchsetzung
- IV. Private Kartellrechtsdurchsetzung
- V. Konflikt und Verhältnis zwischen behördlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung
- VI. Systemvergleich: Deutschland vs. USA

### **D. Ökonomische Beurteilung der Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland**

### **E. Fazit**

### **A. Einleitung**

Erst durch die letzten Novellierungen des GWB innerhalb der vergangenen zwei Jahrzehnte wurde für Verbraucher, die ein durch ein Kartell verteuertes Produkt erwerben, die Möglichkeit geschaffen, Schadensersatz von den am Kartell beteiligten Unternehmen einzuklagen. Dies wird mit dem Begriff der privaten Kartellrechtsdurchsetzung beschrieben. Sukzessive wurden weitere Anreize für Geschädigte in Form von rechtlichen Erleichterungen bei der Anspruchsdurchsetzung gesetzt. Gleichzeitig verringerte sich die Anzahl der jährlichen Selbstanzeigen von Kartellanten<sup>1</sup> von im Maximum 76 Anträgen im Jahr 2015 durch einen konstanten Rückgang auf lediglich 16 Anträge in 2019.<sup>2</sup> Hintergrund dieser Anzeigen ist die staatliche Verfolgung von Kartellrechtsverstößen, die sich auch behördliche Kartellrechtsdurchsetzung nennt.<sup>3</sup> Die in der deutschen Klagekultur

festzustellende zunehmende Relevanz der Kartellrechtsdurchsetzung durch private Kläger<sup>4</sup> und der Rückgang der Selbstanzeigen bei den Wettbewerbsbehörden legen einen gewissen Zusammenhang dieser Entwicklungen nahe, der Anlass zur wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit Kartellrechtsdurchsetzung gibt. Dabei soll neben der Auseinandersetzung mit juristischen Fragestellungen der Blick auch auf ökonomische, insbesondere wettbewerbstheoretische Aspekte bei der Kartellrechtsdurchsetzung gerichtet werden.

### **B. Ökonomische Analyse von Kartellen**

Nach dem allgemeinen Kartellbegriff bildet die Zusammenarbeit von Konkurrenten den wesentlichen Charakter von Kartellen.<sup>5</sup> Unter Zugrundelegung dieses Begriffsverständnisses sind Kartelle in diversen Bereichen, z.B. als Drogenkartell oder Zusammenschluss von Parteien im Wahlkampf, vorzufinden.

<sup>1</sup> Als Kartellant wird ein Beteiligter an einem Kartell bezeichnet.

<sup>2</sup> *Makatsch, Tilman*, Kartellschadensersatz als bußgeldmindernder Faktor, NZKart 2019, S. 103.

<sup>3</sup> Bundeskartellamt, Erfolgreiche Kartellverfolgung – Nutzen für Wirtschaft und Verbraucher, 2016, S. 6; *Motyka-Mojkowski, Mariusz*, Das Verhältnis zwischen privater

und behördlicher Durchsetzung des EU-Kartellrechts (Europäische Hochschulschriften Band 5944), 2017, S. 71.

<sup>4</sup> *Janssen, Helmut*, Schadensersatz wegen Verletzung des Kartellrechts – Auswirkungen der neuen EU-Richtlinie, CB 2015, S. 35.

<sup>5</sup> *Leonhardt, Holm Arno*, Zum Bedeutungswandel des Kartellbegriffs und zu seiner Anwendbarkeit auf nichtwirtschaftliche Kooperationsformen, 2009, S. 1.

Hauptbedeutung des Begriffs ist jedoch seine wirtschaftliche Ausprägung in Form des Wirtschaftskartells. Auch das Kartellrecht ist in seinem Anwendungsbereich auf Wirtschaftskartelle fokussiert und beschränkt. Daher ist im Rahmen der folgenden Ausführungen unter dem Begriff „Kartell“ stets die Ausprägungsform des Wirtschaftskartells zu verstehen, während sonstige Kartellformen außer Acht gelassen werden. Wirtschaftskartelle sind gleichzeitig expliziten Kollusionen<sup>6</sup> zuzuordnen, welche im Gegensatz zu erlaubten stillschweigenden Kollusionen<sup>7</sup> in der Regel illegal sind.<sup>8</sup> Im entsprechenden nationalen bzw. europäischen Kartellverbot des § 1 GWB bzw. Art. 101 I des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) werden Wirtschaftskartelle definiert. Nach dieser Legaldefinition handelt es sich um Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Im wirtschaftlichen Sinne ist ein Kartell ein Zusammenschluss rechtlich selbstständiger Unternehmen mit dem Ziel der Gewinnerhöhung durch Koordination der Marktaktivitäten.<sup>9</sup>

## **I. Entstehungsgrund und Stabilität von Kartellen**

Der Anreiz zur Kartellbildung besteht in der damit einhergehenden Möglichkeit, Marktmacht zu erhöhen und infolge des geringeren

Wettbewerbs gewinnbringend einen höheren als den Wettbewerbspreis setzen zu können.<sup>10</sup> Kollusion bedingt jedoch gewisse strukturelle Marktfaktoren, die gleichzeitig den Anreiz zum Kartellieren<sup>11</sup> erhöhen. Neben der Existenz weniger Unternehmen am betroffenen Markt (z.B. Oligopol) sind hohe Markteintritts- und Austrittsschranken sowie eine geringe Preiselastizität der Nachfrage und ein hoher Grad an Produkthomogenität für die Bildung von Kartellen entscheidend.<sup>12</sup>

### **1. Stabilitätskriterium – inhaltlich**

Führen diese Faktoren zur tatsächlichen Entstehung eines Kartells, steht damit nicht gleichermaßen fest, dass dieses auch stabil ist. Interne Kartellstabilität ist neben externer Stabilität<sup>13</sup> nur dann gegeben, wenn jeder Kartellant bei kollusivem Verhalten einen mindestens genauso hohen Gewinn erzielt wie bei abweichendem Verhalten, also wie außerhalb des Kartells.<sup>14</sup> Ein Kartell ist somit intern stabil, wenn Defektion<sup>15</sup> unprofitabel ist. Zur Ermittlung der diesbezüglichen Voraussetzung im dynamischen Modell wird eine Trigger-Strategie angenommen, welche definiert, dass bei defektierendem Verhalten eines Kartellanten die anderen Kartellbeteiligten in der nächsten Periode durch die Setzung des Wettbewerbspreises reagieren.<sup>16</sup> Folglich treten dann alle Kartellanten in den Folgeperioden als Wettbewerber untereinander auf. Konkreter liegt interne Stabilität demnach vor, wenn der Gewinn bei Kollusion dem bei Defektion mindestens entspricht.<sup>17</sup> Der

<sup>6</sup> Unter Kollusion ist die Koordination oder Absprache von Marktteilnehmern zu verstehen.

<sup>7</sup> Kooperatives Verhalten wird als stillschweigende Kollusion bezeichnet, wenn die Kooperation ohne (schriftliche oder mündliche) Absprachen praktiziert wird. Da derartige paralleles Verhalten unabhängig und lediglich im Zuge einer marktstrategischen Unternehmensentscheidung erfolgt, ist eine Strafbarkeit nicht vorgesehen.

<sup>8</sup> *Olten, Rainer*, Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, 2. Auflage, 1998, S. 116 f.

<sup>9</sup> *Knieps, Günter*, Wettbewerbsökonomie, 3. Auflage, 2008, S. 115.

<sup>10</sup> *Motta, Massimo*, Collusion and Horizontal Agreements, 2004, S. 138–140.

<sup>11</sup> Kartellieren bedeutet, sich zu einem Kartell zusammenzuschließen.

<sup>12</sup> *Motta* (Fn. 10), S. 142–147; *Olten* (Fn. 8), S. 122.

<sup>13</sup> Externe Stabilität setzt voraus, dass Kartellaußenleiter ihren Gewinn durch einen Kartellbeitritt nicht erhöhen können.

<sup>14</sup> *Giesen, Stefan*, Determinanten der Kartellstabilität – eine theoretische und empirische Analyse, 2011, S. 10 f.

<sup>15</sup> Defektion ist das Gegenteil der Kollusion und meint das Unterwandern der Absprache durch Abweichung vom Kollusionspreis.

<sup>16</sup> *Bester, Helmut*, Theorie der Industrieökonomik, 7. Auflage, 2017, S. 150; *Kopf, Jonathan*, Evolution von Kollusion – Experimentelle Evidenz in Kontraktmärkten, 2017, S. 28.

<sup>17</sup> *Bester* (Fn. 16), S. 150.

Kollusionsgewinn setzt sich dabei aus den einzelnen Gewinnen der Perioden bei Kollusion ( $\pi^K$ ) unter Berücksichtigung der Diskontierung<sup>18</sup> zusammen. Der Defektionsgewinn besteht aus dem im Vergleich zu den Kollusionsgewinnen höheren einmaligen Abweichungsgewinn ( $\pi^A$ ) der ersten Periode und den diskontierten Wettbewerbsgewinnen ( $\pi^W$ ) der Folgeperioden.<sup>19</sup>

## 2. Stabilitätskriterium – formal

Formal dargestellt ist zunächst folgende wertmäßige Rangfolge zwischen den einzelnen Gewinnen festzustellen:

$$\pi^A > \pi^K > \pi^W$$

Unter Zugrundelegung der Annahme unendlich vieler Perioden  $t$ , von denen  $t = 0$  die erste Periode bezeichnet, ergibt sich die Anreizbedingung für kollusives Verhalten:

$$\sum_{t=0}^{\infty} \delta^t \pi^K \geq \pi^A + \sum_{t=1}^{\infty} \delta^t \pi^W$$

durch Umformung:

$$\frac{\pi^K}{1 - \delta} \geq \pi^A + \frac{\delta}{1 - \delta} \pi^W$$

Entscheidend für die Stabilität eines Kartells ist folglich, dass der Abweichungsgewinn der ersten Periode das Gewinnminus der darauffolgenden Wettbewerbsgewinne zu den hypothetischen Kollusionsgewinnen nicht überkompensiert. Daraus folgt, dass Kartelle umso stabiler sind, je niedriger der Abweichungsgewinn ausfällt. Von diesem ist der kritische Diskontfaktor abhängig, welcher demjenigen Diskontfaktor entspricht, bei dem der Kollusionsgewinn und der Defektionsgewinn gleich hoch ausfallen. Bei Herleitung aus der obigen Anreizbedingung für kollusives Verhalten ergibt sich für den kritischen Diskontfaktor  $\bar{\delta}$ :

$$\bar{\delta} = \frac{\pi^A - \pi^K}{\pi^A - \pi^W}$$

Nur wenn dieser kleiner als der tatsächliche Diskontfaktor der Kartellanten ist, ergibt sich kollusives Verhalten. Ab einer bestimmten Ausprägung der Präferenz für zukünftige Gewinne wird der kritische Diskontfaktor also übertroffen und Kollusion profitabel. Je größer die Bedeutung ist, die Kartellanten zukünftigen Gewinnen beimessen, desto stabiler ist folglich das Kartell.

## 3. Folgerungen aus dem Stabilitätskriterium

Weitere aus der Anreizbedingung abzuleitende kartellfördernde Faktoren sind somit Preistransparenz, welche überhaupt erst dafür sorgt, dass Defektion aufgedeckt werden kann, sowie hohe Produktionskapazitäten zur Möglichkeit, auf solches Verhalten mit einem Preiskampf sanktionierend zu reagieren. Bestärkend wirkt auch eine konstante Nachfrage ohne externe Schocks, die eine profitable alleinige Abschöpfung der erhöhten Nachfrage durch Abweichung in Aussicht stellen.<sup>20</sup>

Die Entstehung und stabile Existenz eines Kartells hängen zusammengefasst von vielen Markteigenschaften ab, welche je nach Ausprägung ein Kartell ermöglichen, fördern oder in gegenteiliger Weise einer Kollusion entgegenwirken.

## II. Ökonomische Folgenbetrachtung und Bewertung von Kartellen

Kartelle beschränken den Wettbewerb und führen zu höheren Produktpreisen. Durchschnittlich beläuft sich eine durch Kartellabsprachen veranlasste Preiserhöhung auf 15 Prozent.<sup>21</sup> Dies hat in der Gesamtbetrachtung einen erheblichen Schaden für den Verbraucher zur Folge. Zusätzlich wirken sich

<sup>18</sup> Da die Zahlungswirksamkeit der Gewinne in den Folgeperioden in der Zukunft liegt, sind diese Gewinne mit einem Diskontfaktor ( $\delta$ ) herabzusetzen. Der Wert des Faktors bestimmt sich durch die Höhe der Präferenz für zukünftige Gewinne.

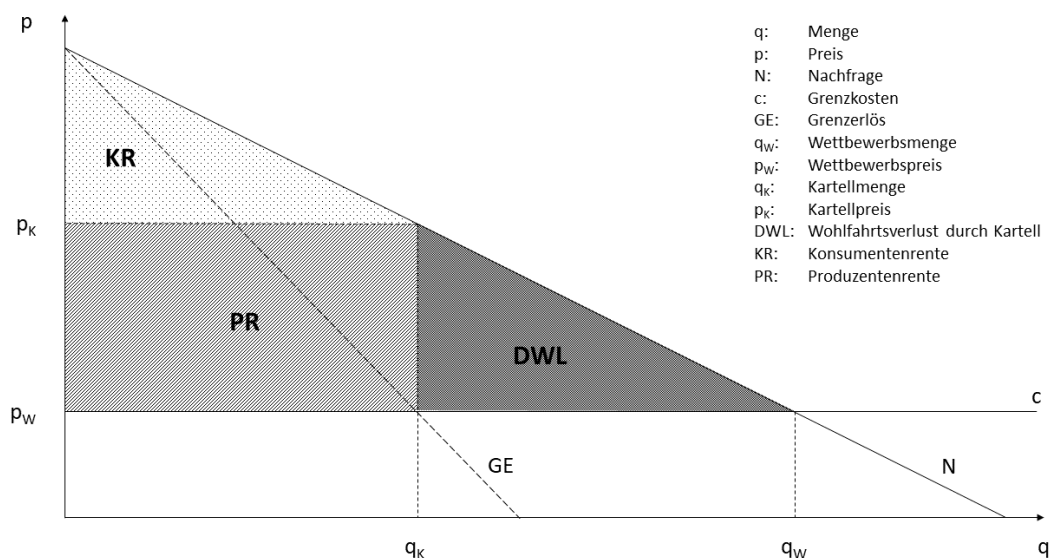
<sup>19</sup> Bester (Fn. 16), S. 150; Motta (Fn. 10), S. 160.

<sup>20</sup> Motta (Fn. 10), S. 142–147.

<sup>21</sup> Bundeskartellamt (Fn. 3), S. 15.

wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen auf die soziale Wohlfahrt<sup>22</sup> und damit auf die gesamte Volkswirtschaft aus. Unter Annahme eines perfekten Kartells<sup>23</sup> entspricht der gesetzte Kartell- bzw. Marktpreis bei Gewinnmaximierung dem Monopolpreis.<sup>24</sup> Um also die wohlfahrtsökonomischen Folgen eines Kartells zu untersuchen, ist die Auswirkung eines gesetzten Monopolpreises auf die Gesamtwirtschaft zu betrachten. Bei anschließender Erläuterung dient die folgende Grafik zur Veranschaulichung:

*Vermögenstransfer und Wohlfahrtsverlust durch ein Kartell<sup>25</sup>*



Die Preiserhöhung durch das Kartell hat zwei in der Abbildung zu erkennende Effekte:

### 1. Preiseffekt

Zum einen haben Konsumenten, die bereit sind, für das Produkt  $p_K$  oder einen höheren Preis zu zahlen, höhere Ausgaben beim Kauf. KR reduziert sich entsprechend. Diesem bereits

aufgezeigten Verbraucherschaden steht ein gleich großer Anstieg des Gewinns der kartellierenden Unternehmen in Form von PR entgegen. Somit handelt es sich lediglich um einen betriebswirtschaftlichen Schaden, da aus volkswirtschaftlicher Perspektive nur ein Vermögenstransfer erfolgt. Dieser Schaden wird Preisüberhöhungsschaden oder auch Preiseffekt des Kartells genannt.<sup>26</sup>

### 2. Mengeneffekt

Wird die Auswirkung auf diejenigen Konsumenten betrachtet, deren Zahlungsbereitschaft zwar  $p_w$  entspricht oder darüber liegt, jedoch

geringer als  $p_K$  ausfällt, ist der zweite Effekt festzustellen. Er besteht darin, dass diese Nachfrager das Produkt nach der Preiserhöhung nicht mehr erwerben. Dies bedeutet einen Rückgang der gesamten Abnahmemenge, was als

<sup>22</sup> Die soziale Wohlfahrt entspricht der volkswirtschaftlichen Rente und stellt die allokativen Effizienz eines Marktes dar. Sie setzt sich aus der Summe der Konsumentenrente und der Produzentenrente zusammen. Die Konsumentenrente eines Individuums ist die Differenz zwischen seiner Zahlungsbereitschaft und dem Marktpreis. Die Produzentenrente eines Unternehmens entspricht seinem Gewinn.

<sup>23</sup> Ein perfektes Kartell umfasst alle Marktanbieter und steht somit einem Monopolisten gleich.

<sup>24</sup> Inderst, Roman/Maier-Rigaud, Frank/Schwalbe, Ulrich, Quantifizierung von Schäden durch Wettbewerbsverstöße, in: Fuchs, Andreas/Weitbrecht, Andreas (Hrsg.), Handbuch der Privaten Kartellrechtsdurchsetzung, 2019, S. 306 (324).

<sup>25</sup> Eigene Darstellung in Anlehnung an Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe, in: Handbuch der Privaten Kartellrechtsdurchsetzung (Fn. 24), S. 306 (312).

<sup>26</sup> Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe, in: Handbuch der Privaten Kartellrechtsdurchsetzung (Fn. 24), S. 306 (313).

Mengeneffekt des Kartells bezeichnet wird.<sup>27</sup> Durch die nicht realisierten Tauschgeschäfte entstehen den betroffenen Nachfragern Nutzen einbußen, welche sich in einem Wohlfahrtsverlust widerspiegeln.<sup>28</sup> Genauer betrachtet schöpft das Kartell bei fehlender Preisdiskriminierung die Nachfrage, der eine Zahlungsbereitschaft zwischen  $p_K$  und  $p_W$  zuzuordnen ist, nicht ab, obwohl in diesem Bereich  $p$  höher als  $c$  ist, diese Tauschgeschäfte also gewinnbringend durchgeführt werden könnten. In Folge des erhöhten Preises kommt es damit im Ergebnis auch zu allokativen Ineffizienzen und einer Schädigung der Gesamtwirtschaft.

### 3. Ausnahmen von der Grundbetrachtung

In Ausnahmefällen kann sich eine Beurteilung der Wohlfahrtsauswirkung eines Kartells wegen weiterer zu berücksichtigender Umstände jedoch durchaus schwierig gestalten. So kann etwa bei einer kosten- und zeitsparenden Kooperation im Bereich Forschung und Entwicklung in Gestalt eines sog. F&E-Kartells je nach Wertung des sozialen Planers der gesellschaftliche Nutzen, den die Kollusion durch die frühere Verfügbarkeit neuer Technologien erzeugt, neben den negativen kartellbedingten Erscheinungen in die ökonomische Betrachtung einfließen.<sup>29</sup>

### 4. Bewertung der Folgen von Kartellen

Bei Außerachtlassen derartiger Ausnahmen ist dennoch festzuhalten, dass mit der Bildung von Kartellen grundsätzlich eine Bereicherung der Kartellanten auf Kosten der Verbraucher und der Gesamtwirtschaft einhergeht. Insbesondere der Wohlfahrtsverlust durch Kartellpreise lässt aus wohlfahrtsökonomischer Sicht nur eine

ablehnende Haltung gegenüber Kartellen zu. Eine Existenzberechtigung ist Kartellen vor dem Hintergrund der Zielerreichung eines wirk-samen Wettbewerbs und effizienten Marktes nach der Wettbewerbstheorie grundsätzlich zu verwehren. Vielmehr ist der Existenz von Kartellen durch wettbewerbspolitische Maßnahmen entgegenzuwirken.

### III. Ökonomische Daseinsberechtigung des Kartellrechts

Nachdem die wirtschaftlichen Ausprägungen von Kartellen näher erläutert wurden, kann nun die legitime Frage nach der ökonomischen Daseinsberechtigung von Kartellrecht beantwortet werden. Das Kartellrecht stellt neben dem Lauterkeitsrecht die zweite Säule des deutschen Wettbewerbsrechts dar und umfasst das Recht zum Schutz des Wettbewerbs als definierendes Element der Wirtschaftsordnung vor Beschränkungen.<sup>30</sup> Es zielt damit auf die Förderung des marktwirtschaftlichen Wettbewerbs zur Sicherung der Gesamtwirtschaft, des Verbraucherschutzes und der volkswirtschaftlichen Stabilität ab, wobei seine Funktion darin liegt, Wettbewerbsbeschränkungen in Gestalt von Kartellen zu verhindern.<sup>31</sup> Dazu bedient es sich dem Kartellverbot, der Missbrauchsaufsicht und der Fusionskontrolle.<sup>32</sup> Aufgrund dieser drei hauptsächlichen Instrumente lässt sich das Rechtsgebiet grob in drei entsprechende Bereiche einteilen. Das Kartellrecht erfüllt seinem Zweck nach die ökonomische Forderung, den dargestellten negativen kartellbedingten Auswirkungen auf Verbraucher und Gesamtwirtschaft entgegenzuwirken. So beläuft sich der geschätzte direkte Verbrauchernutzen der Verfolgung von Hardcore-Kartellen, welche

<sup>27</sup> Haucap, Justus/Stühmeier, Torben, Wie hoch sind durch Kartelle verursachte Schäden: Antworten aus Sicht der Wirtschaftstheorie, WuW 2008, S. 412 (416).

<sup>28</sup> Inderst/Maier-Rigaud/Schwalbe, in: Handbuch der Privaten Kartellrechtsdurchsetzung (Fn. 24), S. 306 (312); Der mit dem Monopolpreis einhergehende Wohlfahrtsverlust wird als Dead Weight Loss (DWL) bezeichnet.

<sup>29</sup> Schrader, Sebastian, Legale Kartelle: Theorie und empirische Evidenz, 2009, S. 122 f.

<sup>30</sup> Raabe, Matthias/Schubmehl, Silvan, Länderbericht Deutschland, in: Schmidt-Kessel, Martin/Schubmehl, Silvan (Hrsg.), Lauterkeitsrecht in Europa: Eine Sammlung von Länderberichten zum Recht gegen unlauteren Wettbewerb, 2011, S. 67 (83).

<sup>31</sup> Volmar, Max/Kranz, Jonas, Einführung ins Kartellrecht, JuS 2018, S. 14.

<sup>32</sup> In dieser Arbeit beschränken sich die Ausführungen zum Kartellrecht aufgrund des begrenzten Umfangs auf die Kartellbekämpfung durch das Kartellverbot.

besonders schwer wiegende Unternehmensabreden über Preise, Quoten, Kunden oder Gebiete darstellen,<sup>33</sup> durch das Bundeskartellamt für den Gesamtzeitraum 2009 bis 2014 auf ungefähr 2,75 Milliarden Euro.<sup>34</sup> Zwar kann abgesehen von der kartellrechtlichen Durchsetzung auf erster Ebene mittels wettbewerbspolitischer Maßnahmen auf verschiedenste Marktfaktoren derart präventiv eingewirkt werden, dass Kollusion unattraktiver und Kartellstabilität gemindert wird. Nichtsdestotrotz ist ein rechtlich relevantes Kartellverbot und dessen praktische Umsetzung für eine vollständige und effektive Kartellbekämpfung zum wirksamen Schutz des Wettbewerbs unabdingbar. In dieser Hinsicht ist Kartellrecht ökonomisch sinnvoll und wird durch die Wettbewerbstheorie legitimiert.

## **C. Kartellrechtsdurchsetzung**

### **I. Begriffsklärung**

Damit sich die Wertungen des geltenden Kartellrechts auch tatsächlich auf die wettbewerbliche Ordnung niederschlagen, bedarf es dessen Verwirklichung durch Umsetzung in die Praxis, der sog. Kartellrechtsdurchsetzung.

Für eine effektive Kartellrechtsdurchsetzung haben sich verschiedenartige Instrumente auf unterschiedlichen Ebenen herausgebildet. Dabei entwickelten sich zwei grundlegende Ausprägungen, die sich zwar hinsichtlich ihrer Zielrichtungen und der handelnden Akteure unterscheiden, jedoch das Ziel der Kartellbekämpfung teilen.

Einerseits hat es sich der Staat als Hüter der Wirtschaftsordnung im Rahmen des Schutzes des volkswirtschaftlichen Gemeinwohls zur Aufgabe gemacht, Wettbewerbsverstöße durch Ermittlungen aufzudecken und zu ahnden, wobei von behördlicher, öffentlicher oder

staatlicher Kartellrechtsdurchsetzung bzw. public enforcement gesprochen wird.<sup>35</sup> Die entsprechend zuständigen Behörden bestimmen sich nach der Kompetenzverteilung des jeweiligen Rechtssystems.

Darüber hinaus haben Kartellgeschädigte den Anreiz, ihren durch das wettbewerbswidrige Verhalten erlittenen, individuellen betriebswirtschaftlichen Schaden auszugleichen. Die Verfolgung dieses Eigeninteresses schlägt sich in Schadensersatzklagen gegen Kartellanten nieder. Dabei geht die Rechtsdurchsetzung nicht von behördlicher Seite, sondern von Privaten in Form der Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber Kartellbeteiligten aus.<sup>36</sup> Die Klagen sind regelmäßig auf den Erhalt von Schadensersatz, die Anordnung zur Unterlassung des rechtswidrigen Verhaltens oder eine Verpflichtung zur Belieferung ausgerichtet.<sup>37</sup> Dieser zivilrechtliche Ausfluss der Durchsetzung von Kartellrecht ist auch als Kartelldeliktsrecht oder -privatrecht sowie private enforcement zu bezeichnen und bildet die private Kartellrechtsdurchsetzung als zweite Form der Kartellrechtsverwirklichung.<sup>38</sup>

### **II. Einfluss des Unionsrechts auf das deutsche Kartellrecht**

Aufgrund des gemeinschaftsrechtlichen Effektivitäts- und Äquivalenzprinzips sowie des Anwendungsvorrangs des EU-Rechts ist das nationale Recht der EU-Mitgliedstaaten in Bereichen, in denen das Unionsrecht Regelungen trifft, von diesem maßgeblich beeinflusst. Wie in vielen anderen Bereichen, zeichnet sich auch auf dem Gebiet des Kartellrechts eine zunehmende europäische Vereinheitlichung durch Unionsrecht ab.

<sup>33</sup> Bundeskartellamt (Fn. 3), S. 5.

<sup>34</sup> Bundeskartellamt (Fn. 3), S. 16.

<sup>35</sup> *Motyka-Mojkowski* (Fn. 3), S. 71.

<sup>36</sup> *Dannecker, Gerhard/Müller, Nadja*, in: Wabnitz, Heinz-Bernd/Janovsky, Thomas/Schmitt, Lothar (Hrsg.), *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 5. Auflage, 2020, § 19 Rn. 329.

<sup>37</sup> Bundeskartellamt, *Private Kartellrechtsdurchsetzung – Stand, Probleme, Perspektiven* (Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 26. September 2005), 2005, S. 2.

<sup>38</sup> *Motyka-Mojkowski* (Fn. 3), S. 101.

Beeinflusst wird das nationale Recht sowohl durch das EU-Primärrecht als auch von Sekundärunionsrecht. Konkret speist sich das EU-Kartellrecht in erster Linie aus den Art. 101 und 102 AEUV sowie zusätzlich aus der konkretisierenden Verordnung (EG) Nr. 1/2003.<sup>39</sup> Es gilt für alle Sachverhalte mit Handel zwischen den Mitgliedstaaten. In Deutschland wird das Unionskartellrecht hauptsächlich im GWB umgesetzt.

Im Ergebnis wirken sich in Deutschland also mit dem deutschen Kartellrecht und dem diesem übergeordneten europäischen Kartellrecht, welches genauso den nationalen Gerichten aufgetragen ist, zwei Rechtskreise aus.<sup>40</sup> Diese kommen je nach räumlicher Reichweite des Sachverhalts zur Geltung. Aufgrund der Tatsache, dass sich beide Rechtsordnungen in ihren kartellrechtlichen Regelungen nahezu vollständig decken, herrscht eine weitgehende Gleichbehandlung der innerdeutschen und grenzüberschreitenden Fälle in Deutschland.<sup>41</sup>

### III. Behördliche Kartellrechtsdurchsetzung

#### 1. Funktionen und Probleme behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung

Die behördliche Durchsetzung von Kartellrecht bezweckt die Förderung des wirtschaftlichen Gemeinwohls, was zugleich die übergeordnete Funktion dieser Ausprägungsform darstellt. Die öffentliche Durchsetzung ist somit danach ausgerichtet, wettbewerbsbeschränkendem Verhalten gezielt vorzubeugen sowie bestehende Verstöße aufzudecken und zu beseitigen. Daraus abgeleitet ergibt sich aus der präventiv gekennzeichneten Androhung von Bußgeldern bei Wettbewerbsverstößen insofern eine Abschreckungsfunktion, als das Androhen einer

Sanktion dem Anreiz zur Kollusion entgegenwirkt. In dieser Hinsicht stellt die staatliche Ahndung von Kartellen einen ökonomisch grundsätzlich positiv zu beurteilenden hemmenden Faktor für Kartellbildung dar. Mit diesem Effekt wird die Aufrechterhaltung des Status quo in Form eines fairen Wettbewerbs bezweckt. In einem fortgeschrittenen Szenario eines durch ein Kartell beschränkten Wettbewerbs dient die repressive Verfolgung, Aufdeckung und Beseitigung des Verstoßes der Wiederherstellung des freien Wettbewerbs und der damit einhergehenden Rückkehr zu einer höheren Wohlfahrt. Dies entspricht einer Stärkung der Gesamtwirtschaft. Neben der präventiven Abschreckungsfunktion ist der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung folglich zudem eine repressive auf die Wiederherstellung eines wirksamen Wettbewerbs abzielende Wirkung zuzuordnen.<sup>42</sup>

Der Erfüllung dieser staatlichen Aufgabe und der damit verbundenen Funktionen begegnet jedoch das Problem der Ressourcenknappheit. Denn die Ressourcen der Kartellbehörden fallen in Relation zu der Anzahl an begangenen Wettbewerbsverstößen sehr begrenzt aus. Dies hat einen Mangel an Kapazitäten zur vollumfänglichen Verfolgung aller etwaigen wettbewerbswidrigen Handlungen zur Folge. Darum beschränkt sich der Fokus der Wettbewerbsbehörden zwangsweise nur auf die kartellrechtlichen Fälle mit großer Bedeutung für das überregionale Marktgeschehen. Diese erfahren bei der Verfolgung eine aufgrund der schwerwiegenderen wirtschaftlichen Folgen ökonomisch legitimierte Priorisierung. Regional eingrenzbare Sachverhalte missbräuchlicher Ausnutzung einer marktbeherrschenden

<sup>39</sup> Meessen, Karl M./Kersting, Christian, Einführung in das europäische und deutsche Kartellrecht, in: Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl M./Riesenkampff, Alexander/Kersting, Christian/Meyer-Lindemann, Hans Jürgen (Hrsg.), Kartellrecht – Kommentar zum Deutschen und Europäischen Recht, 4. Auflage, 2020, Rn. 68–71.

<sup>40</sup> Eilmansberger, Thomas/Kruis, Tobias, in: Streinz, Rudolf (Hrsg.), Kommentar zum EU-Verfassungsrecht, 3. Auflage, 2018, AEUV vor Art. 101 Rn. 8.

<sup>41</sup> Aus diesem Grund wird in den weiteren Ausführungen grundsätzlich keine diesbezügliche Unterscheidung vorgenommen. Vielmehr sind die dargelegten nationalen Regelungen – soweit nicht anders hervorgeht – jeweils so zu verstehen, dass sie auf beide Fälle anwendbar sind und sich lediglich ihre Geltung je nach betroffener Rechtsordnung aus einer anderen Rechtsnorm ergibt.

<sup>42</sup> Bundeskartellamt (Fn. 3), S. 9.

Stellung etwa, die sich teils auf nur ein einzelnes Unternehmen der nachgelagerten Marktebene nachteilig auswirken, finden in der Konsequenz oft keine wesentliche Berücksichtigung.<sup>43</sup>

In dieser Weise schwächt das Ressourcenproblem die Durchsetzung von Kartellrecht durch die Behörden. Die resultierende geringe Entdeckungswahrscheinlichkeit von Wettbewerbsverstößen reduziert die Abschreckungswirkung auf untergeordnet bedeutsamen Markt Bereichen und führt überdies dazu, dass bestehende Beschränkungen aufrechterhalten werden.

## **2. Kronzeugenregelungen**

Als äußerst hilfreich zur Aufdeckung von Kartellen im Rahmen des public enforcement erweisen sich sog. Kronzeugenregelungen, welche von Kartellanten in Anspruch genommen werden können. Bei der Wahrnehmung dieses staatlichen Angebots fungiert der entsprechende Kartellbeteiligte selbst als Informant und belastet damit neben sich die übrigen Kartellmitglieder, wobei ihm als Anreiz ein individueller Vorzug in Form eines Bußgeldentfalls oder einer Bußgeldminderung gewährt wird.<sup>44</sup>

### **a) Wirkrichtungen von Kronzeugenregelungen**

Dennoch sind die Auswirkungen des Kronzeugenprogramms auf die Kartelllandschaft aufgrund der vielschichtigen Wirkungsrichtungen umstritten:

Zunächst ist festzustellen, dass es für Kartellmitglieder durch das Angebot einer Begünstigung attraktiver wird, kollusives Verhalten als Kronzeuge zu beenden und gleichzeitig einen Preiskampf zu starten, der zum Einpendeln des Marktpreises auf Wettbewerbsniveau führt. Dies mutet auf den ersten Blick an, die Kartellstabilität zu senken.

Andererseits gibt es zumindest aus betriebswirtschaftlicher Sicht für einen Kartellanten keinen Grund, vom Kartellpreis zum Wettbewerbspreis überzugehen, da er dadurch seinen Gewinn mindern würde. Gleichzeitig wird jedoch auch ein stillschweigendes Abweichen von der Kartellabsprache, welches sich im höheren Abweichungsgewinn auszahlen würde, durch die Kronzeugenregelung faktisch ausgeschlossen. Denn bei defektierendem Verhalten würde ein anderes Kartellmitglied bei Kenntnis der Defektion sofort sanktionierend mit der Inanspruchnahme des Kronzeugenprogramms reagieren. Aus diesem Blickwinkel betrachtet, wird die Kartellstabilität durch die Kronzeugenregelung gestärkt.<sup>45</sup>

Kronzeugenregelungen haben allerdings bei weiterer Betrachtung eine zusätzliche, ökonomisch negativ zu bewertende Folge, die in einer kontraproduktiven Anreizsetzung liegt. Durch die Bereitstellung des staatlichen Angebots einer Privilegierung wird dem einzelnen Kartellmitglied eine Absicherung bei kollusiver Aktivität gegeben, auf die es nach Abwägung des Sanktionsrisikos mit dem kartellbedingten Gewinnvorteil jederzeit zurückgreifen kann. Dadurch wird das Verlustrisiko bei Kollusion insgesamt reduziert, was den Anreiz der Kartellbildung verstärkt.<sup>46</sup>

Doch auch dieser Effekt kann aus einer anderen Perspektive betrachtet werden. Denn das Wissen darüber, dass ein zukünftiges anderes Kartellmitglied von der Bußgeldminderung Gebrauch machen könnte, kann gleichsam abschreckend in Bezug auf Kollusion wirken.

### **b) Bewertung von Kronzeugenregelungen**

Ob sich das Programm insgesamt kollusionshemmend und damit positiv auf die soziale Wohlfahrt auswirkt, hängt letztlich davon ab, wie stark die gegenläufigen Effekte jeweils

<sup>43</sup> Bundeskartellamt (Fn. 37), S. 3.

<sup>44</sup> Bundeskartellamt (Fn. 3), S. 18.

<sup>45</sup> Müller, Hans Christian, Verbotene Preisabsprachen: Warum Kartelle von Kronzeugen profitieren, 2010, S. 2.

<sup>46</sup> Iding, Jerome, Zu den Anreiz- und Wohlfahrtswirkungen der Kronzeugenregelung – Das Fallbeispiel des LKW-Kartells (1997–2011), 2017, S. 30.



ausgeprägt sind. Nur wenn die negativen Effekte auf die Kartelllandschaft hinter den positiven Auswirkungen zurückbleiben, ist die Kronzeugenregelung ökonomisch zu befürworten. Nach einer Studie der Ökonomen Hinlopen und Onderstal von der Universität Amsterdam führt die Möglichkeit straffreier Selbstanzeigen dazu, dass sich zwar insgesamt weniger Kartelle bilden, bestehende Kartelle jedoch stabilisiert werden.<sup>47</sup> Mit diesem Wissen ist dennoch weder eindeutig festzustellen, dass die Kronzeugenregelung die Gesamtwirtschaft schädigt, noch, dass damit gerade eine Erhöhung der volkswirtschaftlichen Rente einhergeht. Eine klare ökonomische Beurteilung von Kronzeugenregelungen ist daher nicht möglich.

### 3. Behördliche Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland

#### a) Entwicklung

In Deutschland lag der Ursprung des Kartellrechts in der 1923 erlassenen Verordnung gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen, welche zugleich den Beginn der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland markierte.<sup>48</sup> 1958 wurde diese Verordnung sodann durch die Einführung des GWB abgelöst, welches bis heute die hauptsächliche Rechtsquelle von Kartellrecht in Deutschland bildet. Während im Kartellunionsrecht der EU-Kommission die Kompetenz zur behördlichen Verfolgung von Wettbewerbsbeschränkungen zugewiesen ist, wird diese Aufgabe auf nationaler Ebene in Deutschland durch das

Bundeskartellamt und die Landeskartellämter als Wettbewerbsbehörden wahrgenommen.<sup>49</sup>

#### b) Bonusregelung

Aufgrund der Schwierigkeiten bei der Aufdeckung von Kartellen wegen ihrer geheim gehaltenen Abreden wurde auf EU-Ebene 1996 erstmals eine Kronzeugenregelung implementiert,<sup>50</sup> welche regelmäßig angepasst und ausgebaut wurde. Die Kronzeugenregelung der EU wurde im Rahmen des ECN-Kronzeugenregelungsmodells<sup>51</sup> 2006 vorerst zum letzten Mal nochmals wesentlich modifiziert.<sup>52</sup> Eine Kronzeugenregelung für den deutschen Geltungsbereich existiert seit 2000 mit der Einführung der sog. Bonusregelung.<sup>53</sup> Die Vorstellung von der abschreckenden Wirkung der Bonusregelung, die Marktteilnehmer von Kollusion abhalten soll, entspricht der Betrachtungsweise des Bundeskartellamts bei der ökonomischen Begründung und wettbewerbstheoretischen Legitimierung des Kronzeugenprogramms.<sup>54</sup> Auch die deutsche Bonusregelung wurde 2006 im Zuge der europäischen Angleichung an die Vorgaben des ECN-Kronzeugenregelungsmodells angepasst und ist in dieser Form bis heute weitestgehend aktuell.<sup>55</sup> Die Kronzeugenregelungen der beiden Rechtsordnungen unterscheiden sich abgesehen von der Behördenzuständigkeit folglich kaum.

Antragsteller können alle Kartellbeteiligten, also natürliche Personen sowie Unternehmen, sein. Die Begünstigung besteht für einen Kartellanten, der als erstes mit den Behörden

<sup>47</sup> *Hinlopen, Jeroen/Onderstal, Sander*, Going once, going twice, reported! Cartel activity and the effectiveness of antitrust policies in experimental auctions, EER 2014, S. 317 (329).

<sup>48</sup> *Wissenbach, Kai*, Von der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung zum privaten Schadenersatzprozess (Schriften zum Transnationalen Wirtschaftsrecht Band 15), 2010, S. 76–80.

<sup>49</sup> *Volmar/Kranz*, JuS 2018, S. 14.

<sup>50</sup> Mitteilung der Kommission über die Nichtfestsetzung oder die erheblich niedrigere Festsetzung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. 1996 C 207/4.

<sup>51</sup> Das ECN-Kronzeugenregelungsmodell dient der EU-weiten Vereinheitlichung der Voraussetzungen zur

Gewähr einer Kronzeugenrolle bei entsprechender Antragstellung. ECN steht für European Competition Network, ein europaweites Netzwerk zur effektiven Kartellbekämpfung.

<sup>52</sup> Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. 2006 C 298/17.

<sup>53</sup> Bundeskartellamt (Fn. 3), S. 19.

<sup>54</sup> Bundeskartellamt (Fn. 3), S. 9.

<sup>55</sup> Bundeskartellamt, Bekanntmachung über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen – Bonusregelung (Bekanntmachung Nr. 9/2006 vom 07. März 2006), 2006, S. 1–4.

kooperiert und dadurch ein Kartell aufdeckt oder nachweisbar macht, in einem vollständigen Bußgelderlass. Ausgeschlossen ist die Privilegierung, wenn der kooperierende Kartellant alleiniger Kartellführer ist oder andere zur Teilnahme am Kartell gezwungen hat. Für alle anderen Bonusantragsteller kann eine Privilegierung in Form einer Bußgeldreduktion von bis zu 50 Prozent gewährt werden. Dabei richtet sich die Höhe der Reduktion nach dem Zeitpunkt der Antragstellung sowie der Qualität und Relevanz der Kooperation im Hinblick auf die Kartellaufdeckung. Voraussetzung für jede Art der Begünstigung ist eine dauerhafte und uneingeschränkte Zusammenarbeit mit dem Bundeskartellamt.<sup>56</sup>

Dessen Kronzeugenprogramm kommt im Rahmen der staatlichen Kartellbekämpfung in Deutschland eine entscheidende Rolle zu. So werden inzwischen gut die Hälfte aller Kartellverfahren des Bundeskartellamts durch Hinweise von Kronzeugen ausgelöst.<sup>57</sup>

Neben dem Bonusprogramm stehen den Wettbewerbsbehörden jedoch auch weitere Mittel der Kartellrechtsdurchsetzung zur Verfügung. Das 2012 vom Bundeskartellamt eingerichtete anonyme Hinweisgebersystem ermöglicht Hinweise zu Kartellfällen auch von Insidern, die sich vor negativen Konsequenzen der Information fürchten und daher ihre Identität nicht offenlegen.<sup>58</sup> Ein anderes Mittel, welches es dem Bundeskartellamt erlaubt, aktiv gegen Kartelle vorzugehen, ist die sog. Sektoruntersuchung gem. § 32e I GWB. Dabei handelt es sich um ein allgemeines Ermittlungsinstrument, das dazu dient, generelle Informationen über einen bestimmten Wirtschaftssektor zu sammeln, um mögliche Wettbewerbsbeschränkungen im betroffenen Markt aufzudecken.<sup>59</sup>

<sup>56</sup> Bundeskartellamt (Fn. 55), S. 2 Rn. 6.

<sup>57</sup> Bundeskartellamt (Fn. 3), S. 6.

<sup>58</sup> Bundeskartellamt (Fn. 3), S. 6.

<sup>59</sup> *Bach, Albrecht*, in: Körber, Torsten/Schweitzer, Heike/Zimmer, Daniel (Hrsg.), *Immenga/Mestmäcker Wettbewerbsrecht Band 2. GWB – Kommentar zum Deutschen Kartellrecht*, 6. Auflage, 2020, § 32e Rn. 3;

## IV. Private Kartellrechtsdurchsetzung

### 1. Funktionen privater Kartellrechtsdurchsetzung

Die private Kartellrechtsdurchsetzung stellt aufgrund der Initiative von einzelnen betroffenen Klägern nicht das allgemeine Interesse der Förderung eines fairen Wettbewerbs in den Vordergrund, sondern vielmehr das Verfolgen von Eigeninteressen Privater an der Geltendmachung von subjektiven Rechten. Darüber hinaus besteht für Verbraucher ein Anreiz zur Aufdeckung von Kartellen, soweit dadurch eine Preissenkung oder allgemein die Aufhebung einer Wettbewerbseinschränkung erwartet wird. Damit würde der kartellbedingte, betriebswirtschaftliche Verbraucherschaden beseitigt.<sup>60</sup> Aufgrund der individuellen Motivation wird das private enforcement also durch Anreize Geschädigter vorangetrieben und erfüllt in dieser Hinsicht primär auch private Funktionen. Zudem trägt das Kartellprivatrecht zwangsläufig und mitunter auch ohne Intention der privaten Akteure wesentlich zum Gesamtsystem der Kartellbekämpfung bei. Die Aufgabenerfüllung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung ist folglich zweiteilig.

#### a) Ausgleichsfunktion

Ausgangspunkt der privaten Kartellrechtsdurchsetzung ist der Gedanke der Eigeninitiative geschädigter Privater. Dem Geschädigten müssen demnach ein eigennütziger Grund und eine Möglichkeit zum Vorgehen gegen Kartellanten verliehen werden. Erst durch einen individuellen Anreiz kommt dieser Art der Kartellbekämpfung praktische Bedeutung zu. Denn ohne einen direkten Nutzen des Privaten hat dieser keinen Anlass, gegen kartellrechtswidriges Verhalten vorzugehen. Der privaten

Aufgrund der geringen Praxisrelevanz dieser Durchsetzungsinstrumente im Vergleich zur Bonusregelung erfahren sie in dieser Arbeit keine nähere Betrachtung.

<sup>60</sup> *Beschorner, Patrick F.E./Hüschelrath, Kai*, *Ökonomische Aspekte der privaten Durchsetzung des Kartellrechts (ZEW Diskussionspapier 09-075)*, 2009, S. 1.

Kartellrechtsdurchsetzung ist folglich eine am Individuum orientierte Ausgleichsfunktion immanent. Der geschädigte Einzelne kann durch die gerichtliche Geltendmachung seiner Rechte der persönlichen Beeinträchtigung etwa durch eine Schadensersatz- oder Unterlassungsklage entgegenwirken.<sup>61</sup> Ökonomisch betrachtet wird hierdurch der aus dem kartellierten Preis resultierende Vermögenstransfer von den Nachfragern zum Kartell wieder umgekehrt, indem dem Verbraucher eine Kompensationszahlung zukommt.

### **b) Ergänzung der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung**

Die zivilrechtliche Durchsetzung von Kartellrecht dient im Gesamtsystem der Kartellbekämpfung in vielerlei Hinsicht auch der Ergänzung der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung:

Das Problem der Ressourcenknappheit der Wettbewerbsbehörden wird zumindest teilweise durch das private enforcement entschärft. So hat in kleineren Fällen von Wettbewerbsbeschränkung der einzelne Geschädigte, den auch ein im volkswirtschaftlichen Gesamtbild klein wirkender Schaden existenziell bedrohen kann, nicht selten Anlass oder sogar Not, gegen das entsprechende Kartell vorzugehen. Folglich wird die Erfassung der Kartellrechtsverstöße im Wege der privaten Kartellrechtsdurchsetzung auf räumlich als auch wertmäßig kleinere Fälle ausgeweitet. Insofern erfolgt eine Entlastung der Behörden durch das Kartelldeliktsrecht.<sup>62</sup> Überdies bleiben die Kartellbehörden im Rahmen des Zivilrechtswegs nicht außer Acht. Vielmehr werden sie in kartellrechtlichen Zivilprozessen von den Gerichten benachrichtigt und am Verfahren beteiligt. Durch diese Kooperationen erhalten die Behörden Informationen über das Vorliegen etwaiger wettbewerbswidriger

Vorgänge, was Anlass, Grundlage und Förderung behördlicher Ermittlungen sein kann. In dieser Weise wird das public enforcement in seiner Effektivität unterstützt.<sup>63</sup>

Weiterhin fördert die private Durchsetzung zuletzt auch die bezweckte Abschreckungsfunktion der behördlichen Kartellverfolgung. Dass Kartellanten einer potentiell doppelseitigen Sanktion in Gestalt einer Bußgeldanordnung und der zusätzlichen Verurteilung zum Schadensersatz durch Zivilgerichte ausgesetzt werden, führt zu einer weiteren Hemmung des Anreizes zur Kollusion. Neben der Förderung eines individuellen, betriebswirtschaftlichen Schadensausgleichs stärkt die private Kartellrechtsdurchsetzung damit mittelbar auch die Gesamtwirtschaft.<sup>64</sup>

Des Weiteren wird mit der privaten Komponente der Kartellrechtsdurchsetzung dem Einzelnen die Chance gegeben, für die Verwirklichung des geltenden Rechts einzutreten. Die Durchsetzung eines Anspruchs gegen einen Kartellanten vor den Zivilgerichten macht deutlich, dass auch ein Privater strukturell angelegtem kartellrechtswidrigem Verhalten nicht machtlos gegenübersteht, sondern die Beseitigung von Wettbewerbsverstößen als Einzelner einleiten kann. Dabei wird die Unvereinbarkeit derartiger Verstöße mit der Wirtschafts- und Rechtsordnung hervorgehoben und aufgezeigt, dass sich der Rechtsstaat gegen wettbewerbsbeschränkendes Verhalten stellt und hierfür wirksame Mittel bereitstellt. Dem freien Markt wird damit eine hohe Bedeutung beigemessen, was zu einer Stärkung der Wettbewerbskultur führt. Somit fördert das Kartelldeliktsrecht in letzter Konsequenz auch das gesamtgesellschaftliche Bewusstsein der Geltung und Wahrung der Wirtschaftsordnung.<sup>65</sup>

<sup>61</sup> Bundeskartellamt (Fn. 37), S. 2.

<sup>62</sup> Bundeskartellamt (Fn. 37), S. 3.

<sup>63</sup> Schmidt, Karsten, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 60), § 90 Rn. 1.

<sup>64</sup> Krüger, Hans-Wilhelm, Öffentliche und private Durchsetzung des Kartellverbots von Art. 81 EG, 2007, S. 214.

<sup>65</sup> Bundeskartellamt (Fn. 37), S. 4.

## 2. Rechtliche Herausforderungen privater Kartellrechtsdurchsetzung

Mit der gerichtlichen Geltendmachung des jeweiligen Anspruchs des Kartellgeschädigten gehen einige Herausforderungen und Schwierigkeiten rechtlicher Natur einher.

### a) Materiell-rechtliche Herausforderungen

Wird ein Produkt zu einem kartellbedingt erhöhten Preis veräußert, ist in materiell-rechtlicher Hinsicht fraglich, ob dem Erwerber auch dann ein zu ersetzender Schaden entstanden ist, wenn er den Preisaufschlag wiederum auf seine Abnehmer der nächsten Marktebene weitergegeben hat und dadurch letztendlich nicht durch das Kartell geschädigt wird. Im Falle einer derartigen Schadensabwälzung, die auch als passing-on bezeichnet wird, kommt in Betracht, diesen Umstand defensiv als Einwand des beklagten Kartellmitglieds bei der Schadensfeststellung zuzulassen.<sup>66</sup> Eine solche Einrede wird dementsprechend auch als Schadensabwälzungseinrede oder passing-on defense bezeichnet.<sup>67</sup> Diese wird je nach Rechtsordnung abgelehnt oder anerkannt. Bei Anerkennung ist es nur konsequent, daraus gleichzeitig eine offensive Geltendmachung als zumindest mögliche Anspruchsberechtigung mittelbarer Abnehmer, die auf letzter Ebene den Schaden tatsächlich tragen, herzuleiten.<sup>68</sup> Wird passing-on also in beidseitiger Betrachtung als rechtlich relevant erachtet und findet so Berücksichtigung bei der Schadensfeststellung, werden die Rechte mittelbarer Abnehmer zu Lasten der unmittelbaren Abnehmer gestärkt.<sup>69</sup>

Ist bei einem Wirtschaftssubjekt ein bestehender Schaden dem Grunde nach entstanden, ist dieser weiterhin betragsmäßig festzustellen. Grundsätzlich basiert die Berechnung des

kartellbedingten Schadens auf einem Vergleich des festgestellten Kartellpreises mit dem hypothetischen Wettbewerbspreis. Dessen Ermittlung wiederum ist einer gewissen Komplexität unterworfen und erfordert daher eine ökonomisch fundierte Berechnungsmethode. Bei der näheren Auswahl eines konkreten Verfahrens der Schadensermittlung kommen einige Methoden in Betracht.<sup>70</sup> Die Simulationsmethode versucht, den hypothetischen Wettbewerbspreis unmittelbar auf dem betroffenen Markt herzuleiten, was den Vorteil einer zutreffenden Marktstruktur mit sich bringt.<sup>71</sup> Nachteil hierbei ist jedoch, dass die ökonomische Modellierung eines Marktes komplex und datenintensiv ausfällt und deswegen in der Praxis häufig nicht zu bewerkstelligen ist.<sup>72</sup> Diesen Schwachpunkt beseitigt die Vergleichsmarktmethode durch die Herleitung des Wettbewerbspreises über eine Schätzung auf einem Vergleichsmarkt.<sup>73</sup> Noch einfacher gestaltet sich die Kostenmethode, die die Wettbewerbsstruktur ungeachtet lässt und nur kostenrechnerisch zu einem Ergebnis gelangt.<sup>74</sup>

Zu beachten ist dabei, dass mit zunehmender Vereinfachung des Modells in der Regel auch die Validität der ökonomischen Methode abnimmt. Folglich muss bei der betragsmäßigen Schadensermittlung eine Auswahlentscheidung durch Abwägung zwischen Aufwand bzw. Komplexität und Ergebnisgenauigkeit getroffen werden. Aufgrund der rechtlichen Relevanz erscheint die Frage, nach welcher ökonomischen Methode der kartellbedingte Schaden im Rahmen von Schadensersatzklagen zu ermitteln ist, in ihrer Bedeutung nicht unerheblich. Aus der von Bolotova und Connor durchgeführten Meta-Analyse von Untersuchungen zu kartellbedingten Schäden ging jedoch hervor, dass die

<sup>66</sup> Mestmäcker, Ernst-Joachim/Schweitzer, Heike, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, 2014, § 23 Rn. 52.

<sup>67</sup> Bundeskartellamt (Fn. 37), S. 10.

<sup>68</sup> Bergmann, Helmut/Fiedler, Lilly, Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer und Passing-on defense: Private Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland, BB 2012, S. 206 (207).

<sup>69</sup> Dose, Michael, Die 9. GWB-Novelle und der Verbraucherschutz, VuR 2017, S. 297 (300).

<sup>70</sup> Bundeskartellamt (Fn. 37), S. 21 f.

<sup>71</sup> Bundeskartellamt (Fn. 37), S. 23 f.

<sup>72</sup> Bundeskartellamt (Fn. 37), S. 24.

<sup>73</sup> Bundeskartellamt (Fn. 37), S. 22 f.

<sup>74</sup> Bundeskartellamt (Fn. 37), S. 23.

Anwendung einer bestimmten Berechnungsmethode keinen signifikanten Einfluss auf den ermittelten Wettbewerbspreis hat.<sup>75</sup>

### **b) Prozessuale Herausforderungen**

Was die Gestaltung des zivilrechtlichen Kartellverfahrens angeht, ist eine rechtspolitische Entscheidung darüber zu treffen, wie die Darlegungs- und Beweislast bzgl. des Kartellschadens auf Kartellanten und Geschädigten verteilt wird. Auch hinsichtlich der Schadensabwälzung ist jeweils für defensive und offensive Verwendung die normative Frage zu beantworten, ob die Weiterwälzung nachzuweisen ist oder vermutet wird.

Ein weiterer Diskussionspunkt im Rahmen des Kartellprozessrechts betrifft die Offenlegung von Beweismitteln. Dabei geht es um die Reichweite der Offenlegungspflichten von beklagten Kartellanten vor dem Hintergrund der Abwägung mit dem unternehmerischen Geheimhaltungsinteresse. Bei breiter Offenlegungspflicht werden Kartelle weiteren Untersuchungen behördlicher Seite ausgesetzt, wodurch die Kartellbekämpfung beschleunigt wird. Jedoch ist auch zu beachten, dass mit dem Umfang der Offenlegung die Gefahr von Ausforschungen zunimmt, die über den Zweck des Beweisens ungerechtfertigterweise hinausgehen und daher zu verhindern sind.<sup>76</sup> Grundsätzlich trifft den Kläger die Obliegenheit, den Kartellverstoß nachzuweisen. Daher ist der geschädigte Anspruchsteller insbesondere wegen der bestehenden Informationsasymmetrie zwischen den Parteien zu einem gewissen Maß auf Beweismittel angewiesen, die nur durch Offenlegung der Gegenseite zu erlangen sind.<sup>77</sup> Zur Förderung einer wirksamen privatrechtlichen Kartellbekämpfung ist folglich eine zumindest

grundlegende Offenlegungspflicht des aufgrund von Tatsachen verdächtigten Schädigers erforderlich.

### **3. Private Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland**

Nachdem in Deutschland die behördliche Kartellrechtsdurchsetzung bereits Jahrzehnte festen Bestand hatte, kam erst mit der Jahrtausendwende die Entwicklung einer Kartellrechtsdurchsetzung auf privater Ebene auf. Das private enforcement gewann seitdem an Bedeutung, was zu einem inzwischen doppelspurigen Durchsetzungsregime mit staatlicher und privater Ausprägung führte.

#### **a) Ursprung: *Courage* (EuGH)**

Entscheidender Ausgangspunkt der privaten Kartellrechtsdurchsetzung war die *Courage*-Entscheidung<sup>78</sup> des EuGH im Jahr 2001. In dieser legte der Gerichtshof dar, dass jeder, der durch ein Kartell geschädigt wurde, von den Kartellbeteiligten Schadensersatz vor den nationalen Gerichten verlangen kann.<sup>79</sup> Dadurch wurde in der EU erstmalig die Möglichkeit einer privaten Kartellschadensersatzklage vor den nationalen Zivilgerichten geschaffen.<sup>80</sup> 2005 wurde das deutsche Kartellrecht mit der 7. GWB-Novelle dementsprechend geändert und weitestgehend an das EU-Kartellrecht, insbesondere an die Verordnung (EG) Nr. 1/2003 aus dem Jahr 2002 angeglichen.<sup>81</sup> Damit wurde die Stellung Privater bei der Kartellrechtsdurchsetzung maßgeblich gestärkt. So konnte nun jeder Betroffene Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche gegen Kartellmitglieder ohne

<sup>75</sup> *Bolotova, Yuliya/Connor, John M., Cartel Overcharges: Survey and Meta-Analysis, IJIO 2006, S. 1109 (1134).*

<sup>76</sup> *Janssen, CB 2015, S. 35 (37).*

<sup>77</sup> *Janssen, CB 2015, S. 35 (36).*

<sup>78</sup> *EuGH v. 20.09.2001 – C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 – Courage.*

<sup>79</sup> *EuGH v. 20.09.2001 – C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 26 – Courage.*

<sup>80</sup> *Heymann, Tigran/Zenke, Ines, Mutter Courage und ihre Kinder: Schadensersatz im Kartellrecht nach dem BGH, 2011, S. 1.*

<sup>81</sup> *Wagner-von Papp, Florian, Das GWB nach der 7. Novelle, JA 2006, S. 147.*

Schutzgesetzfordernis<sup>82</sup> geltend machen.<sup>83</sup> Auch wurde mit § 33b GWB eine Bindungswirkung von Entscheidungen der EU-Kommission sowie aller mitgliedstaatlichen Kartellbehörden im deutschen Zivilprozess normiert. Demnach dürfen die Gerichte von einer Feststellung eines Kartellverstoßes nach europäischem Recht nicht abweichen. Diese Regelung fördert vor allem private Klagen, die nach Abschluss eines kartellbezogenen Verwaltungsverfahrens erhoben werden. Derartige Klagen werden als Folgeklagen oder Follow-on-Klagen bezeichnet und bilden das Gegenteil zu sog. Stand-alone-Klagen, welche ohne vorherige Behördenentscheidung geführt und auf private Nachforschungen gestützt werden.<sup>84</sup>

#### **b) Fortentwicklung: ORWI (BGH)**

Die Entwicklung der Öffnung des Kartellrechts für Private setzte der BGH in Deutschland mit seiner ORWI-Entscheidung<sup>85</sup> 2011 fort. Darin urteilte er, dass auch indirekte Abnehmer eines Kartells klagebefugt sind, wenn sie durch das kartellrechtswidrige Verhalten einen Schaden erlitten haben.<sup>86</sup> Um im Falle einer Weiterwälzung der kartellierten Preiserhöhung eine doppelte Inanspruchnahme von Kartellanten zu verhindern, wurde im gleichen Zug die Möglichkeit der Schadensabwälzungseinrede eines beklagten Kartellmitglieds anerkannt.<sup>87</sup> Dadurch wird zudem eine Überkompensation der direkten Abnehmer ausgeschlossen, die der Ausgleichsfunktion des deutschen Schadensersatzrechts widerspricht.

<sup>82</sup> *Weiß, Wolfgang*, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), *Kommentar zum EU-Verfassungsrecht*, 5. Auflage, 2016, AEUV Art. 101 Rn. 151; Nach dem zuvor geltenden Schutzgesetzfordernis musste der Betroffene gezielt geschädigt werden, um anspruchsberechtigt zu sein.

<sup>83</sup> Monopolkommission, *Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle (Sondergutachten 41)*, 2004, S. 4.

<sup>84</sup> *Hölzel, Norman*, *Kartellrechtlicher Individualrechtsschutz im Umbruch – neue Impulse durch Grünbuch und Zementkartell (Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht Heft 65)*, 2007, S. 23.

<sup>85</sup> *BGH v. 28.06.2011 – KZR75/10*.

<sup>86</sup> *BGH v. 28.06.2011 – KZR75/10, Rn. 40*.

#### **c) Modifizierung und heutige Regelung**

Später wurde das europäische Kartelldeliktsrecht durch die EU-Kartellschadensersatzrichtlinie 2014/104/EU nochmals modifiziert. Auf deutscher Ebene wurde die Richtlinie 2017 mit der 9. Novellierung des GWB umgesetzt.<sup>88</sup> Die Abwandlung bezweckte eine Förderung und den Ausbau der privaten Kartellrechtsdurchsetzung.<sup>89</sup> Dabei wurde mit § 33a II 1 GWB die widerlegliche Vermutung eingeführt, dass ein Kartell einen Schaden hervorruft.<sup>90</sup> Somit genügt es grundsätzlich zur Schadensbegründung, wenn der Kläger einen Kartellrechtsverstoß nachweist, während der Beklagte zur Entkräftung einen Beweis des Gegenteils erbringen muss.<sup>91</sup> In Weiterführung der Rechtsprechung des BGH wurde in § 33c I GWB die Schadensabwälzungseinrede für beklagte Kartellanten gesetzlich verankert. Demnach ist gem. § 33c I 1 GWB ein Schaden zwar nicht schon bei bloßer Weiterveräußerung ausgeschlossen, jedoch kommt es bei Weitergabe des Preisaufschlags vom unmittelbaren Abnehmer an die mittelbaren Abnehmer nach § 33c I 2 GWB zu einem Schadensausgleich. Die diesbezügliche Beweislast trifft den Beklagten. Er kann die Einrede somit nur dann geltend machen, wenn er anhand der Marktverhältnisse und -variablen auf dem betroffenen Absatzmarkt plausibel vorträgt, dass eine Weitergabe der Preiserhöhung ernsthaft in Betracht kommt und darüber hinaus dem unmittelbaren Abnehmer auch kein Nachteil insbesondere in Form eines die

<sup>87</sup> *BGH v. 28.06.2011 – KZR75/10, Rn. 57*.

<sup>88</sup> *Fritzsche, Alexander/Klöppner, Carsten/Schmidt, Miriam*, *Die Praxis der privaten Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland – Teil 1: Aspekte des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs*, NZKart 2016, S. 412.

<sup>89</sup> Monopolkommission, *Referentenentwurf zur 9. GWB-Novelle*, 2016, S. 18; *Conrad, Isabell/Licht, Susanne*, in: Auer-Reinsdorff, Astrid/Conrad, Isabell (Hrsg.), *Handbuch IT- und Datenschutzrecht*, 3. Auflage, 2019, § 39 Rn. 25.

<sup>90</sup> *Ollerdißfen, Hartwig*, in: Wiedemann, Gerhard (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 4. Auflage, 2020, § 62 Rn. 21.

<sup>91</sup> *Ollerdißfen, Hartwig*, in: Wiedemann, Gerhard (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 4. Auflage, 2020, § 62 Rn. 22.

weitergegebene Preiserhöhung negierenden Nachfragerückgangs entsteht.<sup>92</sup> Diese Glaubhaftmachung kann beklagten Kartellanten in der Praxis aufgrund des hohen Informationsaufwands nur schwer gelingen. Kontrastierend zu dieser Beweislast wird gem. § 33c II GWB im Rahmen der Anspruchsberechtigung eines mittelbaren Abnehmers zu dessen Gunsten eine Schadensabwälzung auf diesen und damit ein bei ihm eingetretener Schaden widerleglich vermutet, wenn der Rechtsverletzer einen Kartellrechtsverstoß begangen hat, der Verstoß einen Preisaufschlag für den unmittelbaren Abnehmer zur Folge hatte und der mittelbare Abnehmer zumindest mittelbar betroffene Produkte erworben hat. Nur durch Glaubhaftmachung der fehlenden oder nicht vollständigen Weitergabe des Preisaufschlags kann die Vermutung vom Beklagten widerlegt werden, § 33c III GWB. Auch wurde mit der Novellierung in § 33g I GWB ein Anspruch des Geschädigten auf Offenlegung relevanter Akten bei ausreichender Bezeichnung normiert. Anspruchsgrundlage für Schadensersatz bei einem Verstoß gegen deutsches oder europäisches Kartellrecht ist seit der Neufassung § 33a I GWB i.V.m. § 33 I GWB und ggf. Art. 101 oder 102 AEUV.

#### **V. Konflikt und Verhältnis zwischen behördlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung**

Trotz des gemeinsamen Ziels der Kartellbekämpfung und der beidseitigen Ergänzung besteht ein in seinem Ursprung unabdingbarer Konflikt zwischen behördlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung, der darin besteht, dass mit Stärkung des private enforcement die

Effektivität des public enforcement gemindert wird.

#### **1. Konfliktverhältnis**

Zwar führen in Aussicht gestellte Schadensersatzzahlungen in ihrer Drohwirkung dazu, dass weniger Kartelle entstehen, jedoch schrecken sie gleichzeitig davor ab, ein bestehendes Kartell als Kronzeuge preiszugeben.<sup>93</sup> Vor allem weil die Kompensationszahlungen das Bußgeld in seiner Höhe nicht selten um ein Vielfaches übersteigen, konterkariert die Klagemöglichkeit Geschädigter den durch die versprochene Begünstigung gesetzten Anreiz zur Kooperation.<sup>94</sup> Die Attraktivität von Kronzeugenregelungen wird zudem gemindert, wenn die Einsichtnahme von Ermittlungsakten der Wettbewerbsbehörden und insbesondere von Kronzeugenerklärungen für Private bei der Vorbereitung ihrer Schadensersatzklagen möglich ist.<sup>95</sup> Denn dann würden sich die Kronzeugen durch ihre im Zuge der Kooperation preisgegebenen Informationen einer höheren Erfolgchance privater Klagen aussetzen und sich damit letztlich selbst schädigen. Zu beachten ist, dass die Wettbewerbsbehörden bei ihren Ermittlungen bedeutend auf Kronzeugen angewiesen sind, bei mangelnder Kooperation also weniger effektiv sind.<sup>96</sup> Weil Private aufgrund der erheblichen Informationsasymmetrie zwischen Verbraucher und intern agierenden Unternehmen kaum imstande sind, kollusives Verhalten nachzuweisen, hängt die Klageerhebung Geschädigter wiederum maßgeblich vom Erfolg der behördlichen Ermittlungen ab.<sup>97</sup> Im Ergebnis wirkt sich der von den drohenden Kompensationszahlungen ausgehende Effekt durch eine Rückkopplung auf das private

<sup>92</sup> *BGH v.* 28.06.2011 – KZR75/10, Rn. 69.

<sup>93</sup> *Balling, Sophie*, Kronzeugen im Kartellrecht – Spannungsverhältnis der Kronzeugenprivilegierung, *BLJ* 2020, S. 104 (106 f.).

<sup>94</sup> *Makatsch*, *NZKart* 2019, S. 103.

<sup>95</sup> *Schröter, Helmuth/van der Hout, Robin*, in: von der Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht – Kommentar zum EU-Verfassungsrecht*, 7. Auflage, 2015, AEUV Art. 101

Rn. 233; *Nowak, Carsten*, Richtlinien vorschlag der Europäischen Kommission zur Stärkung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung sowie zur Optimierung der Interaktion zwischen behördlicher und privater Durchsetzung des EU-Kartellrechts, *ZVertriebsR* 2013, S. 376 (377).

<sup>96</sup> Bundeskartellamt (Fn. 3), S. 19.

<sup>97</sup> *Balling*, *BLJ* 2020, S. 104 (105 f.); *Janssen*, *CB* 2015, S. 35 (36).

enforcement selbst negativ aus. Eine geminderte Attraktivität der Kronzeugenregelung führt zusammengefasst also zu einer Lähmung der behördlichen Kartellbekämpfung und so dann zu einer gedämpften Klageaktivität Privater. Damit würde die Kartellbekämpfung erheblich beeinträchtigt, womit insgesamt eine Schwächung des Wettbewerbs auf Kosten der gesamten Volkswirtschaft einhergeht. Dies stellt gerade das Gegenteil der angestrebten Förderung eines wirksamen, die gesamtwirtschaftliche Rente aufrechterhaltenden Wettbewerbs dar.

## 2. Konfliktlösung

Um dennoch die bezweckte Wirkung des Durchsetzungssystems zu erreichen, ist die beschriebene Wechselwirkung zwischen den Durchsetzungsformen aufzulösen. Das gelingt durch eine weitestmögliche Abschwächung der negativen Folgen, die Kronzeugen nach ihrer Kooperation durch Follow-on-Klagen erleiden. Hierzu kann etwa die Verwendung von Kronzeugenerklärungen als Beweismittel im zivilrechtlichen Verfahren eingeschränkt oder dem Kronzeugen eine Haftungsprivilegierung gewährt werden.<sup>98</sup> Nur durch solche Bemühungen zur Optimierung der Interaktion der beiden Durchsetzungssysteme lässt sich ihre Effektivität sicherstellen.

## 3. Kritische Betrachtung des zweiseitigen Durchsetzungssystems

Vor dem Hintergrund dieses Konflikts kommt die Frage auf, ob ein zweiseitiges System der Kartellrechtsdurchsetzung bei derartigen Spannungen überhaupt Sinn macht oder die alleinige

Anwendung einer Durchsetzungsform zielführender ist. Immerhin erscheint es nicht völlig abwegig, dass beide Durchsetzungsregime trotz ihrer auf eine Stärkung der Gesamtwirtschaft abzielenden Konzeption in ihrer parallelen Existenz die soziale Wohlfahrt im Vergleich zu einem einspurigen System schwächen können. Aufschluss darüber geben die Ergebnisse einer Studie von McAfee, Hugo M. Mialon und Sue H. Mialon, in der unter anderem die Auswirkungen eines alleinigen public enforcement bzw. private enforcement und eines Kombinationssystems auf die soziale Wohlfahrt verglichen wurden:<sup>99</sup>

Die soziale Wohlfahrt bei alleinigem private enforcement ist im Falle hoher Prozesskosten bzw. geringen Klageanreizes kleiner als bei alleinigem public enforcement oder einer Kombination beider Formen, während bei niedrigen Prozesskosten bzw. hohem Klageanreiz bei der Auswahl zwischen alleinigem private enforcement und einer Kombination hinsichtlich der sozialen Wohlfahrt Indifferenz gegeben ist, so dass ein alleiniges private enforcement in keinem Fall einem kombinierten System vorzuziehen ist.<sup>100</sup> Außerdem bewirkt die zusätzliche Implementierung eines private enforcement zum public enforcement stets eine Verbesserung der sozialen Wohlfahrt, wenn die Zivilgerichte in Kartellrechtsfällen ausreichend häufig ein richtiges Urteil fällen.<sup>101</sup> Entscheiden die Gerichte zu häufig falsch, setzt eine Wohlfahrtssteigerung durch parallele Existenz der Durchsetzungsformen voraus, dass die staatliche Durchsetzung der Kartellbehörden ausreichend ineffizient ist und die legitimen Klagen die strategischen Klagen<sup>102</sup> überwiegen.<sup>103</sup> Die

<sup>98</sup> Reichert, Roland/Walther, Bianca, Die besonderen Regelungen für Kronzeugen im Rahmen der Richtlinie 2014/104/EU, GPR 2015, S. 120 (120–129).

<sup>99</sup> McAfee, R. Preston/Mialon, Hugo M./Mialon, Sue H., Private v. public antitrust enforcement: A strategic analysis, PubEc 2008, S. 1863.

<sup>100</sup> McAfee/Mialon, Hugo M./Mialon, Sue H., PubEc 2008, S. 1863 (1864).

<sup>101</sup> McAfee/Mialon, Hugo M./Mialon, Sue H., PubEc 2008, S. 1863 (1864); Richtig zu urteilen bedeutet dabei, einen

Schadensersatzanspruch ausschließlich und stets im Falle eines Kartellrechtsverstoßes zu gewähren.

<sup>102</sup> Legitime Klagen richten sich gegen einen tatsächlichen Kartellrechtsverstoß. Dagegen sind strategische Klagen solche, die zur Verbesserung der eigenen Marktstellung bzw. zur Schädigung anderer Marktteilnehmer gegen legale effiziente Marktaktivitäten von Rivalen gerichtet werden und daher nur bei einer falschen Gerichtsentscheidung erfolgreich sind.

<sup>103</sup> McAfee/Mialon, Hugo M./Mialon, Sue H., PubEc 2008, S. 1863 (1864).



Vorzugswürdigkeit eines Kombinationssystems gegenüber alleinigem public enforcement ist also zunächst von der Richtigkeitsquote der Gerichtsentscheidungen abhängig, welche zumindest in Deutschland aufgrund der komplexen Beweisanforderungen in Kartellrechtsprozessen als ausreichend hoch zu erachten ist.

Ohne Berücksichtigung des entstehenden Konflikts ist somit aus wohlfahrtsökonomischer Sicht eine parallele Existenz der Durchsetzungsregime in Deutschland aufgrund der theoretischen Überlegenheit gegenüber einem einspurigen Durchsetzungssystem anzustreben. Dennoch bleibt dabei zu beachten, dass die Vorteilhaftigkeit durch die Problematik der Kronzeugenregelung zunichtegemacht werden kann. Die Spannungen zwischen den beiden Ausprägungen aufzuheben, ist darum für die Vorzugswürdigkeit der kombinatorischen Ausgestaltung essenzielle Bedingung.

## VI. Systemvergleich: Deutschland vs. USA

In den USA hat die Kartellrechtsdurchsetzung als Gegenstand des dortigen Wettbewerbsrechts<sup>104</sup> seit dem Sherman Antitrust Act von 1890 eine lange Tradition und ist im wettbewerbsrechtlichen Gesamtsystem insbesondere in Form des private enforcement fester verankert als es im europäischen Raum der Fall ist.<sup>105</sup> Weil die Ausgestaltung der US-amerikanischen Kartellrechtsdurchsetzung bereits einen langen Reifeprozess durchlaufen hat, eignet sich das dortige System in lohnenswerter Weise zum strukturellen Vergleich mit der Umsetzung in Deutschland.<sup>106</sup>

<sup>104</sup> Das Wettbewerbsrecht in den USA wird als competition law oder antitrust law (deutsch: Antitrustrecht) bezeichnet.

<sup>105</sup> Bundeskartellamt (Fn. 37), S. 15.

<sup>106</sup> Weinhold, Janine, Der Gesamtschuldnerausgleich zwischen den Kartellmitgliedern – zur Höhe der Haftungsquote im Regressfall (Europäische Hochschulschriften Recht Band 5736), 2015, S. 59.

<sup>107</sup> Bundeskartellamt (Fn. 37), S. 15; Stockenhuber, Peter, in: Nettesheim, Martin (Hrsg.), Grabitz/Hilf/Nettesheim –

## 1. Unterschiede in der privaten Kartellrechtsdurchsetzung

Die private Kartellrechtsdurchsetzung spielt in den USA eine bedeutendere Rolle als das public enforcement. Grund dafür sind die vielfältigen Anreize für Kläger, die der US-amerikanische Rechtsrahmen bietet.<sup>107</sup> Diese werden im Folgenden in kategorisierter Weise den korrespondierenden Regelungen in Deutschland gegenübergestellt:

### a) Schadensersatzhöhe

Zum einen wird den Geschädigten bei einem Verstoß gegen Antitrustrecht die dreifache Schadenshöhe als Schadensersatz gewährt, wobei von treble damages gesprochen wird.<sup>108</sup> Im Unterschied zur ausgleichenden Schadensersatzfunktion im deutschen Recht, die lediglich einfachen Schadensersatz erlaubt, haben die Kompensationszahlungen in den USA damit zusätzlich strafenden Charakter. Hiermit soll die Abschreckungswirkung privater Klagen gegenüber Kartellen verstärkt werden.

### b) Passing-on

Des Weiteren wird in der US-amerikanischen Rechtsprechung bisweilen meist passing-on gegenteilig zum deutschen Kartellrecht sowohl in defensiver Geltendmachung als Einwand als auch in seiner offensiven Funktion zur Herleitung der Klagebefugnis mittelbarer Abnehmer abgelehnt.<sup>109</sup> Der grundlegende ökonomische Grund, der für die alleinige Zuweisung der Klagebefugnis an den unmittelbaren Abnehmer angeführt wird, besteht in der Tendenz, dass Endverbraucher wegen der Unerheblichkeit ihres individuellen Nachteils oft zu geringen

Das Recht der Europäischen Union – Kommentar zum Europäischen Primärrecht, 71. Auflage, 2020, AEUV Art. 101 Rn. 253.

<sup>108</sup> Heinemann, Andreas, Evaluation Kartellgesetz: Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts (Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) Strukturberichterstattung Nr. 44/4), 2009, S. 80.

<sup>109</sup> Bundeskartellamt (Fn. 37), S. 16 f.

Anreiz zur Klageerhebung hätten.<sup>110</sup> Hierbei wird vom sog. rationalen Desinteresse des Verbrauchers gesprochen.<sup>111</sup> Ausschlaggebend dafür ist, dass bei einer Schadensabwälzung über mehrere Marktstufen die Endverbraucher schließlich durch Streuschäden singulär nur gering betroffen sind.<sup>112</sup> Infolge der unterlassenen Klagen würden die Kartellanten ungerechtfertigt bereichert bleiben. Im Gegensatz dazu erleiden die weniger unmittelbaren Abnehmer aufgrund der erhöhten Schadenskonzentration einen tendenziell größeren Vermögensnachteil.<sup>113</sup> Zudem erhöhen ihre aufgrund vorhandener finanzieller und fachlicher Ressourcen sowie der besseren Marktkenntnisse größeren Erfolgsaussichten einer potentiellen Klage die Bereitschaft zum Prozessieren, womit sie besser zur Abschreckung vor Kollusion dienen.<sup>114</sup> Dennoch muss beachtet werden, dass bei rechtspolitischer Ablehnung der Klagemöglichkeit für Endverbraucher deren betriebswirtschaftlicher Schaden unberücksichtigt bleibt.

### c) Haftung

In Deutschland haften die Beteiligten eines Kartells gem. § 33d I 1 gemeinsam. Auch in den USA besteht für Kartellanten eine gesamtschuldnerische Haftungspflicht, jedoch mit dem Unterschied, dass der Regressanspruch der Kartellmitglieder untereinander ausgeschlossen ist.<sup>115</sup> Der Kläger kann also auf den von ihm ausgewählten beklagten Kartellanten im Rahmen von Vergleichsverhandlungen Druck ausüben, indem er mit der vollen Inanspruchnahme des einzelnen Kartellmitglieds droht. Mangels Gesamtschuldnerausgleichs sieht dieser sich dann der gesamten ohnehin hohen Schadensersatzzahlung allein ausgesetzt.<sup>116</sup>

<sup>110</sup> Bundeskartellamt (Fn. 37), S. 17.

<sup>111</sup> *Mallmann, Roman A./Erne, Sarah*, Musterfeststellungsklage und Kartellschadensersatz, NZKart 2019, S. 77.

<sup>112</sup> *Bergmann/Fiedler*, BB 2012, S. 206 (208).

<sup>113</sup> Bundeskartellamt (Fn. 37), S. 17.

<sup>114</sup> Bundeskartellamt (Fn. 37), S. 17.

### d) Prozessuale Beweisführung

Im Vergleich zum deutschen Zivilprozessrecht bestehen in den USA ausgeweitete Möglichkeiten der Beweisführung durch das sog. pre-trial discovery, welches einen der eigentlichen Verhandlung vorgeschobenen Teil des Zivilprozesses bildet, in dem die Parteien weitestgehend in alleiniger Verantwortung eine breite und tiefe Sachverhaltsaufklärung betreiben können.<sup>117</sup> In Deutschland erfordert die Einsicht relevanter Akten, die von der Gegenseite oder durch Wettbewerbsbehörden verwahrt werden, dagegen deutlich mehr Begründungsaufwand.

### e) Möglichkeit der Klagebündelung

Im Antitrustrecht ist zudem die Erhebung von Sammelklagen, die in den USA als class actions bezeichnet werden, eine etablierte Praxis.<sup>118</sup> Dieses Instrument hilft dabei, geringfügig Geschädigte zu bündeln und damit zu einer Kartellschadensersatzklage zu bewegen, welche sie einzeln aufgrund der zu hohen Kosten nicht erheben wollen oder können.<sup>119</sup> Derartige Sammelklagen sind in Deutschland unzulässig, wo es seit 2018 lediglich die Möglichkeit einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage gibt, welche jedoch aufgrund noch mangelnder Etablierung und des relativ hohen Ressourcen- und Zeitaufwands bislang nur geringfügig in der Lage ist, das rationale Desinteresse zu überwinden.<sup>120</sup>

### f) Anwaltskostentragung

Als weitere Bestärkung des private enforcement in den USA gilt die klägerfreundliche Anwaltskostentragung, die konkret derart ausgestaltet ist, dass im Antitrustrecht zwar bei einem Obiegen des Klägers ausnahmsweise vom Beklagten auch die Anwaltskosten der Gegenseite

<sup>115</sup> *Weinhold* (Fn. 106), S. 59.

<sup>116</sup> Bundeskartellamt (Fn. 37), S. 18.

<sup>117</sup> *Heinemann* (Fn. 108), S. 14.

<sup>118</sup> Bundeskartellamt (Fn. 37), S. 19.

<sup>119</sup> *Heinemann* (Fn. 108), S. 14 f.

<sup>120</sup> Bundeskartellamt (Fn. 37), S. 30 f.; *Mallmann/Erne*, NZKart 2019, S. 77 (82).

zu übernehmen sind, dies im umgekehrten Fall jedoch gerade nicht gilt.<sup>121</sup> In Deutschland besteht für die Kostentragung bei Kartellschadensersatzklagen dagegen keine Sonderregelung. Vielmehr trägt auch bei einer solchen Klage stets die unterliegende Partei die gesamten Kosten des Rechtsstreits, was kontrastierend zu den USA gem. § 91 ZPO den Grundsatz darstellt. So werden zwar auch in Deutschland die Kosten der Rechtsverfolgung des Klägers bei dessen Erfolg vom Gegner erstattet, jedoch gilt dies im Falle dessen Unterliegens auch umgekehrt, sodass keine bevorzugende Behandlung des Klägers stattfindet. Zusätzlich besteht für Kläger in den USA im Gegensatz zu deutschen Klägern die in der Praxis etablierte Möglichkeit der Kostenrisikominimierung durch die Vereinbarung von sog. contingency fees mit dem Anwalt, dessen Honorar sich dann auf einen bestimmten Anteil der Vergleichssumme oder der zuerkannten Schadensersatzsumme beläuft.<sup>122</sup> Im Falle einer erfolglosen Klage fallen somit keine Anwaltskosten an, weshalb Anwälte bei schlechten Erfolgsaussichten aus Eigeninteresse eher die für den Kläger nützlichere Strategie eines Vergleichsabschlusses verfolgen.

Im Ergebnis kann im Vergleich zu Deutschland aufgrund der vielfach erhöhten Attraktivität für Kläger von einer insgesamt deutlich bedeutenderen Ausprägung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung in den USA gesprochen werden.

## **2. Unterschiede in der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung**

Auch im Antitrustrecht spielen Kronzeugenregelungen im Rahmen des public enforcement eine entscheidende Rolle, sodass der Konflikt der beiden Durchsetzungsregime in den USA ebenso Relevanz hat und die dortigen Privilegien für Kronzeugen mit denen des Kartellrechts in Deutschland im Hinblick auf das

übereinstimmende Ziel der Vermeidung der Spannungen verglichen werden können.

### **a) Strafmilderung für Kronzeugen**

Zur größtmöglichen Entschärfung der Spannungen werden wie in Deutschland im dortigen Kartellrechtssystem kooperationsbereite Kartellmitglieder zum Zweck der Stärkung der behördlichen Kartellaufdeckung begünstigt, indem als Gegenleistung für die Kooperation einem Kronzeugen Immunität und Straffreiheit bei der staatlichen Verfolgung des Kartellrechtsverstoßes gewährt wird.<sup>123</sup>

### **b) Reduzierung der Schadensersatzzahlung von Kronzeugen**

Ebenso sollen Kartellanten nicht durch die drohenden immensen Schadensersatzzahlungen vor einer Kronzeugenerklärung abgeschreckt werden, was sich darin auswirkt, dass sich die Schadensersatzzahlung eines Kronzeugen im zivilrechtlichen Verfahren auf die dem deutschen Grundsatz entsprechende einfache Schadenshöhe reduziert, was detrebling genannt wird.<sup>124</sup>

### **c) Zivilrechtliche Haftung von Kronzeugen**

Ein weiteres Kronzeugenprivileg des amerikanischen Antitrustrechts besteht darin, dass ein Kronzeuge nicht gesamtschuldnerisch, sondern nur für den durch ihn selbst verursachten Schaden haftet.<sup>125</sup> In Deutschland beschränkt sich gem. § 33e I 2 GWB die Haftung des Kronzeugen gegenüber anderen Geschädigten als den unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern auf eine lediglich subsidiäre Einstandspflicht. Dadurch, dass die Haftung nicht entfällt, sondern bei Ausfall aller anderen Kartellbeteiligten noch greift, werden die Chancen der tatsächlichen Kompensation des Geschädigten sinnvollerweise nicht in Mitleidenschaft gezogen.

<sup>121</sup> Bundeskartellamt (Fn. 37), S. 19.

<sup>122</sup> Heinemann (Fn. 108), S. 104.

<sup>123</sup> Bundeskartellamt (Fn. 37), S. 20.

<sup>124</sup> Heinemann (Fn. 108), S. 16.

<sup>125</sup> Heinemann (Fn. 108), S. 16.

#### **d) Zugriff von Klägern auf Kronzeugeninformationen**

Eine weitere Begünstigung des deutschen Kartellrechts liegt im Ausschluss der Herausgabe einer Kronzeugenerklärung an den Kläger, § 33g IV 1 Nr. 1 GWB. Im amerikanischen Antitrustrecht besteht zwar grundsätzlich auch kein Recht des Geschädigten auf Zugriff von Kronzeugeninformationen, jedoch kann der Kläger eine entsprechende Herausgabepflicht des beklagten Kartellanten unter Umständen im Wege des pre-trial discovery erreichen.<sup>126</sup>

#### **D. Ökonomische Beurteilung der Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland**

Die Existenz von Kartellen wird in Deutschland sowohl durch behördliche als auch private Kartellrechtsdurchsetzung bekämpft. Dieses grundsätzlich vorteilhafte zweispurige System sorgt mit seiner von beiden Formen ausgehenden Abschreckungswirkung und durch die vor allem behördliche Aufdeckung von Kartellen für die Förderung und Erhaltung der wettbewerblichen Ordnung. In dieser Weise sichert es die volkswirtschaftliche Rente. Gleichsam wird durch die Abschreckungswirkung des Gesamtsystems den kartellbedingten betriebswirtschaftlichen Schäden der Verbraucher entgegengewirkt. Die private Kartellrechtsdurchsetzung gewährleistet darüber hinaus, dass es im Falle von bereits eingetretenen Verbraucherschäden durch Kompensationszahlungen in Schadenshöhe wieder zu einer vollständigen Umkehrung des Vermögenstransfers kommt, der einer ungerechtfertigten Bereicherung der Produzenten gleichsteht. Aus diesen Zusammenhängen folgt in ökonomischer Betrachtung die Forderung, die Wirksamkeit beider Ausprägungen zu maximieren. Zu beachten ist, dass es hierfür notwendig ist, den dargelegten Konflikt zwischen den Durchsetzungsformen aufgrund seiner beidseitig lähmenden Auswirkung zu minimieren.

---

<sup>126</sup> Helmdach, Katharina, Kronzeugeninformationen im kartellrechtlichen Schadensersatzprozess, 1. Auflage, 2019, S. 351 f.

#### **I. Benötigte Ressourcenerhöhung für die behördliche Kartellrechtsdurchsetzung**

Im Rahmen der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung ist trotz der elementaren Rolle der bestehenden Bonusregelung bei der Aufdeckung von Verstößen ihre letztliche Auswirkung auf die Kartelllandschaft nicht feststellbar. Aufgrund dessen ist eine eindeutige ökonomische Beurteilung dieses Instruments nicht möglich. Zumindest ist jedoch festzustellen, dass mit der mangelnden Erfassung von unbedeutenderen Kartellfällen aufgrund von Ressourcenknappheit der Wettbewerbsbehörden unterlassene Möglichkeiten zur Festigung des Wettbewerbs einhergehen. Je nach Kosten der Ressourcenerhöhung könnte eine Verstärkung der Kartellbehörden daher volkswirtschaftlich sinnvoll sein. Die Abschreckungswirkung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung würde zwar mit steigender Höhe der Kompensationszahlungen erhöht, jedoch wäre ein solcher Vorstoß mit der bloßen Ausgleichsfunktion des deutschen Schadensrechts unvereinbar und aus verfassungsrechtlicher Sicht bedenklich.<sup>127</sup>

#### **II. Optimierungsbedarf bei rechtlicher Ausgestaltung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung**

Die rechtliche Anerkennung der Schadensabwälzung führt zumindest in der Theorie zur alleinigen Anspruchsberechtigung der Endverbraucher, wodurch zwar deren Schaden zurecht nicht außer Acht gelassen wird, jedoch das Problem des rationalen Desinteresses auftritt. Dieses ist aufgrund der Unzulässigkeit von Sammelklagen und mithilfe des bisweilen nur begrenzt hilfreichen alternativen Instruments der Musterfeststellungsklage nicht zu überwinden. Angesichts dessen ist aus ökonomischen Gründen zu erwägen, die aufgrund der häufigen Beweisunfähigkeit des Kartellanten ohnehin

<sup>127</sup> Bundeskartellamt (Fn. 37), S. 27 f.

meist faktische Missachtung des passing-on durch eine gesetzliche Ablehnung zu verankern. Die mehrfach erleichterte Beweisführung Geschädigter im Kartellverfahren ist aufgrund der bestehenden Informationsasymmetrie zur wirksamen Anspruchsdurchsetzung notwendig und daher zu begrüßen. Aus demselben Grund empfiehlt sich eine Ausweitung der Offenlegung von Akten im Zuge der Vorbereitung einer Zivilklage. Hierfür könnten die Voraussetzungen herabgesetzt werden, die ein Geschädigter zur Akteneinsicht erfüllen muss. Diese Handlungsempfehlung bezieht sich jedoch ausdrücklich nicht auf eine Lockerung des Ausschlusses von Kronzeugenerklärungen, der neben dem Bußgelderlass für einen kooperativen Kartellanten sinnvollerweise zur Konfliktbekämpfung beiträgt.

Um das private enforcement in seiner Drohwirkung weiter zu bestärken, ist zumindest aus ökonomischer Erwägung und ohne Berücksichtigung der rechtlichen Möglichkeit die Einführung eines Regressausschlusses nach amerikanischem Vorbild anzuraten, der über die strenge Haftung als Gesamtschuldner hinausgeht. Die bereits bestehende haftungsbezogene Ausnahmeregelung für Kronzeugen ist aus ökonomischer Perspektive zu befürworten. Dennoch ist sie im Sinne einer Ausweitung der Subsidiarität auch auf die Haftung gegenüber den direkten und indirekten Abnehmern verbesserungswürdig.

### **III. Notwendigkeit der Konfliktlösung**

Mit Blick auf die zahlenmäßig rückläufigen Kronzeugenanträge ist es aus gesamtwirtschaftlicher Sicht wichtige Aufgabe der Wettbewerbspolitik, bei der ökonomisch zu befürwortenden Fortentwicklung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung das gleichzeitig wachsende Konfliktpotential zwischen den Durchsetzungssträngen durch geeignete Maßnahmen zu entkräften. Insbesondere auch, weil das Kartelldeliktsrecht trotz aller Bemühungen für seine eigenständige, unabhängige

Wirksamkeit bisweilen von Follow-on-Klagen dominiert wird, ist eine parallele Schwächung des public enforcement unbedingt zu verhindern.

### **E. Fazit**

Ziel der Arbeit war, das zweiteilige Wesen der Kartellrechtsdurchsetzung sowie die damit verbundenen Zusammenhänge zu durchdringen. Dabei sollten die kartellrechtlichen Fakten in einen wirtschaftlichen Bezug gestellt werden, um schließlich ökonomisch fundierte normative Handlungsempfehlungen aussprechen zu können.

Als Erkenntnisse erwiesen sich zunächst die grundsätzlich schädliche Wirkung von Kartellen auf die Gesamtwirtschaft und die damit verbundene ökonomische Daseinsberechtigung von Kartellrecht. Weiterhin wurde festgestellt, dass die Entwicklung des Kartellrechts und seines Durchsetzungsregimes in Deutschland bisher bereits maßgeblich vom europäischen Gesetzgeber beeinflusst wurde. Diese Prägung wird in Zukunft noch stärker ausfallen. Herauszustellen ist auch, dass es bei der in Deutschland recht etablierten behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung hauptsächlich darum geht, deren bereits erreichte Effektivität aufrechtzuerhalten. Dagegen befindet sich das deutsche Kartellprivatrecht noch in einem entwicklungsfähigen Stadium, wo die Ausgestaltung des private enforcement in den USA zum Teil als Vorbild dienen kann. Im Rahmen der Fortentwicklung des Gesamtsystems der Kartellrechtsdurchsetzung besteht die größte Herausforderung darin, den wechselwirkungsbedingten Konflikt zwischen den beiden Ausprägungen zu bewältigen. Nur so kann die Wirksamkeit beider Durchsetzungsregime und damit eine effektive Kartellrechtsdurchsetzung im Ganzen gewährleistet werden. Ob dies gelingt, hängt von der zukünftigen Kartellpolitik ab. Somit bleibt die wettbewerbspolitische Diskussion um den richtigen Weg der Kartellrechtsdurchsetzung weiterhin zu beobachten.